

Anuario de Derecho  
Constitucional Latinoamericano

21° año

Anuario 2015



Konrad  
Adenauer  
Stiftung

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

**Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**  
**2015**

# **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2015**



Konrad  
Adenauer  
Stiftung

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

## **ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO**

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

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

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

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

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

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

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

© 2015 KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.

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

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER  
Programa de Estado de Derecho para Latinoamérica  
Calle 90 No. 19 C - 74, piso 2  
Bogotá  
República de Colombia  
Tel.: (+57 1) 743 09 47  
Fax: (+57 1) 743 09 47-7  
www.kas.de/iusla  
iusla@kas.de  
Twitter: @KASiusLA  
Facebook: www.facebook.com/kasiusla

## **Editor responsable**

Christian Steiner

## **Coordinación editorial**

Nadya Hernández

## **Coordinación académica**

Carolina Moreno López

## **Corrección de estilo**

Emma Ariza (español)  
Paulo Baptista (portugués)

## **Traducción**

Paulo Baptista (portugués)  
Dieter Schonebohm (alemán)  
Florian Huber (alemán)  
Lucía Colombino (inglés)

## **Diagramación**

Marta Rojas

## **Impresión**

Unión Gráfica

ISSN 2346-0849

Impreso en Colombia – *Printed in Colombia*

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

EL ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO está registrado en el Directorio Latindex y se encuentra disponible a texto completo en las siguientes páginas web:

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

# Contenido

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

## I. ¿Crisis del Estado de derecho?: perspectivas, transformaciones y propuestas

- Gabriel Alejandro Encinas Duarte (México)  
*Pluralismo ante la erosión estatal  
y como exigencia del paradigma de la posguerra* .....15
- David Oconitrillo Fonseca (Costa Rica)  
*Estado de derecho: un intento de aproximación conceptual*.....31
- Melba Daniela Sierra Rodríguez (Colombia)  
*Estado de derecho: ¿realidad o ficción?*.....45
- Matías Pedernera Allende (Argentina)  
*La tensión entre lo material y lo formal en el contexto latinoamericano  
y el valor del rule of law*.....57
- Simón Alejandro Hernández León (México)  
*El paradigma jurídico en crisis:  
(re)pensar el derecho en y desde Nuestra América*.....71

## II. La protección de los derechos: entre la constitución y el derecho internacional

- Eloy Espinosa-Saldaña Barrera (Perú)  
*Reflexiones sobre la convencionalización del derecho  
y el control de convencionalidad en nuestros países,  
a propósito de lo sucedido en la experiencia peruana*.....87
- Eduardo Vio Grossi (Chile)  
*Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:  
¿del control de convencionalidad a la supranacionalidad?*.....93
- Danilo Rojas Betancourth (Colombia)  
*Control de convencionalidad en Colombia.  
Entre el control de la Convención y su aplicación* .....113

- Néstor Pedro Sagüés (Argentina)  
*Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad* .....141
- Víctor Manuel Collí Ek (México)  
*De la supremacía literal de la Constitución  
a la material en el nuevo paradigma jurisprudencial  
de defensa de derechos humanos en México* .....151
- Sibylle Kessal-Wulf (Alemania)  
*El Tribunal Constitucional Federal y los tribunales supranacionales:  
problemas actuales de un sistema multinivel*.....175
- Víctor Eduardo Orozco Solano (Costa Rica)  
*Aproximación al principio de supremacía constitucional  
y sus implicaciones en el sistema de justicia constitucional  
costarricense: estudio comparado* .....191

### III. Tensiones de la justicia constitucional

- Bernd Rüthers (Alemania)  
*¿Estado democrático de derecho o Estado de la oligarquía judicial?* .....211
- María Micaela Alarcón Gambarte (Bolivia)  
*El Tribunal Supremo de Justicia como intérprete directo  
de la Constitución boliviana*.....231
- Carlos Ramón Salcedo Camacho (República Dominicana)  
*Interpretación constitucional y arbitrariedad judicial  
en la República Dominicana* .....259
- Lenio Luiz Streck (Brasil)  
*El avance necesario a la discrecionalidad y al decisionismo:  
de cómo no se deben entender los precedentes  
como un “mal en sí mismos”* .....281
- Jesús M. Casal (Venezuela)  
*Respuestas del legislador ante la interpretación de la constitución  
efectuada por la jurisdicción constitucional*.....299
- Florentín Meléndez (El Salvador)  
*Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional  
de la República de El Salvador* .....319

#### IV. Perspectivas del derecho constitucional en los contextos latinoamericanos

- Oscar G. Barrientos Jiménez (Bolivia)  
*La tolerancia e inacción del Estado en casos de violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos por razones de género: una mirada a las preocupantes cifras del feminicidio en Bolivia y las recomendaciones de los organismos internacionales de derechos humanos* .....341
- Alexander Espinoza Rausseo (Venezuela)  
*La reserva legal en el derecho penal y los derechos fundamentales. Estudio comparado entre Alemania y Venezuela* .....357
- Francine Machado de Paula (Brasil)  
*Bem jurídico-penal e constituição: a vinculação necessária para se limitar o poder punitivo estatal em face aos direitos e às garantias individuais* .....379
- Jânia Maria Lopes Saldanha (Brasil)  
Sadi Flores Machado (Brasil)  
*Da ciberdemocracia aos movimentos sociais e do governo eletrônico à lei de acesso à informação pública no Brasil: dimensões da política e da democracia na sociedade em rede* .....393
- Marcela Dubón (Guatemala)  
Byron Escobedo (Guatemala)  
*“En estas condiciones, no queremos elecciones”. Demandas ciudadanas ante el proceso electoral vigente en Guatemala* .....415
- Vicente F. Benítez R. (Colombia)  
Julián D. González E. (Colombia)  
*Cuando las constituciones callan: omisiones constitucionales relativas y la Sentencia C-579 de 2013* .....437

#### V. Sujetos presentes y ausentes en el constitucionalismo latinoamericano

- Roberto Hung Cavalieri (Venezuela)  
*El pensamiento alemán y la idea del Estado social de derecho. Una breve aproximación general (desde Adenauer hasta Alexy)* .....481
- Víctor Bazán (Argentina)  
*Derechos económicos, sociales y culturales: su fundamentalidad, exigibilidad y otras cuestiones en los ámbitos jurídicos internos y el desafío de su justiciabilidad directa en la Corte Interamericana de Derechos Humanos* .....499

- J. Alberto del Real Alcalá (España)  
*Análisis de los derechos fundamentales y de la plurinacionalidad  
en la Constitución boliviana de 2009* .....537
- Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia (Brasil)  
Rafael do Nascimento Luiz (Brasil)  
*Tolerância ativa: a opinião, a discriminação e o preconceito* .....569
- Omar Alejandro Alvarado Bedoya (Colombia)  
*Laicidad y secularización:  
la tarea pendiente en la democracia colombiana* .....583
- Ligia Galvis Ortiz (Colombia)  
*Una mirada a la familia a partir  
de la Constitución Política colombiana* .....605
- Francisco J. Menin (Argentina)  
*La identidad de género como derecho humano:  
la legislación argentina* .....627
- Lautaro Ríos Alvarez (Chile)  
*Una constitución política para la unión  
de los Estados latinoamericanos*.....643
  
- Instrucciones para la presentación de artículos* .....661



## Presentación

El *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* se ha consolidado hasta su vigesimoprimer edición como una plataforma especializada de debate sobre materias que resultan fundamentales para las estructuras y contenidos de nuestros Estados constitucionales. Como proyecto editorial de mediana duración, hemos visto con complacencia su evolución y la estrecha cercanía que abogados, litigantes y funcionarios judiciales de distintos países de la región tienen con este.

Nuestro compromiso con esta publicación reconoce el interés que el *Anuario* despierta en la comunidad jurídica y académica; de ahí que cada año nos proponemos tanto fortalecer los núcleos duros de los artículos como promover nuevas y necesarias agendas de discusión, sin sacrificar una perspectiva geográfica del continente lo más integral posible. Para el caso de la presente edición, el *Anuario* contó con una particular convocatoria que motivó a los autores a reflexionar, desde las bases del proyecto del Estado de derecho, sobre los procesos de crisis, transiciones sociales y transformaciones políticas relevantes para la coyuntura latinoamericana.

La invitación alentó preguntas sobre los contextos complejos y cambiantes, y sobre la exigencia que ello trae para revisitar y problematizar nuestras clásicas respuestas, en torno a asuntos como: ¿de qué manera estamos pensando y abordando esas transformaciones?, ¿cuáles son las razones que las motivan?, ¿cuáles son los efectos de estos cambios?, ¿qué posibilidades emergen para América Latina en medio de la crisis?, ¿cuáles son las consecuencias para los habitantes de los países latinoamericanos?

Los trabajos reunidos en esta convocatoria dieron forma a la primera de las secciones del libro. A esta le siguen los apartes en los que se discute la protección de los derechos: entre la constitución y el derecho internacional, las tensiones de la justicia constitucional, perspectivas del derecho constitucional en los contextos latinoamericanos, y sujetos presentes y ausentes en el constitucionalismo de la región.

La diversidad y profundidad de cada una de estas importantes discusiones encuentran eco en todos los artículos que conforman esta versión del *Anuario*. Sin embargo, no dudamos que dichas discusiones requieren esfuerzos y diálogos adicionales, para los que esta presentación es tanto un hilo de continuidad como un abre bocas.

Como Programa Estado de Derecho para Latinoamérica venimos trabajando por más de dos décadas en la región, acompañando a las instituciones nacionales,

a los operadores judiciales y a la sociedad civil en sus procesos de reflexión y actuación jurídica estatal. Nuestra proximidad con las realidades latinoamericanas nos permite tanto valorar las particularidades nacionales como rastrear las similitudes en clave comparativa.

Un breve recuento de este acumulado nos ubica necesariamente frente a las condiciones de salud de los Estados latinoamericanos, de las que se desprenden algunos diagnósticos sobre patologías del funcionamiento del Estado democrático de derecho, que, a su vez, deben convertirse en evidentes focos de reflexión y análisis jurídico-político actual.

Para empezar, podríamos hablar de una disfuncionalidad orgánica en la maquinaria de los tres poderes públicos. Sus relaciones se describen de manera demasiado estática, con el concepto de separación, como si cada uno de ellos llevara una existencia aislada de los demás. Esta relación es recogida de mejor manera por la expresión anglosajona *checks and balances*, pues un adecuado funcionamiento del sistema constitucional democrático se fundamenta sobre un equilibrio, que, a su vez, requiere controles mutuos.

La disfuncionalidad de la que hablamos, y que debe seguir siendo objeto de urgente estudio, tiene que ver con el considerable desprestigio de los poderes políticos y con la decreciente legitimidad de las instituciones estatales. En consecuencia, en algunos países, el desencanto con la política ha llevado a la ciudadanía a descartar este sistema como una opción viable de estatalidad, mientras que en otros ha provocado su judicialización en la medida en que los jueces asumieron el reto de suplir las lagunas de implementación dejadas por la primera, pese a que no poseen la misma legitimidad democrática que los órganos electos ni disponen de los procedimientos necesarios para formular políticas públicas que respondan a retos estructurales.

Una y otra situación, de ser prolongadas en el tiempo, pueden convertirse en amenazas a la estabilidad y al buen funcionamiento de los Estados. Ante este dilema, y con humildad democrática, es preciso volver a los orígenes del sistema. Por ello, consideramos que una interesante posibilidad es reabrir de manera directa el análisis sobre la relación entre derecho, justicia y política. Pero no de manera colateral, ni atesorada, ni tampoco de forma avergonzada.

En nuestro criterio, pese a los visibles conflictos estatales que se presentan en la región –que en una síntesis crítica, reduccionista y no generalizable pasan por los fenómenos de corrupción; cooptación de los poderes públicos por intereses privados y redes de criminalidad; afectaciones agudas a la independencia judicial interna y externa; deficiencias en la garantía y el acceso a derechos sociales, políticos y ambientales; problemas de credibilidad y legitimidad ante la ciudadanía, entre otros–, la propuesta fundante del Estado de derecho no es ni una idea obsoleta ni una idea estática frente a la que temamos deliberar.

Como se sabe, las relaciones entre los poderes públicos contenidas en la estatalidad del derecho han sido tema de debate central tanto para los teóricos clásicos

como para los estudiosos contemporáneos, y en ellas se cristalizan cuestiones nucleares como la consolidación de los Estados democráticos y los controles al poder para proteger las garantías y libertades. Pese a su importancia, hemos notado que, al plantear estas cuestiones con algún nivel de problematización, son más las sospechas y reacciones negativas generadas que los impulsos de integrarse a un debate sin prevenciones.

Pero, a nuestro entender, no es de esta manera como podemos enfrentar asuntos de gran calado para la región, como la excesiva politización de las elecciones de magistrados y funcionarios judiciales de las altas cortes, la porosidad de las fronteras de actuación entre uno y otro poder público, la alta insatisfacción ciudadana frente a la justicia, o el llamado al activismo judicial y la participación permanente en la formulación de políticas públicas de los jueces, como una solución, que debe ser temporal para ser sostenible frente al bloqueo institucional que ha abandonado la protección de los derechos.

Nuestra propuesta es que sembremos y reinstalemos de manera contundente en los espacios de debate jurídico y político la pregunta sobre las relaciones entre los poderes públicos, pues de una relación coordinada y complementaria, pero respetuosa de las facultades y competencias de cada poder público dependen, entre otras, el fortalecimiento de nuestras democracias y la funcionalidad de la actuación estatal.

Limitarse a la defensa formal de una supuesta clara delimitación entre derecho y política no es suficiente para dar respuesta a los dilemas que en la práctica se presentan en la zona gris, dentro del margen opinable que debe dejar el derecho al diseño de políticas públicas. En nuestras democracias es necesaria la contienda política por lo que no toda politización es indeseable. Las constituciones democráticas y plurales –y los convenios internacionales suscritos por cada Estado– son las barreras infranqueables relativamente abstractas en medio de las cuales se debe y se puede desarrollar la política. Si se sostiene, con razón, que las influencias y las injerencias indebidas entre los poderes públicos ponen en peligro el Estado democrático de derecho, resulta necesario llenar de contenido el concepto de lo “indebido”. En lo sustancial y lo procedimental, el espacio opinable requiere ser discutido y transparentado para minimizar los efectos negativos en la relación entre derecho, justicia y política.

En este sentido, ha sido tarea primordial de las constituciones políticas establecer el marco de maniobra, y de sus intérpretes –las cortes constitucionales–, concretar la norma de normas para orientar los márgenes de apreciación y configuración de los poderes públicos y privados, aquellos márgenes constitutivos de un sistema político que se fundamenta en el control del poder por el derecho, sin que ello implique una camisa de fuerza para la renovación constante de la sociedad y el Estado.

La hiperconstitucionalización que observamos en algunos textos fundamentales es consecuencia de una creciente desconfianza hacia los poderes políticos, por un lado, y hacia la fuerza normativa de la ley, por el otro. Pero cuanto más el constituyente densifica el tejido constitucional para regular particularidades que deberían estar sujetas a la contienda política, los actores políticos de turno se ven limitados en

su margen de respuesta a cambiantes coyunturas económicas, sociales, geopolíticas, ambientales y otras. Un hiperconstitucionalismo insinúa la existencia de verdades absolutas en relación con lo que en realidad debe estar sujeto al debate democrático.

Además, sugiere una omnipotencia estatal y soberana frente a realidades económicas, por ejemplo con la constitucionalización de derechos sociales y culturales, cuya efectividad depende fundamentalmente de las primeras. Se trata del momento de convergencia entre lo político y lo económico. Para la mejora de las condiciones económicas y sociales, el Estado requiere el esfuerzo, las ideas y la iniciativa de los actores privados; de empresarios, ciudadanos, sindicatos, organizaciones no gubernamentales, etc. Esto sintoniza con la idea de un Estado que existe en razón de la persona y no viceversa. En tal Estado, es constitutiva la participación de la persona en la definición de sus competencias y los controles al mismo. En el momento en el que el Estado se apodera de su propia definición, corre peligro de convertirse en otro Estado, uno en el cual la dignidad de la persona humana deja de ser el momento legitimador.

La tarea de definir la correlación de fuerzas entre los poderes del Estado, los niveles de complementariedad y aquellos de sana distancia, por supuesto, no es una exclusiva de la institucionalidad estatal y sus poderes. En ella deben involucrarse decididamente la sociedad civil y la academia informada y especializada, de manera que las funciones, los límites de las relaciones y los procesos de selección y nombramiento sean objeto de transparencia, participación y escrutinio público.

Y en esto, claro está, no se trata de definir modelos ideales y aplicables a todos los países; cada contexto y momento nacional delimitará los rumbos más adecuados. En todo caso, aprender de las experiencias de otras latitudes adquiere gran importancia. Varios países han motivado procesos de reformas constitucionales y legales que permitan mejorar las relaciones entre los poderes públicos y equilibrar las posibilidades que ofrece el sistema y el comportamiento histórico del país para que no se presenten injerencias indebidas entre el derecho, la justicia y la política. Infortunadamente, no podemos decir que todas las fórmulas aplicadas hayan resultado favorables hasta hoy; muchas veces, las inercias y las resistencias de las formas tradicionales de hacer política y hacer justicia encuentran nuevos cauces para que nada cambie.

Pero esto, no debe desestimular ni frenar las actuaciones críticas, propositivas y de buena fe. Lo dicho hasta aquí reivindica el debate sobre los asuntos complejos de la relación entre derecho, justicia y política. Desde el Programa Estado de Derecho estamos entusiasmados con este debate. Sabemos que son muchos los asuntos pendientes por indagar, pero confiamos en que seguiremos propiciando espacios favorables para que las ideas, como los granos, se siembren una a una y paso a paso, porque no hay nada peor que un año sin siembra.

**Christian Steiner y Ginna Rivera**

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica  
Konrad-Adenauer-Stiftung

# **I. ¿Crisis del Estado de derecho?: perspectivas, transformaciones y propuestas**

- Gabriel Alejandro Encinas Duarte, México  
Pluralismo ante la erosión estatal  
y como exigencia del paradigma de la posguerra
- David Oconitrillo Fonseca, Costa Rica  
Estado de derecho: un intento de aproximación conceptual
- Melba Daniela Sierra Rodríguez, Colombia  
Estado de derecho: ¿realidad o ficción?
- Matías Pedernera Allende, Argentina  
La tensión entre lo material y lo formal en el contexto latinoamericano  
y el valor del *rule of law*
- Simón Alejandro Hernández León, México  
El paradigma jurídico en crisis: (re)pensar el derecho  
en y desde Nuestra América

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

**Gabriel Alejandro Encinas Duarte\* (México)**

## **Pluralismo ante la erosión estatal y como exigencia del paradigma de la posguerra**

### **RESUMEN**

En la presente contribución se ofrece una visión de la crisis del Estado-nación, partiendo desde la premisa del desarrollo de un nuevo paradigma jurídico en la posguerra, tanto en sede nacional como internacional. También se esboza una distinción entre dos corrientes de prospecciones teóricas que compiten para dar cuenta de los fenómenos actuales del derecho internacional público y de la cooperación: por una parte, la constitucionalización del derecho internacional, con tintes jerárquicos y posconsensuales; por otra, el pluralismo, basado en el diálogo racional y el respeto a las democracias.

Sobre estas premisas, se sostiene que las características del derecho a partir de la segunda mitad del siglo XX exigen tanto cooperación hacia la comunidad internacional como racionalidad material, con la dignidad humana como eje axiológico, fundamento y parámetro objetivo del poder. De esta manera, se advierte la inconveniencia de una integración supraestatal que mine las bases democráticas del Estado-nación y se postula, en armonía con los fundamentos del paradigma jurídico actual, que la construcción del Estado abierto desde sedes nacionales se erige como base para la consecución de una democracia y una convivencia social que optimice el ejercicio de los derechos humanos en América Latina.

**Palabras clave:** constitucionalización, pluralismo, posguerra, erosión estatal, cooperación.

### **ZUSAMMENFASSUNG**

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der Krise des Nationalstaats. Dabei wird von der Prämisse der Entwicklung eines neuen Rechtsparadigmas auf nationaler und

---

\* Estudiante de décimo semestre de la Licenciatura en Derecho de la Universidad Autónoma de Baja California. gabriel.encinas@uabc.edu.mx.

internationaler Ebene in der Nachkriegszeit ausgegangen. Zugleich werden auf dem Gebiet der theoretischen Analyse zwei Strömungen unterschieden, die bei der Erklärung aktueller Phänomene im Völkerrecht und bei der internationalen Zusammenarbeit miteinander konkurrieren: der nicht konsensgebundenen, hierarchisch angelegten Konstitutionalisierung im Völkerrecht steht der auf einem rationalen Dialog und der Achtung der Demokratie beruhende Pluralismus gegenüber.

Auf der Grundlage dieser Prämisse wird die Meinung vertreten, dass es angesichts der Besonderheiten des Rechts seit der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts sowohl der Zusammenarbeit der internationalen Gemeinschaft als auch eines materiellrechtlichen Rationalismus bedarf, der sich axiologisch, hinsichtlich seiner Grundlagen und als objektiver Parameter für die Machtausübung an der Menschenwürde orientiert. Im Einklang damit wird angesichts von Bedenken gegen eine überstaatliche Integration, die die demokratischen Grundlagen des Nationalstaates untergraben könnte, in Übereinstimmung mit dem zur Zeit geltenden Rechtsparadigma die Auffassung vertreten, dass die Errichtung eines offenen Staates, dessen Zentrum auf der nationalen Ebene liegt, den Grundstein für die Ausgestaltung einer Demokratie und eines gesellschaftlichen Zusammenlebens bildet, die die optimale Ausübung der Menschenrechte in Lateinamerika ermöglichen.

**Schlagwörter:** Konstitutionalisierung; Pluralismus; Nachkriegszeit; Erosion des Staates; Zusammenarbeit.

## ABSTRACT

Abstract: In this paper we offer a vision of the crisis of the nation-state, based on the premise of the development of a new legal paradigm after the war, both at the national and the international levels. We also outline a distinction between two competing theoretical currents which seek to explain contemporary phenomena in international public law and cooperation; that is, on one hand, the constitutionalization of international law, with hierarchical and post-consensual overtones; and on the other, pluralism, based on rational dialogue and respect for democracy.

Based on these premises, we put forth that after the second half of the 20th century, the law requires both cooperation with the international community as material rationality, and also with human dignity as the axiological principle, foundation and objective standard of power. We therefore show the inappropriateness of a supranational integration which undermines the democratic foundation of the nation-state, and we suggest, in line with the basic concepts of the current legal paradigm, that the construction of the open State at the national level is essential for building democracy and the kind of social coexistence that enhances the realization of human rights in Latin America.

**Keywords:** Constitutionalization, pluralism, post-war, erosion of the State, cooperation.

## Introducción

Los años recientes han estado acompañados de lo que se ha llamado crisis del Estado de derecho en los países de América Latina, ante las realidades de la corrupción, la militarización frente a la delincuencia organizada y la creciente despolitización social. Tales factores se agravan por la difuminación de las condiciones sobre las que se erigió el Estado constitucional moderno:<sup>1</sup> las esferas de lo público y lo privado, así como la distinción territorial de lo interno y lo externo se desdibujan<sup>2</sup> en virtud del capitalismo globalizado.<sup>3</sup> Lo anterior lleva a regresiones premodernas, con la existencia de poderes desregulados y salvajes.<sup>4</sup> Esta situación crítica plantea la insuficiencia de las instituciones estatales<sup>5</sup> y la búsqueda de una compensación normativa en el plano internacional:<sup>6</sup> establecer frenos y contrapesos de naturaleza constitucional en la arena mundial.<sup>7</sup>

Los Estados deben ejercer el poder al servicio de los derechos humanos, a través de una dimensión cooperativa del ejercicio del poder soberano.<sup>8</sup> Sin embargo, la constitucionalización del derecho internacional en sentido jerárquico y normativo erosionaría sus bases democráticas.<sup>9</sup>

En la siguiente sección, con referencia al desarrollo de distintos momentos constitucionales,<sup>10</sup> se indicarán las características comunes de los Estados constitucionales en la actualidad, con mención especial de la apertura hacia el derecho

---

<sup>1</sup> Dieter Grimm, "The achievement of constitutionalism and its prospects in a changed world", en Petra Dobner y Martin Loughlin (eds.), *The Twilight of Constitutionalism*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, pp. 11-13.

<sup>2</sup> Ver Luigi Ferrajoli, *Poderes salvajes*, Madrid, Trotta, 2011.

<sup>3</sup> Ver Miguel Carbonell, "Globalización y derecho: algunas coordenadas para el debate", en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez (comps.), *Globalización y derecho*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.

<sup>4</sup> Ferrajoli, *op. cit.*, p. 45.

<sup>5</sup> Jean L. Cohen, *Globalization and sovereignty*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 1.

<sup>6</sup> Anne Peters, "Compensatory constitutionalism: the function and potential of fundamental international norms and structures", *Leiden Journal of International Law*, núm. 19, 2006, pp. 580 y ss.

<sup>7</sup> Antje Wiener y otros, "Global constitutionalism: human rights, democracy and the rule of law", *Global constitutionalism*, núm. 1, Cambridge University Press, 2012, p. 2.

<sup>8</sup> Peter Häberle y Markus Kotzur, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, México, UNAM, 2011; Samantha Besson, "Sovereignty in conflict", *European integration online papers*, vol. 8, núm. 15, 2004.

<sup>9</sup> Grimm, *op. cit.*; Alexander Somek, *The cosmopolitan constitution*, New York, Oxford University Press, 2014, p. 22.

<sup>10</sup> En un sentido similar al postulado por Bruce Ackerman y recogido en Dieter Grimm, "Integration by constitution", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, núms. 2-3, 2005, pp. 200-203.



internacional<sup>11</sup> y el sentido material de la legitimidad.<sup>12</sup> En la tercera, se propone una distinción entre las teorías que buscan una mejor cooperación internacional, favoreciendo la concepción de cuerpo iusfundamental común –a través de un pluralismo jurídico–, en lugar de constitucionalización internacional –por integración jerárquica–. En la cuarta sección se sostiene la necesidad de una perspectiva internacional que parta del constitucionalismo<sup>13</sup> y la democracia; lo que, finalmente, lleva a concluir que, aunque debemos revalorar el ejercicio de la soberanía en sentido cooperativo, no debemos negar el papel central del Estado-nación y del poder constituyente como *demos* del constitucionalismo.

## 1. El desarrollo del constitucionalismo como catalizador de la apertura del Estado

Es útil comprender el constitucionalismo actual como el resultado de una sucesión de experiencias y la narrativa de sus distintos momentos de articulación;<sup>14</sup> desde el primer momento constitucional liberal y burgués, a través de las constituciones sociales de los Estados de bienestar,<sup>15</sup> hasta el actual paradigma.

Existe un desarrollo común en el modelo jurídico vigente, ya que se desarrolla como secuela de la Segunda Guerra Mundial. Este paradigma de la posguerra se fundamenta en la dignidad humana<sup>16</sup> como carga moral<sup>17</sup> de los derechos que de ella emanan. Tal concepción ha desarrollado dos procesos paralelos: el derecho internacional posterior a la Carta de las Naciones Unidas, y la constitucionalización de los ordenamientos estatales.<sup>18</sup> En palabras de Lorraine Weinrib:

<sup>11</sup> Por todos, Armin von Bogdandy y José Ma. Serna de la Garza (coords.), *Soberanía y Estado abierto en América Latina y Europa*, México, D. F., UNAM, 2014. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3705>.

<sup>12</sup> Coincidente con la dimensión ideal del derecho por su necesaria pretensión de corrección. Ver Robert Alexy, *La institucionalización de la justicia*, 2ª ed., trad. de José Antonio Seoane, Granada, Comares, 2010, pp. 26-47.

<sup>13</sup> Ver, en este sentido, Aoife O'Donoghue, *Constitutionalism in global constitutionalisation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 7.

<sup>14</sup> “[L]a Constitución es más que una idea. Es una práctica histórica en evolución, constituida por generaciones de americanos al movilizar, discutir y resolver sus disputas sucesivas sobre la identidad y el destino de su nación” (Bruce Ackerman, *We the people 1: foundations*, Cambridge, Belknap Press, 1991, p. 34).

<sup>15</sup> En este sentido, ver Maurizio Fioravanti, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2001, p. 149.

<sup>16</sup> Ver Matthias Mahlmann, “The Basic Law at 60 – human dignity and the culture of republicanism”, *German Law Journal*, vol. 11, núm. 1, 2010.

<sup>17</sup> Jürgen Habermas, *The crisis of the European Union. A response*, trad. de Ciaran Cronin, Cambridge, Polity Press, 2012, pp. 71-74.

<sup>18</sup> En un sentido crítico, cf. James Tully, “The imperialism of modern constitutional democracy”, en Martin Loughlin y Neil Walker (eds.), *The paradox of constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 319 y 320.

La revolución de derechos humanos como secuela de la Segunda Guerra Mundial proporciona una perspectiva más amplia [...] Se consensuó que una colección integrada de garantías internacionales y domésticas podría militar contra crisis similares en el futuro. Este pensamiento produjo en corolario una concepción particular de la ordenación constitucional, para estabilizar la democracia y salvaguardar una ciudadanía equitativa así como el respeto para la dignidad humana intrínseca como ley más alta o suprema. Esta concepción ahora fundamenta el Estado constitucional de la posguerra.<sup>19</sup>

Este constitucionalismo encierra una noción normativa y omnipresente de la constitución como orden de valores<sup>20</sup> al alcance de los operadores jurídicos; presenta principios junto a reglas,<sup>21</sup> enfatiza la necesidad de ponderar y razonar las decisiones en pos de la democracia deliberativa<sup>22</sup> y reconoce una pluralidad de fuentes del derecho.<sup>23</sup>

Por lo que hace a la región latinoamericana, se multiplica la presencia de cláusulas de apertura o de reenvío hacia el derecho internacional de los derechos humanos.<sup>24</sup> Tal recepción corresponde al reconocimiento y ratificación de los estándares del sistema interamericano.<sup>25</sup> Así, se habla de la internacionalización del derecho de los Estados latinoamericanos como humanización.<sup>26</sup>

---

<sup>19</sup> Lorraine Weinrib, "The postwar paradigm and american exceptionalism", en Sujit Choudhry (ed.), *The migration of constitutional ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 86. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=899131>.

<sup>20</sup> Luis M. Cruz, "La constitución como orden de valores. Reflexiones en torno al neoconstitucionalismo", *Dikaion*, vol. 23, núm. 18, 2009; Joaquín Brage Camazano, "La doctrina de Smend como punto de inflexión de la hermenéutica y concepción de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales a partir de la segunda posguerra", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 11, 2009.

<sup>21</sup> Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978, pp. 22-31.

<sup>22</sup> Robert Alexy, "Los principales elementos de mi filosofía del derecho", *Doxa*, núm. 32, 2009, pp. 78-82.

<sup>23</sup> Cf. Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 1995, pp. 150-153.

<sup>24</sup> Ver Mariela Morales Antoniazzi, "El nuevo paradigma de la apertura de los órdenes constitucionales: una perspectiva sudamericana", en Armin von Bogdandy y José Ma. Serna de la Garza (coords.), *Soberanía y Estado abierto en América Latina y Europa*, México, D.F., UNAM, 2014, pp. 239-243.

<sup>25</sup> Jania Maria Lopes Saldanha y Lucas Pacheco Vieira, "Nuevas geometrías y nuevos sentidos: internacionalización del derecho e internacionalización del diálogo de los sistemas de justicia", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIV, 2014.

<sup>26</sup> Mariela Morales Antoniazzi, "El Estado abierto como objetivo del *ius constitutionale commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Armin von Bogdandy, Héctor Fix-Fierro y Mariela Morales Antoniazzi (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina, rasgos, potencialidades y desafíos*, México, D.F., UNAM, 2014, pp. 267 y 268.

En el caso de México, la reforma constitucional de junio de 2011 incorpora el criterio interpretativo *pro personae*, lo que supone una profunda transformación del sentido del derecho. Por una parte, es testimonio de la adopción del paradigma constitucional de la posguerra.<sup>27</sup> Además, dicho criterio –en conjunto con la recepción de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>28</sup> (en adelante, Corte IDH)– representa una auténtica cláusula de apertura hacia el derecho internacional de los derechos humanos.<sup>29</sup> Hay una pluralidad de lugares de producción de normas en tal materia,<sup>30</sup> lo que apunta hacia un cosmopolitismo.<sup>31</sup>

Estas transformaciones implican una revaloración en el sentido del ejercicio del poder soberano, como lo exige el paradigma constitucionalista. La soberanía asume una dimensión cooperativa hacia la comunidad internacional, al servicio del ser humano.<sup>32</sup> Aunque la soberanía fue pensada como el poder absoluto y perpetuo de una república, se discute que se le haya concebido como ilimitada.<sup>33</sup>

Mientras que siguen en pie los ideales de la Ilustración que reivindicaron la soberanía a la población, a través de las constituciones actuales se contempla una delegación de atribuciones<sup>34</sup> hacia la comunidad internacional en materia de derechos

---

<sup>27</sup> Ángel Durán Pérez y Eréndira Nohemí Ramos Vázquez, “La reforma constitucional de derechos humanos como fruto del neoconstitucionalismo y como paradigma en el fortalecimiento de la democracia”, *Revista Justicia Electoral*, vol. 1, núm. 10, 2012, pp. 183-188; Ramón Ortega García, “La constitucionalización del derecho en México”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, núm. 137, 2013.

<sup>28</sup> José Ramón Cossío Díaz, “Algunas notas sobre el Caso Rosendo Radilla Pacheco”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIV, 2014.

<sup>29</sup> José Ma. Serna de la Garza, “Soberanía y apertura del Estado: una perspectiva mexicana”, en Armin von Bogdandy y José Ma. Serna de la Garza (coords.), *Soberanía y Estado abierto en América Latina y Europa*, México, D.F., UNAM, 2014, pp. 23 y ss.; Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, D.F., UNAM, 2011, pp. 355-357.

<sup>30</sup> Serna de la Garza, “Soberanía y apertura del Estado...”, *op. cit.*, p. 58.

<sup>31</sup> Alan Arias Marín, “Globalización, cosmopolitismo y derechos humanos. Apuntes sobre el contexto teórico y la reforma constitucional”, *Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, núm. 18, 2011.

<sup>32</sup> Ver Markus Kotzur, “La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno”, en Peter Häberle y Markus Kotzur, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, México, D.F., UNAM, 2011, pp. 111 y ss.

<sup>33</sup> Ver Stéphane Beaulac, “The social power of Bodin’s ‘sovereignty’ and international law”, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 4, núm. 1, 2003, p. 6; Kotzur, *op. cit.*, p. 91; Fioravanti, *op. cit.*, p. 74.

<sup>34</sup> No se transfiere la soberanía, sino un “número de poderes (*Hoheitsrechte*), insuficientes para transformar la Comunidad en sí en un ente soberano” (Dieter Grimm, “Comments on the German Constitutional Court’s decision on the Lisbon Treaty. Defending sovereign statehood against transforming the European Union into a state”, *European Constitutional Law Review*, núm. 5, 2009, p. 354).

humanos, a cambio de una mejor dinámica de permeación de normas iusfundamentales comunes en el derecho interno.<sup>35</sup> Este ejercicio es resultado de la humanización del derecho: el tránsito de un enfoque estatal a un enfoque de derechos humanos.<sup>36</sup> Los Estados no son fines en sí mismos, sino medios para una vida humana colectiva en paz y seguridad.<sup>37</sup>

En este contexto, la noción de legitimidad en la acción estatal se actualiza. Cobra relevancia la concepción de la autoridad como servicio, así como el parámetro que Raz postula para elegir a qué autoridad sujetarse en caso de una pluralidad de directivas: “En tales casos, la cuestión de si el poder de una autoridad dada comprende el de excluir la autoridad de otra ha de juzgarse de la manera en que juzgamos la legitimidad de su poder en cualquier materia, a saber, si nos conformaríamos mejor con la razón intentando seguir sus directivas que si no lo hacemos”.<sup>38</sup> La noción de validez jurídica es complementada por dimensiones justificativas, materiales y axiológicas, de racionalidad,<sup>39</sup> a través de la coherencia con los fines de optimización de derechos humanos derivados de la dignidad humana.<sup>40</sup>

Así se advierte que, paradójicamente, el desarrollo del constitucionalismo lleva a su propia erosión, y a la del concepto de estatalidad, al transferir el ejercicio de la soberanía a instancias supranacionales.<sup>41</sup> El constitucionalismo se vuelve contra sí mismo: en el paradigma de la posguerra, y en virtud de la globalización, los Estados constitucionales se someten a una especie de revisión entre pares.<sup>42</sup> La legitimidad responde al resultado de comparar las distintas soluciones jurídicas de los ordenamientos jurídicos en un plano de horizontalidad y *fertilización cruzada constitucional*.<sup>43</sup> Por ello, nos encontramos en los albores de un nuevo momento

<sup>35</sup> Morales Antoniazzi, “El Estado abierto como objetivo del *ius constitutionale commune...*”, *op. cit.*, pp. 270 y 271.

<sup>36</sup> Flávia Piovesan, “*Ius constitutionale commune* latinoamericano en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos”, en Von Bogdandy, Fix-Fierro y Morales Antoniazzi, *op. cit.*, p. 72.

<sup>37</sup> Anne Peters, “The merits of global constitutionalism”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 16, núm. 2, 2009, p. 398.

<sup>38</sup> Joseph Raz, “El problema de la autoridad: de nuevo sobre la concepción de la autoridad como servicio”, *Doxa*, núm. 29, 2006, p. 156.

<sup>39</sup> Ver Rodolfo L. Vigo, “Un concepto de validez jurídica funcional al rule of law”, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, año XX, 2014, pp. 711 y ss.

<sup>40</sup> Víctor Bazán, “Vinculatoriedad de los estándares interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los órdenes internos, control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial”, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, año XX, 2014, p. 387; cf. John Tasioulas, “Human rights, legitimacy, and international law”, *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 58, núm. 1, 2013, p. 9.

<sup>41</sup> Grimm, “The achievement of constitutionalism ...”, *op. cit.*

<sup>42</sup> Somek, *op. cit.*, pp. 17-19.

<sup>43</sup> Anne-Marie Slaughter, *A new world order*, Princeton, Princeton University Press, 2004, pp. 65-79; Sujit Choudhry, “Globalization in search of justification: toward a theory of comparative constitutional interpretation”, *Indiana Law Journal*, vol. 74, núm. 3, 1999.

constitucional: el cosmopolitismo, constitucionalismo mundial<sup>44</sup> o universalización del constitucionalismo.<sup>45</sup>

Sin embargo, debemos adelantarnos y advertir que, aun al operar en un paradigma pospositivista, el derecho sigue aparejado de una contradicción necesaria entre sus dimensiones de justicia y de autoridad.<sup>46</sup> El derecho constitucional moderno exige la legitimidad a través del ejercicio democrático popular.<sup>47</sup> Aunque este requisito es insuficiente por sí mismo, sigue siendo indispensable.

## 2. Los prospectos de constitucionalización o pluralismo

Surgen teorías para dar cuenta de las transformaciones del derecho y la eficacia del Estado de derecho internacional. Considero necesario sostener una distinción entre dos vertientes. Por una parte, identifico las que proponen una constitucionalización del derecho internacional en sentido normativo y de integración jerárquica, esgrimiendo la insuficiencia o irrelevancia práctica del consentimiento en el derecho internacional.<sup>48</sup> Por otra parte, las que hablan del desarrollo de un cuerpo iusfundamental común a través del pluralismo jurídico y el diálogo judicial.<sup>49</sup>

Las teorías de constitucionalización del derecho internacional se abordan desde una miríada de posturas y enfoques,<sup>50</sup> pero es posible sostener algunas notas comunes: parten de la insuficiencia del Estado en problemas multilaterales,<sup>51</sup> postulan una visión integradora con tendencias jerárquicas<sup>52</sup> y revisan los principios de la teoría constitucional conforme al derecho internacional.<sup>53</sup>

En estas teorías se propone superar la división conceptual entre poder constituyente y poder constituido, por ser incongruente concebir el fundamento de una constitución como un acto volitivo, o un argumento de autoridad derivado de un

<sup>44</sup> Bruce Ackerman, "The rise of world constitutionalism", *Occasional Papers*, Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1998.

<sup>45</sup> Manuel Atienza, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, p. 829.

<sup>46</sup> Josep Aguiló Regla, "'Tener una constitución', 'darse una constitución' y 'vivir en constitución'", *Isonomía*, núm. 8, 2008, p. 74.

<sup>47</sup> Grimm, "The achievement of constitutionalism ...", *op. cit.*, p. 17.

<sup>48</sup> Ver O'Donoghue, *Constitutionalism in global constitutionalisation*, *op. cit.*, p. 50.

<sup>49</sup> Ver Armin von Bogdandy, "*Ius constitutionale commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual", en Von Bogdandy, Fix-Fierro y Morales Antoniazzi, *op. cit.*, pp. 14-21.

<sup>50</sup> Ver, por ejemplo, Wiener y otros, *op. cit.*, pp. 6-10.

<sup>51</sup> Cohen, *op. cit.*, p. 1; Andreas L. Paulus, "The international legal system as a constitution", en Jeffrey L. Dunoff y Joel P. Trachtman (eds.), *Ruling the world? Constitutionalism, international law and global governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 95.

<sup>52</sup> Cf. Garrett W. Brown, "The constitutionalization of what?", *Global constitutionalism*, vol. 1, núm. 2, 2012, p. 207.

<sup>53</sup> Ver en O'Donoghue, *op. cit.*, pp. 32-38.

mito;<sup>54</sup> sin embargo, no se coloca un fundamento objetivo en lugar de la acción constituyente. Esto lleva, por ejemplo, a sostener la autoconstitucionalización a través de la dialéctica judicial internacional,<sup>55</sup> pero tal curso ofrece más problemas que soluciones.

En el mismo tenor, se minimiza el concepto de constitucionalización, limitándolo a la sujeción del poder por límites legales, lo que es insatisfactorio para las exigencias de lo que entendemos actualmente por constitucionalismo. Un concepto de constitución tan amplio termina por vaciarse de significado y fuerza, apuntando a la inadecuación de tal nomenclatura.<sup>56</sup> Existe ansiedad ante el déficit democrático que implicaría constitucionalizar el derecho supraestatal: el consenso devendría obsoleto. En este vacío democrático, los poderes económicos transnacionales en red con los regímenes internacionales ocuparían el poder constituyente<sup>57</sup> en una meritocracia oligárquica.

En el ámbito interamericano hay teorías de constitucionalización del derecho internacional, incluso entre las referentes al *ius constitutionale commune*, aunque así se separan de su marco conceptual.<sup>58</sup> Apelan a que es posible identificar una constitución, por lo menos embrionaria, en los documentos básicos del sistema interamericano, a los que se suma la jurisprudencia de la Corte IDH, que se constituye como tribunal constitucional.<sup>59</sup>

Los argumentos para considerar a la Corte IDH como un tribunal constitucional son funcionalistas:<sup>60</sup> al desarrollar derechos humanos, materia fundamental, la Corte IDH se encumbra como el guardián de la constitución interamericana.<sup>61</sup> Sin embargo, tal argumentación no resulta sólida: sigue siendo necesaria la expresión extraordinaria del poder constituyente para erigir un tribunal constitucional. La Corte IDH opera y robustece el paradigma constitucional, pero de ello no se sigue que se trate del guardián de la constitución interamericana.

<sup>54</sup> En este sentido, David Dyzenhaus, "Constitutionalism in an old key: legality and constituent power", *Global constitutionalism*, vol. 1, núm. 2, 2012.

<sup>55</sup> Hans Lindahl, "El fallo 'Vand Gend & Loos', la dialéctica de poder constituyente y poder constituido", en Rodolfo Vázquez (ed.), *Filosofía jurídica: ensayos en homenaje a Ulises Schmill*, México, Porrúa, 2005, pp. 246-250.

<sup>56</sup> Cf. O'Donoghue, *op. cit.*, p. 46.

<sup>57</sup> Tully, *op. cit.*, p. 324.

<sup>58</sup> Von Bogdandy, *op. cit.*

<sup>59</sup> Morales Antoniazzi, "El Estado abierto como objetivo del *ius constitutionale commune*...", *op. cit.*, pp. 277-279.

<sup>60</sup> Laurence Burgogues-Larsen, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos como tribunal constitucional", en Von Bogdandy, Fix-Fierro y Morales Antoniazzi, *op. cit.*

<sup>61</sup> Ver Jorge Ernesto Roa Roa, "La justicia constitucional en América Latina", *Serie Documentos de Trabajo*, núm. 34, Departamento de Derecho Constitucional, Universidad Externado de Colombia, pp. 12-16. Disponible en: <http://icrp.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2015/05/DOC-DE-TRABAJO-34.pdf>.

Por otra parte, las teorías del cuerpo iusfundamental común en la región aceptan un pluralismo jurídico, reconociendo que los Estados se nutren de un diálogo judicial. Estos están limitados en razón de su situación internacional y el deber de respetar derechos humanos.<sup>62</sup> Empero, estos límites no vienen dados por una situación jerárquica posconsensual, sino por la vivificación de un paradigma humanista. La aplicación del principio *pro personae* sirve, también, como freno a la jerarquización,<sup>63</sup> exigiendo para ello la racionalidad del pluralismo. El ordenamiento interamericano no llega a ser independiente, los Estados siguen siendo los *maestros de los tratados*:<sup>64</sup> siguen siendo los auténticos dueños de la *Kompetenz-Kompetenz*,<sup>65</sup> en un sentido que no es puramente simbólico.<sup>66</sup> Es acertado limitar este cuerpo común a la materia de derechos humanos<sup>67</sup> para evitar desarrollos que exacerben las desigualdades económicas.

### 3. Derecho internacional desde el constitucionalismo

Para superar las crisis del Estado-nación, la democracia y las teorías constitucionales, debe cambiar la perspectiva de la que parten los autores que postulan la constitucionalización del derecho internacional. Podemos armonizar las transformaciones a través de una visión estatal constitucional y cooperativa.

Como se había adelantado, a un lado del elemento ideal –la concepción de justicia– del Estado constitucional persiste un elemento autoritativo, democrático y político “que consiste en ser expresión del pueblo soberano”.<sup>68</sup> Las transformaciones del constitucionalismo se edifican unas sobre otras,<sup>69</sup> lo que permite que coexistan elementos matizados del constitucionalismo liberal, social y cosmopolita. Permanecen notas histórico-sociales propias, a un lado de las normas que identificamos como estandartes de los principios del constitucionalismo de la posguerra.<sup>70</sup>

<sup>62</sup> Morales Antoniazzi, “El Estado abierto como objetivo del *ius constitutionale commune*...”, *op. cit.*, p. 270.

<sup>63</sup> Von Bogdandy, *op. cit.*, p. 12; Enrique Carpizo, “El control de convencionalidad y su relación con el sistema constitucional mexicano. Hacia una simple actividad protectora de los derechos humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 138, 2013, pp. 956-958.

<sup>64</sup> Grimm, “Comments on the German Constitutional...”, *op. cit.*, p. 365.

<sup>65</sup> *Idem*.

<sup>66</sup> Cf. Somek, *op. cit.*, p. 23.

<sup>67</sup> Ronald Dworkin, “From justice in robes to justice for hedgehogs”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 9, 2015, pp. 16-18.

<sup>68</sup> Fioravanti, *op. cit.*, p. 152.

<sup>69</sup> Por todos, Grimm, “The achievement of constitutionalism...”, *op. cit.*; Somek, *op. cit.*, p. 282; Philippe Nonet y Philip Selznick, *Toward responsive law: law & society in transition*, New Brunswick, Transaction Publishers, 2001 [1978], pp. 17-18.

<sup>70</sup> Josep Aguiló Regla, “El constitucionalismo imposible de Luigi Ferrajoli”, *Doxa*, núm. 34, 2011, p. 63.

Los cuestionamientos de la legitimidad de los particularismos estatales y la insuficiencia de estos ante los retos multilaterales siguen aceptando respuestas ambiguas. Tras aceptar la dignidad humana y los derechos humanos como fundamento, se abre un espacio fértil para la discusión,<sup>71</sup> pero no para la obsolescencia de la democracia estatal. “Un sistema que rechace el origen democrático del poder y no se interese por un gobierno limitado, no cumple con los estándares de la constitución moderna”;<sup>72</sup> y los principios del constitucionalismo moderno impiden utilizar el nombre de constitución en vano.<sup>73</sup>

Es prudente buscar un equilibrio a través de la democracia deliberativa. En los países donde la constitución es rígida sólo formalmente y no en la realidad,<sup>74</sup> esto apunta hacia adoptar un efectivo modelo dualista que fortalezca los procesos sociales ante el riesgo de la erosión del consenso. En este constitucionalismo a través de la democracia, protagonizan el pluralismo interno y los diálogos contra las imposiciones hegemónicas.

#### 4. Conclusiones

Es necesario superar el positivismo a través de un paradigma constitucional en torno a la dignidad humana y los derechos que de ella emanan, así como encontrar un equilibrio que no erosione las bases democráticas. Los Estados se abren, posibilitando la permeación de normas del derecho internacional de los derechos humanos, especialmente las del ordenamiento interamericano. En el diálogo judicial podemos ver el enriquecimiento de una cultura jurídica adecuada a nuestra región.

Hay similitudes relevantes en la operación del derecho internacional y el constitucionalismo, pero de ello no se sigue que el derecho internacional esté constitucionalizado. Por esto, usar la terminología constitucional deviene en “retórica legitimadora para una disciplina en crisis tras haberse desatracado parcialmente a sí misma de la firme y fiable ancla del consentimiento estatal”;<sup>75</sup> así como notoria fuente de

<sup>71</sup> Cf. Somek, *op. cit.*, p. 140; por otra parte, “el significado jurídico de la dignidad humana no es exhausto por su función como pantalla de humo para disfrazar diferencias más profundas” (Habermas, *op. cit.*, p. 76).

<sup>72</sup> Grimm, “The achievement of constitutionalism...”, *op. cit.*, p. 10.

<sup>73</sup> Ángela Figueruelo Burrieza “El tratado constitucional a la luz de los principios del moderno constitucionalismo”, *Revista de Derecho Político*, núm. 64, 2005, p. 52.

<sup>74</sup> En el caso mexicano, Jorge Carpizo, “La reforma constitucional en México. Procedimiento y realidad”, *Boletín de Derecho Mexicano Comparado*, núm. 131, pp. 569-580.

<sup>75</sup> Mattias Kumm, “The cosmopolitan turn in constitutionalism: on the relationship between constitutionalism in and beyond the state”, en Jeffrey L. Dunoff y Joel P. Trachtman (eds.), *Ruling the world? Constitutionalism, international law, and global governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 260.



equivocos. La razón de que el constitucionalismo y el derecho internacional compartan rasgos operativos es que son las expresiones del paradigma de la posguerra.

Es deseable un ejercicio soberano cooperativo, pero no en perjuicio de la estatalidad o de las instituciones constitucionales como la distinción entre poder constituyente y poder constituido. Esta premisa sirve como marco de un cuerpo iusfundamental común y plural, en lugar de constitucionalización posestatal, jerárquica y con déficit de legitimidad. Para ello, los Estados deben operar realmente en democracia: poner énfasis en la deliberación pública en lugar de seguir el curso hacia el individualismo, cohonestando la dualidad de un constitucionalismo rígido bien entendido. El derecho necesita una comunidad política inclusiva, racional y local para evitar *su defunción*<sup>76</sup> dialéctica. El Estado constitucional democrático, con sus contradicciones y sus límites, sigue siendo el mejor medio para una vida digna en sociedad. Si las bases democráticas se erosionan, ¿quién custodiará a los custodios?

## Bibliografía

- ACKERMAN, Bruce, *We the people 1: foundations*, Cambridge, Belknap Press, 1991.
- \_\_\_\_\_, “The rise of world constitutionalism”, *Occasional Papers*, Yale Law School Legal Scholarship Repository, 1998.
- AGUILÓ REGLA, Josep, “‘Tener una constitución’, ‘darse una constitución’ y ‘vivir en constitución’”, *Isonomía*, núm. 8, 2008.
- \_\_\_\_\_, “El constitucionalismo imposible de Luigi Ferrajoli”, *Doxa*, núm. 34, 2011.
- ALEXYS, Robert, “Los principales elementos de mi filosofía del derecho”, *Doxa*, núm. 32, 2009.
- \_\_\_\_\_, *La institucionalización de la justicia*, 2ª ed., trad. de José Antonio Seoane, Granada, Comares, 2010.
- ARIAS MARÍN, Alan, “Globalización, cosmopolitismo y derechos humanos. Apuntes sobre el contexto teórico y la reforma constitucional”, *Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, núm. 18, 2011, pp. 11-43.
- ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
- BAZÁN, Víctor, “Vinculatoriedad de los estándares interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los órdenes internos, control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial”, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, año XX, 2014, pp. 385-429.
- BEAULAC, Stéphane, “The social power of Bodin’s ‘sovereignty’ and international law”, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 4, núm. 1, 2003.
- BESSON, Samantha, “Sovereignty in conflict”, *European integration online papers*, vol. 8, núm. 15, 2004.

<sup>76</sup> Nonet y Selznick, *op. cit.*, pp. 115-118.

- BRAGE CAMAZANO, Joaquín, “La doctrina de Smend como punto de inflexión de la hermenéutica y concepción de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales a partir de la segunda posguerra”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 11, 2009, pp. 95-123.
- BROWN, Garrett W., “The constitutionalization of what?”, *Global constitutionalism*, vol. 1, núm. 2, 2012, pp. 201-228.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como tribunal constitucional”, en Armin VON BOGDANDY, Héctor FIX-FIERRO y Mariela MORALES ANTONIAZZI (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina, rasgos, potencialidades y desafíos*, México, D. F., UNAM, 2014.
- CARBONELL, Miguel, “Globalización y derecho: algunas coordinadas para el debate”, en Miguel CARBONELL y Rodolfo VÁZQUEZ (comps.), *Globalización y derecho*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- CARPIZO, Enrique, “El control de convencionalidad y su relación con el sistema constitucional mexicano. Hacia una simple actividad protectora de los derechos humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 138, 2013, p. 939-971.
- CARPIZO, Jorge, “La reforma constitucional en México. Procedimiento y realidad”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 131, pp. 543-598.
- CHODHRY, Sujit, “Globalization in search of justification: toward a theory of comparative constitutional interpretation”, *Indiana Law Journal*, vol. 74, núm. 3, 1999, pp. 819-892.
- COHEN, Jean L., *Globalization and sovereignty*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, “Algunas notas sobre el caso Rosendo Radilla Pacheco”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIV, 2014, pp. 803-834.
- CRUZ, Luis M., “La constitución como orden de valores. Reflexiones en torno al neoconstitucionalismo”, *Dikaion*, vol. 23, núm. 18, 2009, pp. 11-31.
- DURÁN PÉREZ, Ángel y Eréndira Nohemí RAMOS VÁZQUEZ, “La reforma constitucional de derechos humanos como fruto del neoconstitucionalismo y como paradigma en el fortalecimiento de la democracia”, *Revista Justicia Electoral*, vol. 1, núm. 10, 2012, pp. 171-196.
- DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978.
- \_\_\_\_\_, “From justice in robes to justice for hedgehogs”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 9, 2015, pp. 3-22.
- DYZENHAUS, David, “Constitutionalism in an old key: legality and constituent power”, *Global constitutionalism*, vol. 1, núm. 2, 2012, pp. 229-260.
- FERRAJOLI, Luigi, *Poderes salvajes*, Madrid, Trotta, 2011.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Miguel CARBONELL y Pedro SALAZAR (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, D. F., UNAM, 2011.

- FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, “El tratado constitucional a la luz de los principios del moderno constitucionalismo”, *Revista de Derecho Político*, núm. 64, 2005, pp. 49-118.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2001.
- GRIMM, Dieter, “Integration by constitution”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, núm. 2-3, 2005, pp. 353-373.
- \_\_\_\_\_, “The achievement of constitutionalism and its prospects in a changed world”, en Petra Dobner y Martin Loughlin (eds.), *The Twilight of Constitutionalism*, Nueva York, Oxford University Press, 2008.
- \_\_\_\_\_, “Comments on the German Constitutional Court’s decision on the Lisbon Treaty. Defending sovereign statehood against transforming the European Union into a state”, *European Constitutional Law Review*, núm. 5, 2009.
- HÄBERLE, Peter y Markuz KOTZUR, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, México, D. F., UNAM, 2011.
- HABERMAS, Jürgen, *The crisis of the European Union. A response*, trad. de Ciaran Cronin, Cambridge, Polity Press, 2012.
- KOTZUR, Markus, “La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno”, en Peter HÄBERLE y Markus KOTZUR, *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, México, D. F., UNAM, 2011.
- KUMM, Mattias, “The cosmopolitan turn in constitutionalism: on the relationship between constitutionalism in and beyond the state”, en Jeffrey L. DUNOFF y Joel P. TRACHTMAN (eds.), *Ruling the world? Constitutionalism, international law, and global governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- LINDAHL, Hans, “El fallo ‘Vand Gend & Loos’, la dialéctica de poder constituyente y poder constituido”, en Rodolfo VÁZQUEZ (ed.), *Filosofía jurídica: ensayos en homenaje a Ulises Schmill*, México, D. F., Porrúa, 2005.
- LOPES SALDANHA, Jania Maria y Lucas PACHECO VIEIRA, “Nuevas geometrías y nuevos sentidos: internacionalización del derecho e internacionalización del diálogo de los sistemas de justicia”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIV, 2014, pp. 545-579.
- MAHLMANN, Matthias, “The Basic Law at 60 – human dignity and the culture of republicanism”, *German Law Journal*, vol. 11, núm. 1, 2010, pp. 9-32.
- MORALES ANTONIAZZI, Mariela, “El Estado abierto como objetivo del *ius constitutionale commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Armin VON BOGDANDY, Héctor FIX-FIERRO y Mariela MORALES ANTONIAZZI (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina, rasgos, potencialidades y desafíos*, México, D. F., UNAM, 2014.
- \_\_\_\_\_, “El nuevo paradigma de la apertura de los órdenes constitucionales: una perspectiva sudamericana”, en Armin VON BOGDANDY y José Ma. SERNA DE LA

- GARZA (coords.), *Soberanía y Estado abierto en América Latina y Europa*, México, D. F., UNAM, 2014.
- NONET, Philippe y Philip SELZNICK, *Toward responsive law: law & society in transition*, New Brunswick, Transaction Publishers, 2001 [1978].
- O'DONOGHUE, Aoife, *Constitutionalism in global constitutionalisation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- ORTEGA GARCÍA, Ramón, "La constitucionalización del derecho en México", *Boletín mexicano de derecho comparado*, núm. 137, 2013, pp. 601-646.
- PAULUS, Andreas L., "The international legal system as a constitution", en Jeffrey L. DUNOFF y Joel P. TRACHTMAN (eds.), *Ruling the world? Constitutionalism, international law and global governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- PETERS, Anne, "Compensatory constitutionalism: the function and potential of fundamental international norms and structures", *Leiden Journal of International Law*, núm. 19, 2006, pp. 579-610.
- \_\_\_\_\_, "The merits of global constitutionalism", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 16, núm. 2, 2009, pp. 397-411.
- PIOVESAN, Flávia, "Ius constitutionale commune latinoamericano en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos", en Armin VON BOGDANDY, Héctor FIX-FIERRO y Mariela MORALES ANTONIAZZI (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina, rasgos, potencialidades y desafíos*, México, D. F., UNAM, 2014.
- RAZ, Joseph, "El problema de la autoridad: de nuevo sobre la concepción de la autoridad como servicio", *Doxa*, núm. 29, 2006, pp. 141-175.
- ROA ROA, Jorge Ernesto, "La justicia constitucional en América Latina", Serie Documentos de Trabajo, núm. 34, Bogotá, Departamento de Derecho Constitucional, Universidad Externado de Colombia. Disponible en <http://icrp.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2015/05/DOC-DE-TRABAJO-34.pdf>.
- SERNA DE LA GARZA, José Ma., "Soberanía y apertura del Estado: una perspectiva mexicana", en Armin VON BOGDANDY y José Ma. SERNA DE LA GARZA (coords.), *Soberanía y Estado abierto en América Latina y Europa*, México, D. F., UNAM, 2014.
- SLAUGHTER, Anne-Marie, *A new world order*, Princeton, Princeton University Press, 2004.
- SOMEK, Alexander, *The cosmopolitan constitution*, New York, Oxford University Press, 2014.
- TASIOULAS, John, "Human rights, legitimacy, and international law", *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 58, núm. 1, 2013, pp. 1-25.
- TULLY, James, "The imperialism of modern constitutional democracy", en Martin LOUGHLIN y Neil WALKER (eds.), *The paradox of constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

- VIGO, Rodolfo L., “Un concepto de validez jurídica funcional al rule of law”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XX, 2014, pp. 701-726.
- VON BOGDANDY, Armin, “*Ius constitutionale commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual”, en ARMIN VON BOGDANDY, Héctor FIX-FIERRO y Mariela MORALES ANTONIAZZI (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina, rasgos, potencialidades y desafíos*, México, D. F., UNAM, 2014.
- VON BOGDANDY, Armin, y José Ma. SERNA DE LA GARZA, (coords.), *Soberanía y Estado abierto en América Latina y Europa*, México, D. F., UNAM, 2014. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3705>.
- WEINRIB, Lorraine, “The postwar paradigm and american exceptionalism”, en Sujit Choudhry (ed.), *The migration of constitutional ideas*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=899131>.
- WIENER, Antje y otros, “Global constitutionalism: human rights, democracy and the rule of law”, *Global constitutionalism*, núm. 1, Cambridge University Press, 2012, pp. 1-15.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 10ª ed., Madrid, Trotta, 1995.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

**David Oconitrillo Fonseca\* (Costa Rica)**

## **Estado de derecho: un intento de aproximación conceptual\*\***

### **RESUMEN**

En este trabajo se revisa la definición de Estado de derecho según dos teorías: la teoría del poder limitado y la teoría de los derechos humanos. Para ello, se examinan los postulados de estas teorías a partir de lo establecido en el ordenamiento jurídico costarricense, su Sala Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Igualmente se identifican una serie de retos para el Estado de derecho relacionados con las teorías analizadas.

**Palabras clave:** poder limitado, derechos humanos, despublicación, legalidad, rendición de cuentas.

### **ZUSAMMENFASSUNG**

Der Beitrag unternimmt anhand von zwei Theorien - Theorie der begrenzten Staatsgewalt und Theorie der Menschenrechte - eine Überprüfung der Definition des Rechtsstaats. Ausgehend von den Bestimmungen der Rechtsordnung Costa Ricas sowie den Entscheidungen seines Verfassungssenats und des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte werden dazu die Annahmen beider Theorien untersucht. Anschließend werden einige mit den analysierten Theorien zusammenhängende Herausforderungen für den Rechtsstaat identifiziert.

---

\* Abogado, licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica, candidato a máster en Derecho Público de la Universidad de Costa Rica. [davidoconi@gmail.com](mailto:davidoconi@gmail.com).

\*\* Este trabajo surge de una serie de inquietudes emergentes en la preparación de una conferencia acerca del Estado social de derecho para el VII Congreso Centroamericano de Ciencias Políticas “Cambios y continuidades en Centroamérica: instituciones, protagonistas de procesos políticos y resultados”, organizado por la Red Centroamericana de Ciencias Políticas. Le agradezco encarecidamente a Dioni Céspedes Bolaños por la lectura y recomendaciones para este trabajo.

**Schlagwörter:** Begrenzte Staatsgewalt; Menschenrechte; Abkehr vom Öffentlichen Recht; Gesetzmäßigkeit; Rechenschaftspflicht.

## ABSTRACT

This study examines the definition of the State under the rule of law according to two theories: the limited power theory and the human rights theory. For that purpose, we analyze the assumptions of those theories based on the Costa Rican legal system, the decisions of its Constitutional Chamber and those of the Inter-American Court of Human Rights. We also identify a number of challenges for a State under the rule of law with relation to the analyzed theories.

**Keywords:** Limited power, human rights, flight from administrative law, legality, accountability.

## 1. Estado constitucional moderno

El Estado constitucional moderno se basa en el postulado de ser gobernados por la ley, siempre objetivada –por intersubjetividad en su origen–, consensuada y producto de la discusión de las diferentes fuerzas políticas, en atención a evitar los abusos de los poderes del rey en su momento y de la administración pública hoy día. Ello, plasmado en el principio de interdicción de la arbitrariedad.

Es pilar de este Estado una estructura fundacional o un cuerpo normativo que dé origen, fundamento y coherencia a su existencia. En la historia se intentó de varias maneras; en un momento se ideó que debía ser por medio de una ley que fuera dictada por el parlamento, mas esta era vista como un símbolo de gobernanza únicamente, e incluso se confundió en ocasiones con los decretos leyes o era común escuchar la frase “acto con valor de ley”, etc. Por ello fue necesario dotar una norma superior a la ley, con un rango que permitiera construir un marco general de actuación y que se impusiera a todas las personas que aceptasen este pacto fundacional. El tratadista Carlos Santiago Nino utiliza una metáfora que resulta bastante esclarecedora para dirigirse a la importancia de la carta fundamental dentro del engranaje y funcionamiento del Estado: utiliza como parangón de la Constitución Política la carta de navegación de un marineró; es el camino trazado para que el barco navegue.

La idea de otorgar un instrumento formal para dar constancia del pacto fundacional del Estado resultó atractiva, mas esto era insuficiente y falto de contenido. Es por ello que el constitucionalismo se define como el sistema de convivencia en el Estado de derecho, en donde el Gobierno y los gobernantes deben estar sometidos al derecho que nace del imperio de la constitución, de su supremacía y de su vigencia, y que los gobernados –cualquiera de ellos– se hallen en condiciones de oponer esa supremacía y vigencia constitucionales a la autoridad gubernativa. Es vital reforzar la idea de que se trata de un sistema de convivencia que coloca a la persona como centro de su razón de ser.

## 2. Estado de derecho

Para estudiar y analizar el fenómeno del Estado de derecho se ha creado una clasificación de los elementos que es aceptada por gran parte de la doctrina. En este trabajo se ofrece una ligera explicación de los diferentes factores de apoyo para la exploración de los diversos regímenes que el lector quiera examinar. Básicamente nos referimos a dos teorías que se complementan entre sí: la teoría del poder limitado y la teoría de los derechos fundamentales.

### 2.1. Teoría del poder limitado

Señala que el poder debe ser limitado para que exista el Estado de derecho. Para ello, establece cuatro aspectos fundamentales: el principio de legalidad, la separación o división de funciones, el control jurisdiccional y la responsabilidad pública. De manera resumida se puede apuntar que el Estado de derecho somete toda la actuación de los órganos del Estado al derecho, fija límites legales al poder público y protege al ciudadano mediante adecuados mecanismos jurídicos frente a posibles situaciones de abuso en que pueda incurrir el poder público.<sup>1</sup>

Es innegable la necesidad de limitar el poder por la tendencia a la libertad y al hedonismo del ser humano. La cosa pública es gestada por personas con todos sus defectos, pasiones y desbordamientos. En este orden de ideas, es plausible la existencia de un bloque de legalidad que contenga las voluntades de los funcionarios para proceder con un parámetro de objetividad que armonice las actuaciones estatales.

No es gratuita la aseveración recogida por lord Acton acerca del poder: el poder tiende a corromperse y el poder absoluto se corrompe absolutamente. Por ello, se debe limitar; si el poder no se limita, el ciudadano difícilmente podrá defenderse de sus abusos y menos aún desarrollar sus potenciales. Este es un parámetro seguido para determinar la existencia de un Estado de derecho, permitir el desarrollo humano.

#### 2.1.1. Principio de legalidad

Este principio establece la obligación del Estado de someterse a la ley. Hablamos de Estado en sentido lato, las autoridades públicas en general e incluso los particulares que realicen funciones públicas. Este principio busca adecuar las conductas administrativas a una voluntad legislativa para la satisfacción del interés público y que gobernar no sea un ejercicio dependiente únicamente de la voluntad de una persona, como en su momento el rey francés Luis XIV (*"L'État, c'est moi"*).

Es importante derivar del principio de legalidad otros dos principios que se evidencian al violentarse el primero la interdicción de la arbitrariedad y el segundo la

---

<sup>1</sup> Josef Thesin y otros, *Estado de derecho y democracia*, Buenos Aires, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 1997, p. 34.



interdicción de la desviación de poder. Al respecto, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica ha manifestado lo siguiente en el voto 18298 - 12:

Arbitrariedad es sinónimo de injusticia ostensible y la injusticia no se limita a la discriminación [...]. En síntesis, en el contexto constitucional, el requerimiento de motivación de los actos administrativos implica imponer una limitación al poder público, ya que se ve obligado a respetar el principio de legalidad, reconocido en el artículo 11 de la Constitución Política y a la necesidad de invocar un criterio razonable en la toma de sus decisiones.

El tema está zanjado en la administración pública: para emitir manifestaciones de voluntad administrativa se debe hacer con apego al principio de legalidad, con apego a lo que establece la ley en sentido lato, es decir, cualquier norma habilitante dentro del ordenamiento jurídico que permita el ejercicio de la potestad que se otorga como parte de la competencia respectiva.

En este orden de ideas, la misma Sala Constitucional ha manifestado en el voto 962 - 12:

El principio de legalidad significa que los actos y comportamientos de la Administración deben estar sometidos a la ley, y en general a todas las normas del ordenamiento jurídico, es lo que se conoce como principio de juricidad de la Administración, sea que las instituciones públicas solo pueden actuar en la medida en la que se encuentren apoderadas para hacerlo por el mismo ordenamiento y normalmente a texto expreso, en consecuencia solo le es permitido lo que esté constitucionalmente y legalmente autorizado en forma expresa y todo lo que no esté autorizado, les está vedado.

Es importante hacer notar que normalmente es a texto expreso que se le permite actuar a la administración; sin embargo, nada impide al operador jurídico ser creativo y tomar decisiones fundamentadas en el ordenamiento jurídico que no estén expresamente reguladas, pero no por esto disconformes con él.

Respecto a la desviación de poder, este mismo órgano constitucional en el voto 3946 - 12 ha dicho: “[...] la desviación de poder, este último consagrado en el texto constitucional (artículo 49 de la Constitución), puesto que, estaría rebasando sus competencias o atribuciones y utilizaría potestades administrativas para fines distintos de los propuestos o supuestos en el propio texto constitucional”. Es bastante simple el análisis de este supuesto; se deben ejecutar los actos tal y como están descritos en el ordenamiento jurídico, no se deben dictar actos disconformes con la finalidad para la cual son previstos.

### ***2.1.2. Separación o división de funciones***

Con este principio se pretende controlar el poder, dividiéndolo, permitiendo los balances entre los diferentes órganos estatales, sometidos ya no únicamente a la

ley, sino también a los controles que pueda realizar un órgano sobre el otro. Es importante precisar un poco el contenido de estos controles. En un esquema clásico mal entendido, y lastimosamente muy propagado, se establece una no injerencia total en los asuntos de los otros poderes, es decir, el Ejecutivo no puede legislar y el Judicial no puede hacer de ejecutivo.

Se debe puntualizar que aunque lo anteriormente señalado es cierto, no implica una ausencia de colaboración en las funciones de los diferentes poderes. Es necesaria incluso una coordinación mínima entre las diferentes autoridades públicas con el fin de cumplir con sus potestades de buena manera. Lo que en realidad no se permite es la ocupación o sustitución de los órganos en el ejercicio de sus potestades.

En este orden de ideas, la Sala Constitucional, en el voto 13323 - 06, estableció:

Es rasgo fundamental de nuestro sistema de gobierno lo que modernamente se denomina y entiende como el principio de distribución de funciones, que está expresamente dispuesto en el artículo 9 constitucional, el cual, sustenta la organización y distribución de las diversas funciones esenciales del Estado, por cuanto en virtud de este, el poder y su ejercicio está distribuido entre diversos detentadores; y en tal virtud se constituye en una garantía de la libertad de los administrados frente a los detentadores del poder, en tanto se traduce en sí mismo en un límite control en el ejercicio del Poder, al delimitarse la cuota y contenido que le corresponde a cada uno, además de que define las prerrogativas de la Administración Pública.

### **2.1.3. Control jurisdiccional**

Este es quizás uno de los elementos más importantes. Es ineludible el control y la revisión de las conductas administrativas en sede jurisdiccional. Tal es su importancia, que existen órganos especializados en este sentido; hablamos principalmente de los juzgados y tribunales de lo contencioso-administrativo y tribunales constitucionales. Como parte de una lucha en contra de las inmunidades en el ejercicio del poder, es forzoso –parafraseando a García de Enterría– permitir la revisión de todas las actuaciones de los poderes públicos.

En Costa Rica orgullosamente podemos decir que esto es así, no existen ámbitos inmunes al poder, bien que mal el aparato judicial funciona y es de las instituciones en que más confianza existe. Esto es vital para la ciudadanía pues el sistema judicial es el competente para realizar las investigaciones y sentar responsabilidades sobre las vulneraciones a los derechos de los administrados. Este papel es acentuado por el rol que ha ejercido la Corte Interamericana en el sistema interamericano de derechos humanos. En diferentes resoluciones ha establecido el deber de los Estados de garantizar el acceso a la tutela judicial efectiva con elementos importantes, como resolver en tiempos razonables, sentar responsabilidades y dar indemnizaciones o

satisfacciones a los afectados, en el marco de un problema que ataca a muchos sistemas judiciales como es la mora judicial.

En este orden de ideas, se puede traer a colación resoluciones de la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos como la emitida en el *Caso Tarazona y otros vs. Perú* del año 2014, en donde se encuentra al Estado responsable de contravenir la Convención Americana sobre Derechos Humanos por no cumplir con las investigaciones de los procesos penales internos en un plazo razonable. La jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica también ha señalado cuáles son los elementos de este plazo razonable para resolver. En el voto 9200 - 2000 incorpora una línea jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que es retomada por la Corte Interamericana y establece: “[S]e debe tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales”.

En este sentido, se precisan estudios serios que evalúen la calidad de los sistemas judiciales. Recientemente, en Costa Rica se publicó el *Primer Informe. Estado de la Justicia*, emitido por el Programa Estado de la Nación. Allí se analizan puntos neurálgicos, como la independencia judicial, la tutela efectiva de derechos en materia penal y en materia laboral, la cobertura mediática del Poder Judicial, entre otros temas de interés para conocer la calidad del sistema de justicia.

#### **2.1.4. Responsabilidad pública**

La responsabilidad de las autoridades públicas es vital en el Estado de derecho, pues permite reparar a los particulares de los daños generados por actuaciones de los poderes públicos. La Sala Constitucional, en el voto 5207 - 04, manifestó:

La responsabilidad de las administraciones públicas por el ejercicio de la función administrativa forma parte, como lo hemos constatado en el considerando anterior, de la concepción constitucional de estas. Es una pieza clave y esencial del Estado social y democrático de Derecho, dados a los fines a los que propende un régimen de responsabilidad administrativa. De modo general, la responsabilidad administrativa tiene por función básica la reparación o resarcimiento de las lesiones antijurídicas causadas a un administrado (víctima o damnificado) en su esfera patrimonial o extrapatrimonial por un ente público en el ejercicio de la función administrativa. [...]. Esta finalidad determina que el principio constitucional de responsabilidad administrativa debe ser fortalecido y acentuado mediante una interpretación extensiva y no restrictiva, de la misma forma el legislador al desarrollar los sistemas de responsabilidad administrativa debe adecuarse al parámetro constitucional de una responsabilidad administrativa objetiva y directa, estándole vedado establecer conductas administrativas exentas o inmunes a este y menoscaban-

do los derechos fundamentales resarcitorios y al buen funcionamiento de los servicios públicos de los que son titulares todos los administrados.

Es indispensable, como parte de las limitaciones que se deben imponer al poder público, exigir las responsabilidades de los funcionarios o de los órganos estatales por los daños ocasionados a los administrados. En Costa Rica, la legislación constitucional y la Ley General de la Administración Pública dan origen a un sistema de responsabilidad bastante amplio, que en su momento se pensó iba a ser difícil de manejar por parte de las autoridades jurisdiccionales pues se apuntaba a una responsabilidad insostenible para las finanzas estatales; pero esto no ha pasado, el esquema se ha atemperado, funciona bien y es un pilar fundamental del Estado de derecho costarricense.

## 2.2. Teoría de los derechos humanos

La teoría de los derechos humanos establece que el proceso constitucionalista predicador del Estado de derecho ha venido a constitucionalizar y dar garantía a los derechos fundamentales, como un parámetro válido de medición del goce y disfrute de los derechos humanos. Se debe establecer como derechos humanos aquellos que pertenecen al ser humano por el solo hecho de serlo; esta es una concepción más filosófica que jurídica, por tanto, el concepto de derechos fundamentales como aquellos que son positivizados, garantizados y exigibles a los Estados es una definición más adecuada para los efectos de este texto.

Un Estado de derecho que no garantice los derechos fundamentales, no merece denominarse así, por ser estos derechos esenciales para la vida en sociedad. Como se indicó, esta teoría de los derechos fundamentales es un elemento importante que debe considerarse junto a la teoría del poder limitado para el examen de los Estados modernos que pretendan catalogarse como auténticos Estados de derecho. El abordaje realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la misma Comisión, además de los diferentes órganos existentes en razón de la Organización Mundial de las Naciones Unidas, los postulados e informes que se rinden en el seno de estos organismos, así como las recomendaciones emitidas por los distintos comités son elementos que se deben tomar en cuenta.

En este orden de ideas, en el *Caso González y otras vs. México*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos plantea un deber para los Estados que parece bastante insulso, pero tiene sus bemoles. Dice en esta sentencia la Corte Interamericana que los Estados deben prevenir las vulneraciones a los derechos humanos, tomando un camino que enriquece lo hasta ahora dispuesto por este tribunal en cuanto a los deberes de los Estados en esta materia.

### **3. Identificación de algunos retos del Estado de derecho**

En este apartado se pretende ubicar una serie de retos que no son nuevos para el Estado de derecho, pero que se presentan de manera constante y actual en los diferentes regímenes democráticos. Evidentemente no es una lista cerrada, solo intenta rescatar algunos de los muchos retos que puedan existir. No se busca idear una solución, lo que puede resultar inalcanzable, pero sí sentar algunas ideas alrededor de los problemas planteados. Se parte del presupuesto de que los Estados modernos para gozar de alguna legitimidad ante la comunidad internacional deben mostrarse como respetuosos de la legalidad, la institucionalidad y la democracia; esta es la idea central de identificar los problemas, la permanencia dentro de la idea del Estado de derecho.

No resulta sencillo lograr estos cometidos en sociedades modernas, cambiantes y exigentes. La realidad sobrepasa al derecho en muchos casos, y el operador jurídico, la administración pública y el Estado como un todo se enfrentan a desafíos para los cuales deben contar con herramientas para solventar dentro de un marco pacífico, estable y dentro de la legalidad. Sin lugar a dudas, estos son los cauces que deben seguir los Estados, han mostrado ser un terreno fértil para el desarrollo humano y el respeto por la dignidad de las personas, pilares infranqueables buscados por muchas sociedades a través de la historia.

#### **3.1. La despublificación o huida del derecho administrativo**

Este es un fenómeno ligado a diversos temas como la búsqueda de eficiencia del Estado, el apresuramiento del accionar administrativo, la disminución del tamaño estatal y la evitación de la burocracia. Es un problema tratar de sustituir el apego al derecho administrativo o someter a regímenes de derecho común las actuaciones estatales. En muchas ocasiones se esconden escabrosas intenciones de excluir los actos estatales del principio de legalidad.

Se debe recordar que la administración cuenta con una personalidad jurídica y dos capacidades de derecho, una de derecho administrativo y otra de derecho privado o común. En el ordenamiento jurídico costarricense, esto es expresamente reconocido en una lectura de los artículos 1 y 3 de la Ley General de la Administración Pública. Ello es completamente normal y necesario para el accionar estatal.

En este orden de ideas se habla de despublificación como una regulación privada de la actividad pública de la administración, y más recientemente en el uso de formas de organización privada dentro del aparato estatal. Se trata, en suma, del uso creciente de técnicas del derecho privado utilizadas en la gestión de la actividad pública, especialmente en los servicios públicos. Puede manifestarse

también en la creación de entes privados por parte del Estado para cumplir funciones públicas.<sup>2</sup>

Se suele señalar que la despublificación se acompaña de dos elementos: cuantitativo (uso creciente) y teleológico (evasión de normas de derecho público). La doctrina española denomina a este fenómeno como huida del derecho administrativo. Es una búsqueda de la libertad de acción que ofrece el derecho privado. Es peligroso, pues –como señala la profesora Hernández citando a González Varas– tal huida conducirá con mucha seguridad a una evasión o fuga, en general, del Estado de derecho.

El derecho de consumidor, el rango constitucional de los principios del servicio público, las entidades del Estado regulador y las legislaciones de control han sido marcos de trabajo para fortalecer la presencia de la legalidad en la actuación del Estado en contextos de competencia y libre circulación de mercancías, siempre bajo formas de organización públicas. Sin embargo, existe una tentación fuerte por parte de las empresas estatales de someterse a formas privadas tanto de regulación como de organización y, en ocasiones, esto es contrario al principio de legalidad, pilar del Estado de derecho.

### 3.2. El exceso de normativa

Es común encontrar un cúmulo de normativa dispersa, poco sistematizada y que encarga las mismas competencias a diferentes órganos. En este sentido, el profesor Luigi Ferrajoli señala la existencia de una tarea pendiente por parte de la ciencia política y del derecho, como disciplinas regentes de la materia gubernativa. No han sido capaces de diseñar un Estado social de derecho equiparable al viejo Estado de derecho liberal, y han permitido que el Estado social se desarrolle de hecho a través de una simple ampliación de discrecionalidad de los aparatos administrativos, el juego no reglado de grupos de presión y las clientelas, la proliferación de las discriminaciones y los privilegios, y el desarrollo del caos normativo que ellas mismas denuncian y contemplan ahora como “crisis de la capacidad regulativa del derecho”<sup>3</sup>

Así las cosas, existe la creencia acentuada, al menos en la sociedad costarricense, de que la Asamblea Legislativa o Parlamento tiene como función principal emitir leyes. Esto parece calar en los mismos miembros de este órgano estatal, pues algunos diputados se muestran orgullosos del número de proyectos de ley que se presentan a plenario. Evidentemente, la labor parlamentaria va mucho más allá de emitir leyes que en ocasiones crean un abultamiento que genera trabas para el accionar estatal.

---

<sup>2</sup> Magaly Hernández Rodríguez, *Fisuras, desafíos y mutaciones del Estado de derecho y el derecho público*, San José, Editorial UCR, 2007, p. 101.

<sup>3</sup> Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 1999, p. 30.

Los órganos parlamentarios tienen funciones de control político fundamentales en un esquema de pluralismo y democracia. Esta es la función principal de estos órganos constitucionales que en ocasiones se pierde de vista. La solución no está en la creación de regulación, sino en la sistematización de la misma; la burocracia se convierte en un peso difícil de sobrellevar por parte de la administración. En un inicio, tal como señala Max Webber, el derecho y la regulación normativa dieron origen a la burocracia que sirvió para dar razonabilidad a la administración; sin embargo, esta se ha desbordado a niveles impensables.

### 3.3. Corrientes neoconstitucionalistas

Después de la Segunda Guerra Mundial ha existido una corriente de constituciones políticas que por sus características se han denominado del nuevo constitucionalismo o neoconstitucionalistas. Sin embargo, esta teoría debe matizarse pues no existe una conceptualización uniforme de sus postulados. Se discute mucho sobre su existencia y se coloca como un relanzamiento de aspectos contenidos dentro de la corriente positivista.

Algunos aspectos relevantes de esta teoría inciden directamente en el Estado de derecho. En este orden de ideas, se plantea que la constitución política adquiere un carácter de norma jurídica obligatoria, rigidez constitucional, métodos de interpretación constitucional y un papel preponderante de los órganos de jurisdicción constitucional o tribunales constitucionales para la defensa de los derechos fundamentales. Estos temas que hemos citado no son pacíficos dentro de la doctrina constitucionalista, menos cuando se le da al contralor constitucional un papel ya no solo de legislador negativo.

Por ejemplo, dentro de la idea neoconstitucionalista existen tendencias a dejar temas excluidos del ámbito del legislador. Son derechos inmodificables, que no gustan a un sector de parlamentarios por decir que son invasiones a la *interna corporis* y la discrecionalidad legislativa. En la doctrina se señala que se trata del coto vedado de Garzón Valdés o de la esfera de lo indecible de Ferrajoli, desde una perspectiva normativa; lo que sí es cierto es que en las constituciones del neoconstitucionalismo, desde un enfoque descriptivo, hay aspectos de la vida pública que se abstraen a la acción del legislador, el cual ni aun mediante la unanimidad puede intervenir sobre ellos para limitarlos o modificarlos.<sup>4</sup>

### 3.4. Influencia de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos

Los sistemas de protección de los derechos humanos en el mundo son relevantes. Son organismos rectores en muchas materias, que impulsan programas para la

---

<sup>4</sup> Adrián Rentería Díaz, "Garantismo y neoconstitucionalismo", *Derechos y Libertades*, núm. 25, Época II, junio 2011, pp. 145-178.

prevención de vulneraciones a derechos fundamentales, campañas de información, y capacitaciones gubernamentales para el respeto y la garantía de los derechos. De la misma manera, es debido reconocer los retos que plantean los diferentes tratados y convenios en materia de derechos fundamentales. Es así como inclusive se habla de la existencia de un *corpus iuris* interamericano en el caso del sistema al que pertenecemos.

El problema no radica en la amplitud de la protección de los derechos humanos. Sin embargo, para lograr este cometido se deben contemplar algunos escollos que pueden afectar el cumplimiento de los objetivos trazados. Dentro de estos grandes temas de discusión tenemos la adopción automática de las sentencias y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como de sus opiniones consultivas. Existe en Costa Rica un criterio respetable de la Sala Constitucional en el voto 4491 - 2013, en donde ha establecido la posibilidad de examinar el mérito y fijar un parámetro de apreciación de lo dispuesto por la Corte.

Otro tema trascendental es la obligación de las salas y tribunales constitucionales de realizar un examen de convencionalidad y encontrar el parámetro de convencionalidad señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias de los casos *Almonacid Arellano y otros contra Chile*, *Trabajadores Cesados del Congreso contra Perú*, *Cabrera García y Montiel Flores contra México* y *Gelman contra Uruguay*. Una vez encontrado el parámetro de convencionalidad es de acatamiento obligatorio y debe contrastar cualquier acto, norma o conducta (activa u omisiva).

Así las cosas, en el caso conocido como *Trabajadores Cesados del Congreso, Aguado Alfaro y otros contra Perú* y en el *Caso Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes contra Guatemala*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estimó que los órganos del Poder Judicial debían ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad *ex officio*, entre las normas internas y la Convención Americana. De esto se extraen dos grandes ejes fundamentales: primero, la aplicación de oficio por parte de los órganos estatales del control de convencionalidad y, segundo, el deber de todos los órganos de realizar un control de convencionalidad. Ello es particular para nuestro sistema judicial, pues en Costa Rica contamos con un control de constitucionalidad concentrado, y la Corte Interamericana está promoviendo un control de convencionalidad difuso. Esto nos presenta retos que deben ser solventados en una materia delicada como la tutela de los derechos humanos, pilar del Estado de derecho.

### **3.5. Incomprensión de los mecanismos de control y rendición de cuentas**

Para la existencia de un sólido Estado de derecho se precisan mecanismos eficaces de rendición de cuentas y, más que esto, impregnarlos en la cultura institucional de los órganos estatales. Costa Rica ha desarrollado leyes que han creado una serie de mecanismos de rendición de cuentas que se han unido a los ya existentes, pero, en la práctica, los políticos y algunas malas gestiones han dificultado la implementación de un esquema de control decente.



El desarrollo legislativo responde a una reforma constitucional que se llevó a cabo en el año 2000 mediante la Ley 8003 del 8 de junio. Se señala que la gran innovación de esta reforma consiste en controlar y pedir cuentas por la gestión de los funcionarios, hacer el Estado más eficiente, al pedírsele al empleado público mayores obligaciones en pro del bienestar de todos. En otro sentido, evitar que el funcionario se arroge funciones impropias y que, por sobre todo, cumpla con los deberes que ya tiene.<sup>5</sup>

En este orden de ideas, existe una serie de normativa que pretende crear un sistema que facilite la rendición de cuentas. Estas regulaciones introducen disposiciones que tratan de acentuar la exigencia de resultados en la función pública. Sin embargo, se debe destacar que en muchos de los supuestos programáticos para emitir normativa de control, principalmente en entes descentralizados, se ha incumplido y optado por seguir normativa general dictada al efecto por la Contraloría General de la República. Ello no es conveniente pues escapa a las particularidades que pueda tener cada administración, sus prácticas, costumbres, recursos y logística institucionales.

En el ámbito presupuestario se cuenta con herramientas para atacar la falta de planificación que agobia al país. Sin embargo, estas son mal empleadas o mal entendidas, siempre vistas con poco rigor técnico y bajo oportunidades políticas para promover reformas innecesarias. Sin lugar a dudas, este es un pendiente para muchos Estados, y el fortalecimiento de los sistemas de rendición de cuentas ayuda al establecimiento y permanencia del Estado de derecho.

### **3.6. Diversidad de representación de sectores sociales y falta de idoneidad de la clase política**

Aunque pareciera una contradicción plantear como un reto la diversidad de actores políticos en un régimen democrático, esto sí presenta complicaciones. Según el Programa Estado de la Nación, en Costa Rica, después de un largo proceso que data del año 1998, se acentuó el multipartidismo fragmentado sin ninguna agrupación con mayoría parlamentaria. Esto ocurrió para las elecciones de 2014, que fueron especiales por las particularidades de renuncia de candidatos a diputación y presidencia.

Este multipartidismo genera problemas para entablar acuerdos, mayorías legislativas y da paso a fenómenos poco atractivos para algunos sectores, como la llamada judicialización de la política. Esto pone a prueba la idoneidad de los actores políticos para lograr acuerdos y manejar con sapiencia la cosa pública. Así las cosas, se deben agregar algunos datos como la falta de reformas en materia electoral que garantizan una cercanía de los representantes a la ciudadanía para atender sus demandas.

---

<sup>5</sup> Bernal Arias Ramírez, *Reformas constitucionales: Constitución de 1949*, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 282.

En este orden de ideas, el Programa Estado de la Nación y del Índice de desarrollo democrático de América Latina, de la Fundación Konrad Adenauer, señala un aumento de la protesta social. En muchas ocasiones responde a coyunturas electorales y no necesariamente a protestas por insatisfacciones de la ciudadanía en relación con la gestión de gobierno, aunque si este fuera el caso, son también válidas en un Estado de derecho y sirven como catalizador social o control ciudadano. Se convierte en un reto para el Estado de derecho la representatividad y la calidad de los funcionarios, dado que son ellos los encargados de tomar decisión sobre materias trascendentales que afectan la vida cotidiana y la estabilidad democrática de los países.

#### 4. Algunas conclusiones

El Estado de derecho en el esquema descrito bajo la teoría del control del poder o del cumplimiento de los derechos fundamentales se enfrenta a constantes retos y cuestionamientos. Estos retos presentan diferentes soluciones que desvirtúan postulados definitorios del Estado de derecho, como el principio de legalidad. Esto les quita precisión a las definiciones y contenidos que son propios del concepto que intentamos analizar. Existen permanentes criterios provenientes incluso de la comunidad de derecho internacional o del sistema interamericano de derechos humanos que fortalecen y varían las visiones acerca de diferentes elementos del Estado de derecho.

La evolución de conceptos y de instituciones es una realidad, pero es necesaria la continuidad de los elementos conformadores del Estado de derecho que han demostrado ser eficientes para asegurar la vida democrática. La atención se debe centrar sobre lo que debilita las instituciones que históricamente han sido sus pilares y los retos que afronta en el contexto de economías abiertas, competitivas y de mercado. Las sociedades modernas son dinámicas y exigen cambios constantemente para adaptarse a las condiciones imperantes; el deber de los políticos y juristas es atender con la mayor seriedad las soluciones que puedan proponerse.

#### Bibliografía

- ARIAS RAMÍREZ, Bernal, *Reformas constitucionales: Constitución de 1949*, San José, Editorial Investigaciones Jurídicas, 2001.
- BERTOLINI, Anarella, *La jurisdicción constitucional y su influencia en el Estado de derecho*, San José, UNED, 1998.
- BREWER CARIAS, Allan R., *Estado de derecho y control judicial*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública Alcalá de Henares, 1987.
- CASTILLO VÍQUEZ, Fernando, *Elementos económicos en la Constitución Política*, San José, Editorial Juritexto, 2008.

- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 1999.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Editorial Civitas, S.A., 1985.
- GONZÁLEZ BALLAR, Rafael, *Apuntes de derecho administrativo*, San José, Editorial Jurídica Continental, 2008.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Magaly, *Fisuras, desafíos y mutaciones del Estado de derecho y el derecho público*, San José, Editorial UCR, año 2007.
- \_\_\_\_\_, *Bases constitucionales del régimen administrativo en Costa Rica: la Constitución como control de la actividad administrativa*, San José, Editorial Jurídica Continental, 2014.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1987.
- PROGRAMA ESTADO DE LA NACIÓN EN DESARROLLO HUMANO SOSTENIBLE (Costa Rica), *Resumen del Vigésimo Informe Estado de la Nación/PEN*, San José, Costa Rica.
- RENTERÍA DÍAZ, Adrián, “Garantismo y neoconstitucionalismo”, *Derechos y Libertades*, núm. 25, Época II, junio 2011.
- SABORÍO, Rodolfo, *Rendición de cuentas en Costa Rica. Diagnóstico y propuesta de sistematización*, San José, Editorial Juricentro, 2004. Disponible en: <http://www.cesdepu.com/rccr2004.pdf>.
- SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *El constitucionalismo y sus problemas*. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L., 1997.
- THESIN, Josef y otros, *Estado de derecho y democracia*, Buenos Aires, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 1997.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

**Melba Daniela Sierra Rodríguez\* (Colombia)**

## **Estado de derecho: ¿realidad o ficción?**

### **RESUMEN**

Uno de los presupuestos básicos del Estado de derecho es el respeto de las normas; no obstante, en los países latinoamericanos, en especial en Colombia, este factor es vulnerado constantemente debido a las graves violaciones de los derechos humanos y a la falta de investigaciones eficaces en contra de los responsables. Lo anterior lleva a que las instituciones que conforman el Estado colombiano tengan problemas de consolidación, al no poder brindar protección a los ciudadanos. Frente a este panorama, este artículo propone construir instituciones estatales fuertes que promuevan e investiguen estas violaciones para consolidar un Estado de derecho real.

**Palabras clave:** Estado de derecho, compromiso creíble, graves violaciones de los derechos humanos, impunidad, instituciones de protección a los derechos humanos.

### **ZUSAMMENFASSUNG**

Eine der Grundvoraussetzungen eines Rechtsstaats ist die Beachtung der Gesetze; diese wird jedoch in den lateinamerikanischen Staaten, insbesondere in Kolumbien, durch schwere Menschenrechtsverletzungen und das Fehlen erfolgreicher Ermittlungen gegen die Verantwortlichen ständig verletzt. Dies hat zur Folge, dass die Institutionen, die den kolumbianischen Staat bilden, Schwierigkeiten bei ihrer Konsolidierung haben, da sie nicht imstande sind, die Bürger zu schützen. Angesichts dieser Situation spricht sich der Beitrag für die Bildung starker staatlicher Institutionen aus, die sich die Untersuchung dieser Verletzungen zum Ziel setzen, um so einen wirklichen Rechtsstaat zu konsolidieren.

**Schlagwörter:** Rechtsstaat; glaubhafte Verpflichtung; schwere Menschenrechtsverletzungen; Straflosigkeit; Institutionen zum Schutz der Menschenrechte.

---

\* Abogada de la Universidad del Rosario y estudiante de Maestría en Estudios Políticos del Instituto de Estudios Políticos (IEPRI) de la Universidad Nacional de Colombia. [dsierra1510@gmail.com](mailto:dsierra1510@gmail.com).

**ABSTRACT**

One of the basic assumptions of the State under the rule of law is respect for norms; however, in Latin American countries, and especially in Colombia, this aspect is constantly breached due to serious violations of human rights and the lack of efficient investigations against offenders. In consequence, the institutions which make up the Colombian State are not solid since they are not able to provide citizens with protection. In such a scenario, this study suggests that we should build strong State institutions which are able to investigate those violations and consolidate a real State under the rule of law.

**Keywords:** State under the rule of law, credible commitment, serious human rights violations, impunity, institutions for the protection of human rights.:

**Introducción**

Los Estados latinoamericanos modernos son el resultado de procesos de democratización llevados a cabo luego de la finalización de dictaduras o largos periodos de violencia. En la actualidad, muchos de ellos son un ejemplo para la región, pero otros siguen presentando altos niveles de irrespeto a las normas que fundamentan el Estado de derecho.

Una muestra de lo anterior es la falta de investigación eficaz de las graves violaciones de los derechos humanos que se presentan en ciertos países puesto que, más allá de los intereses militares o políticos por los cuales se cometan, existe un factor determinante que impulsa la presencia de violaciones sucesivas. Este se refiere a la ausencia de instituciones fuertes dentro del Estado que persigan a los perpetradores, lo que ocasiona una falta de compromiso creíble en el cumplimiento de las normas protectoras de los derechos humanos y en las sanciones penales que recibirán los responsables.

En consecuencia, no existe Estado de derecho real, si este no es capaz de proteger a sus ciudadanos de agresiones en contra de sus derechos, y aún más si es totalmente ineficiente en el desarrollo de las investigaciones en contra de los responsables de estas violaciones. Así pues, estamos ante una crisis de este tipo de Estado que al margen de la formalidad en el papel de las garantías fundamentales de las personas, esté lleno de contenidos reales y eficaces que puedan consolidar un régimen democrático.

Este modelo de Estado está vinculado “al respeto de principios sustanciales establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales”.<sup>1</sup> Tal visión es compartida por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, el cual ha mencionado que debe entenderse por Estado de derecho un principio de gobierno que cumpla con las siguientes características:

---

<sup>1</sup> Luigi Ferrajoli, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm. 17, 2001, p. 31.

[E]l cual todas las personas, instituciones y entidades, públicas y privadas, incluido el propio Estado, están sometidas a unas leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, además de ser compatibles con las normas y los principios internacionales de derechos humanos. Asimismo, exige que se adopten medidas para garantizar el respeto de los principios de primacía de la ley, igualdad ante la ley, rendición de cuentas ante la ley, equidad en la aplicación de la ley, separación de poderes, participación en la adopción de decisiones, legalidad, no arbitrariedad, y transparencia procesal y legal.<sup>2</sup>

Por su parte, en el momento de analizar las democracias latinoamericanas, la academia señala la importancia de un Estado de derecho que no solo se enfoque en hacer cumplir las normas legales, sino que también aplique el principio de imperio de la ley, es decir que tenga la capacidad de hacer que las autoridades respeten las leyes y de tener leyes que no sean retroactivas, de conocimiento público, universal, estable e inequívoco.<sup>3</sup> Incluso ha señalado que dentro de las subdimensiones básicas de este concepto es imperante un poder judicial independiente de cualquier influencia política, y el acceso equitativo y libre de los ciudadanos al sistema justicia.

Igualmente, diversos autores han indicado que las fuerzas de seguridad deben respetar los derechos de los ciudadanos, lo que pone énfasis en los mecanismos de control civil de estas fuerzas, así como en una disciplina policial eficiente que garantice los derechos humanos y políticos.<sup>4</sup> De este modo, los Estados con profundas carencias de capacidad de las instituciones de justicia y seguridad, exacerbadas por una corrupción e interferencia política generalizadas, hacen que disminuyan los niveles de seguridad ciudadana y las oportunidades económicas.<sup>5</sup>

Puntualmente, Colombia es considerado como un Estado en el que no existe una democracia consolidada debido a la presencia de deficiencias estatales, que consisten en el incumplimiento de funciones básicas de gobierno, de justicia y de seguridad, elementos centrales para un Estado de derecho. Este país no tiene el monopolio del uso de la fuerza en todo el territorio puesto que hay zonas donde el poder es compartido o nulo, reflejo de la dificultad para mantener el control de los medios e

---

<sup>2</sup> Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, Informe del Secretario General, S/2004/616, 3 de agosto de 2004, p. 5. Disponible en: [http://unrol.org/files/The%20rule%20of%20law%20and%20transitional%20justice%20in%20conflict%20and%20post-conflict%20societies\\_Report%20of%20the%20Secretary-General\\_Spanish.pdf](http://unrol.org/files/The%20rule%20of%20law%20and%20transitional%20justice%20in%20conflict%20and%20post-conflict%20societies_Report%20of%20the%20Secretary-General_Spanish.pdf).

<sup>3</sup> Gabriel Katz y Leonardo Morlino, “¿Cuáles son las calidades de la democracia en América Latina?”, en *Memoria I Congreso Peruano de Estudios Electorales*, Lima, 2012, p. 121.

<sup>4</sup> *Ibid.*, pp. 122 y 149.

<sup>5</sup> Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, Informe del Secretario General, S/2011/634, 12 de octubre de 2011, p. 4. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/542/90/PDF/N1154290.pdf?OpenElement>.

instrumentos de la coacción física ante los grupos armados que permanentemente le disputan el uso de la fuerza. En consecuencia, el Estado se muestra incapaz de mantener el orden y garantizar la seguridad de los ciudadanos.<sup>6</sup> Adicionalmente, las instituciones judiciales colombianas presentan altos grados de impunidad que impiden la relación y la cohesión social y alientan a los actores de la delincuencia.<sup>7</sup>

En este contexto, el Estado colombiano tampoco ha podido alcanzar lo que “Tilly denomina el dominio directo sobre los territorios y las poblaciones, es decir, no ha conseguido eliminar a los intermediarios o al menos evitar sus desbordamientos y su autonomía en las localidades en donde ejercen poder. La entronización de las estructuras mafiosas y guerrilleras en las regiones y localidades del país durante las últimas décadas es solo el último capítulo de una larga historia de ausencia y debilidad institucional en estos territorios”<sup>8</sup>

Asimismo, el Estado se ha caracterizado históricamente por el incumplimiento, al punto que tal vez es el primer incumplidor del país, lo que es visto por la sociedad “como una justificación para el desacato de la gente. Y lo mismo se piensa desde el Estado con respecto al incumplimiento que tiene lugar en la sociedad. Así, en este espejo del desacato, se crea una relación de aprendizaje recíproco de lo ilegal entre el Estado y sus súbditos”<sup>9</sup>

En consecuencia, existe un Estado incapaz de proteger a sus ciudadanos, ya que no cumple sus obligaciones en torno a la garantía de los derechos, lo que alimenta a los particulares a cometer graves violaciones de los derechos humanos pues tienen la certeza de que no serán sancionados debido a la ineficiencia estatal en la aplicación de las leyes penales.

Por lo anterior, en este trabajo se expondrá la situación de impunidad en las investigaciones por graves violaciones de los derechos humanos en Colombia, ante lo cual se propondrá, como una posible solución, el fortalecimiento de las instituciones del Estado, con el objetivo de lograr que las normas de derechos humanos sean más que contenidos normativos y se conviertan en una realidad en el país para consolidar un verdadero Estado de derecho.

---

<sup>6</sup> Jaime Duque Daza, “La subpoliarquía colombiana”, *Desafíos*, núm. 24-1, 2012, pp. 184 y 186.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 192.

<sup>8</sup> Mauricio García Villegas y José Rafael Espinosa, *El derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institucional*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2013, p. 42.

<sup>9</sup> Mauricio García Villegas, *Normas de papel. La cultura del incumplimiento de reglas*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores y Dejusticia, 2009, p. 40.

## 1. Falta de compromiso creíble y respeto a los derechos humanos

En Colombia, las violaciones de los derechos humanos se han cometido a lo largo de su historia. Solo basta recordar las masacres en la época de la historia denominada *La Violencia* o las masacres de los noventa cometidas por paramilitares. Estos dos periodos tienen en común que muchas de las masacres, por no decir la mayoría, se encuentran en la impunidad.

Lo anterior se explica porque existe una dicotomía entre la legislación que ampara los derechos humanos de los colombianos y su puesta en práctica. Muestra de ello es que el Estado colombiano en la Constitución de 1991 incluye

más de cien artículos que consagran los derechos humanos y mecanismos de protección de los mismos como el hábeas corpus, las acciones de tutela (o acciones de amparo) y las acciones de cumplimiento; al tiempo que reconoce la primacía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sobre el derecho interno (Arts. 93 y 94 de la Constitución). Y que ha firmado y ratificado casi la totalidad de declaraciones, convenciones y pactos referidos a los derechos humanos.<sup>10</sup>

Sin embargo, en los casos concretos “no podemos menos que sentirnos estupefactos cuando la formalidad y el discurso se convierten frente a los hechos en mecanismos de perpetuación de las violaciones y en afirmación de la impunidad”.<sup>11</sup>

El informe de Amnistía Internacional que analiza la situación de derechos humanos en Colombia en el año 2009 señala:

[T]odas las partes implicadas en el conflicto –fuerzas de seguridad, paramilitares y grupos guerrilleros– fueron responsables de graves abusos contra los derechos humanos y violaciones del derecho internacional humanitario. [...]. Se produjo un aumento de los homicidios de miembros de grupos sociales marginados y pueblos indígenas y de las amenazas contra defensores y defensoras de los derechos humanos y otros activistas. Se amenazó y hostigó a testigos de homicidios y a víctimas de violaciones de derechos humanos y a sus familiares.<sup>12</sup>

En este punto, hay que tener en cuenta lo manifestado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), que define la impunidad como “la falta

<sup>10</sup> Luis Guillermo Pérez Casas, “Colombia: la impunidad al orden del día”. *Kòaga Roñèèta*, Serie III, 1997. Disponible en: <http://www.derechos.org/koaga/iii/2/perez.html#3.%20Tomadas%20de%20la%20Comisi;n%20Colombiana%20d.>

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

<sup>12</sup> Amnistía Internacional, *Informe anual 2010 Amnistía Internacional. El estado de los derechos humanos en el mundo*, Madrid, Editorial Amnistía Internacional, 2010, p. 148.



en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”.<sup>13</sup> Respecto al Estado, establece que este tiene “la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares”.<sup>14</sup>

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reseñado la situación de impunidad en relación con la comisión de graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario por parte de todos los actores del conflicto en Colombia, tal como lo reconoce la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH):

[L]a falta de esclarecimiento de las dinámicas, alcances, composición y estructura de las antiguas autodefensas y los grupos armados ilegales surgidos después de la desmovilización de organizaciones paramilitares, constituyen obstáculos sistemáticos no sólo para garantizar los derechos de las víctimas, sino también para contar con información detallada y precisa que permita caracterizar a estos grupos, desarticular los lazos que los nutren y adoptar las medidas políticas y jurídicas pertinentes para enfrentarlos.<sup>15</sup>

De este modo, se puede afirmar que la impunidad en el caso colombiano se produce por la ausencia de un compromiso creíble frente al cumplimiento de las normas de derechos humanos. Al respecto, hay que tener en cuenta que si bien “la tecnología de compromiso perfecta no existe, sin embargo, en la práctica es posible crear instituciones que aumenten el coste de incumplir un compromiso. Cuanto mayor es este coste más creíble será el compromiso. Esta es la idea básica que subyace en toda la literatura que estudia el diseño institucional o el establecimiento de reglas”.<sup>16</sup>

Así las cosas, el Estado de derecho en Colombia es una ficción puesto que los ciudadanos no tienen la garantía de que el Poder Judicial castigue a los responsables por las vulneraciones a sus derechos. La instalación de un Estado de derecho reclama mucho más que un orden jurídico formal: la inclusión de instituciones democráticas funcionales y garantías para el pleno ejercicio de los derechos humanos.<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C, núm. 74, párr. 186.

<sup>14</sup> Corte IDH, *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*, Sentencia de 8 de marzo de 1998, Serie C, núm. 37, párr. 173.

<sup>15</sup> CIDH, *Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 49/13, 31 de diciembre de 2013, p. 18.

<sup>16</sup> Juan Cristóbal Campoy, *Diseño de instituciones monetarias y fiscales. Una panorámica*, Murcia, Universidad de Murcia, p. 5. Disponible en: <http://webs.um.es/juancris/miwiki/lib/exe/fetch.php%3Fid%3Dinicio%26cache%3Dcache%26media%3Dpanoramica.pdf>.

<sup>17</sup> Bernardo Sepúlveda, “La construcción de un Estado de derecho”, *Foro Internacional*, vol. 5, núm. 1 (203), 2011, p. 169.

En consecuencia, este concepto comprende “el amparo y protección de los derechos civiles y políticos del individuo en una sociedad, pero también abarca el establecimiento de un sistema de bienestar social, económico, educativo y cultural, en condiciones bajo las cuales se cumplan efectivamente las legítimas aspiraciones de la persona”.<sup>18</sup>

En este sentido, la teoría del compromiso creíble busca la consolidación del Estado con la construcción de instituciones fuertes que ante el incumplimiento de la normatividad, en este caso las normas sobre derechos humanos, impongan sanciones que permitan que la regulación sea efectiva. Por lo tanto, el incumplimiento tendrá un efecto real frente a los responsables, lo que disminuirá el índice de violaciones graves de las garantías fundamentales y el Estado de derecho será más fuerte.

Adicionalmente, esta teoría busca que los compromisos asumidos por el Estado no se diluyan con el cambio de gobierno, y que el marco institucional garantice los compromisos creíbles necesarios para lograr bajos costos de transacción.<sup>19</sup> En este punto, “es relevante la credibilidad imperativa, que se logra con la fijación de reglas que impidan que los poderes públicos violen sus compromisos *ex post*”.<sup>20</sup> De esta forma, el compromiso creíble se lograría si las instituciones fueran lo suficientemente fuertes en la protección de los derechos humanos, lo que conduciría a la efectividad de estas garantías independientemente de la decisión de un gobierno o de las continuas vulneraciones por parte del Estado.

Sin embargo, en Colombia una vez más este compromiso no se cumple, ya que precisamente el Estado vulnera los derechos de la población o apoya las violaciones de derechos humanos. Un ejemplo de ello son las condenas que el Estado colombiano ha recibido por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, verbigracia, *Caso de Pueblo Bello*, *Caso 19 Comerciantes*, *Caso la Rochela*, *Caso las Palmeras*, *Caso Masacre de Ituango*, *Caso Valle Jaramillo*, *Caso Escue Zapata*, *Caso Caballero Delgado y Santana* y *Caso Manuel Cepeda Vargas*.

Lo común en todos estos casos es que han pasado más de 10 o 20 años sin que se castigue a los responsables, y los familiares siguen esperando que se materialice el derecho a la verdad y a la justicia que el ordenamiento colombiano y los tratados internacionales les reconocen a las víctimas y familiares de violaciones de los derechos humanos.

Respecto a la normativa sobre derechos humanos, el compromiso creíble nos diría que el Estado colombiano no debería establecer legislación contraria a las disposiciones y jurisprudencia internacional que hacen parte del ordenamiento colombiano, en virtud del bloque de constitucionalidad. No obstante, en la actualidad el Congreso intenta reformar el fuero militar para darle un amplio margen de acción

<sup>18</sup> *Idem*.

<sup>19</sup> Xosé Carlos Arias y Gonzalo Caballero, “Instituciones, costos de transacción y políticas públicas: un panorama”, *Red Revista de Economía Institucional*, 2006, p. 135.

<sup>20</sup> *Idem*.

a la Fuerza Pública, en contravía de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que limita este fuero para actos relacionados estrictamente con el servicio. Es más, como lo señaló el Representante en Colombia de la Alta Comisionada de la ONU para los Derechos Humanos, “presumir que todo presunto delito cometido en el marco del conflicto armado interno debe ser tratado a priori por la justicia penal militar es peligroso y significaría un retroceso histórico para el país en materia de derechos humanos”.<sup>21</sup> Y argumenta:

[L]a experiencia histórica del país muestra que la justicia penal militar no logró esclarecer crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad u otras violaciones de los derechos humanos presuntamente cometidos por miembros de la fuerza pública en muchos casos graves. Muchos de los casos de los “falsos positivos” que actualmente investiga la Fiscalía General de la Nación, habían sido cerrados por funcionarios de la justicia penal militar y no se sabe cuántos casos más han sido archivados por ellos.<sup>22</sup>

## **2. Importancia de las instituciones en la protección de los derechos humanos para la consolidación del Estado de derecho**

Una posible solución a las graves violaciones de derechos humanos podría provenir del mismo Estado, puesto que si este genera un marco institucional fuerte que investigue y juzgue a los perpetradores, y, con ello, que las personas se abstengan de cometerlas, estas violaciones descenderían, pues existiría un compromiso creíble respecto a recibir una sanción si se violan los derechos humanos de una persona.

Esta solución se extrae de los postulados de la *nueva economía institucional*, la cual establece que “se requiere un marco institucional porque las instituciones determinan total o parcialmente la conducta de los individuos, en cuanto resultado de sus preferencias individuales y de las estructuras institucionales que limitan esa conducta. Las instituciones inducen ciertos comportamientos porque excluyen o sancionan los actos socialmente indeseables e incentivan los que se juzgan deseables”.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> Christian Salazar Volkman, “Sobre el fuero militar”, *Revista Semana*, 11 de noviembre de 2011. Disponible en: <http://www.semana.com/opinion/articulo/sobre-fuero-militar/249188-3>.

<sup>22</sup> *Idem*.

<sup>23</sup> Germán Burgos Silva, “Derecho y desarrollo económico: de la teoría de la modernización a la nueva economía institucional”, *Revista de Economía Institucional*, vol. 4, núm. 7, 2002, p. 184.

La importancia de las instituciones se deriva de que son “elementos fundamentales del contexto estratégico, dado que imponen una serie de restricciones al comportamiento basado en el interés personal, es decir, definen o restringen las estrategias que los actores políticos, sociales y económicos adoptan en la lucha y en los procesos por alcanzar sus objetivos.”<sup>24</sup>

En este sentido, si desde el mismo Estado se propugna por una política de respeto a los derechos humanos y se juzga adecuadamente a los victimarios, la sociedad colombiana valorará más los derechos de las personas y se abstendrá de cometer conductas que vayan en contra del ordenamiento jurídico. Por el contrario, si el mismo Estado permite que sus agentes vulneren los derechos de la población, este será un incentivo para los victimarios, y la consecuencia lógica será una tendencia generalizada a la violación de los derechos humanos.

Con esto se demuestra que el papel del Estado en la defensa de los derechos humanos es transcendental y su forma de actuar define si en una sociedad existen o no en mayor o menor proporción vulneraciones a los derechos de las personas. Por lo anterior, son importantes las instituciones estatales que promueven los derechos humanos, ya que –como lo ha destacado la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos de las Naciones Unidas– tienen como objetivo “orientar y asesorar a los gobiernos respecto de sus obligaciones de derechos humanos y garantizar la incorporación adecuada de los principios y las normas internacionales de derechos humanos en la legislación interna y su integración en la formulación de políticas públicas.”<sup>25</sup>

El neoinstitucionalismo político también destaca “el papel desarrollado por el Estado como principal agencia productora de leyes, de estabilidad y de integración política en la sociedad. Asimismo, y paralelo a la importancia que tiene el Estado, están los partidos políticos, grupos económicos, ONG y el parlamento, como integradoras del orden y estabilidad de los sistemas políticos.”<sup>26</sup>

Siguiendo este argumento, se resalta el papel de las organizaciones no gubernamentales (ONG) que buscan la promoción y protección de los derechos humanos en la sociedad. Dicha importancia ha sido mencionada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando manifiesta:

[L]as amenazas y los atentados a la integridad y a la vida de los defensores de derechos humanos y la impunidad de los responsables por estos hechos, son particularmente graves porque tienen un efecto no sólo individual, sino

---

<sup>24</sup> José Antonio Rivas Leone, “El neoinstitucionalismo y la revalorización de las instituciones”, *Reflexión Política*, año 5, núm. 9, 2003, p. 42.

<sup>25</sup> Informe de la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos de las Naciones Unidas, Margaret Sekaggya, A/HRC/25/55, 23 de diciembre de 2013, párr. 77.

<sup>26</sup> *Idem*.

también colectivo, en la medida en que la sociedad se ve impedida de conocer la verdad sobre la situación de respeto o de violación de los derechos de las personas bajo la jurisdicción de un determinado Estado.<sup>27</sup>

Adicionalmente, la Corte establece que “en una sociedad democrática, el cumplimiento del deber de los Estados de crear las condiciones necesarias para el efectivo respeto y garantía de los derechos humanos de todas las personas bajo su jurisdicción, está intrínsecamente ligado a la protección y al reconocimiento de la importancia del papel que cumplen los defensores de derechos humanos, como ha sido establecido en la jurisprudencia constante de la Corte”.<sup>28</sup>

Por otro lado, más allá de cualquier consideración política, es innegable la importancia que en la sociedad tiene el respeto de los derechos humanos en un Estado, pues este es el presupuesto de toda democracia. Este respeto solo se logra con un compromiso real del Estado que permita el desarrollo de los ciudadanos en un contexto donde la garantía y el respeto de nuestros derechos sea una política estatal seria para disfrutar en armonía nuestros derechos y deberes.

### 3. Conclusión

A pesar de los diversos contenidos constitucionales y legales que señalan la existencia de un Estado de derecho en Colombia, en la realidad estos preceptos son incumplidos por las autoridades, debido a la vulneración constante de uno de los pilares fundamentales de esta organización política, correspondiente al respeto y garantía de los derechos humanos de los ciudadanos. En consecuencia, las personas son víctimas de delitos en contra de su integridad sin que el Poder Judicial lleve a cabo investigaciones serias y eficaces en contra de los responsables, lo que desencadena la impunidad.

Esta situación se presenta por la falta de un compromiso creíble del Estado colombiano en la aplicación de las normas que protegen los derechos humanos. No obstante, existe la alternativa para nuestra sociedad y para el Estado de fortalecer las instituciones estatales que impulsen el cumplimiento de la normativa internacional y eviten la impunidad, pues solo con instituciones que cambien el comportamiento de las personas e investiguen en debida forma las violaciones de derechos humanos se podrá decir que estamos en un sociedad con un Estado de derecho real.

---

<sup>27</sup> Corte IDH, *Caso Nogueira de Carvalho y otro vs. Brasil*, Excepciones Preliminares y Fondo, Sentencia de 28 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 161, párr. 76.

<sup>28</sup> *Ibid.*, párr. 74.

## Bibliografía

- AMNISTÍA INTERNACIONAL, *El estado de los derechos humanos en el mundo, Informe 2010*, Madrid, Editorial Amnistía Internacional, 2010.
- ARIAS, Xosé Carlos y Gonzalo CABALLERO, “Instituciones, costos de transacción y políticas públicas: un panorama”, *Red Revista de Economía Institucional*, 2006, pp. 117-146.
- BURGOS SILVA, Germán, “Derecho y desarrollo económico: de la teoría de la modernización a la nueva economía institucional”, *Revista de Economía Institucional*, vol. 4, núm. 7, 2002, pp. 174-199.
- CAMPOY, Juan Cristóbal, *Diseño de instituciones monetarias y fiscales. Una panorámica*, Murcia, Universidad de Murcia. Disponible en: <http://webs.um.es/juan-cris/miwiki/lib/exe/fetch.php?Fid%Dinicio%26cache%Dcache%26media%3Dpanoramica.pdf>.
- CIDH, *Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 49/13, 31 de diciembre de 2013.
- CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, Informe del Secretario General, S/2004/616, 3 de agosto de 2004. Disponible en: [http://unrol.org/files/The%20rule%20of%20law%20and%20transitional%20justice%20in%20conflict%20and%20post-conflict%20societies\\_Report%20of%20the%20Secretary-General\\_Spanish.pdf](http://unrol.org/files/The%20rule%20of%20law%20and%20transitional%20justice%20in%20conflict%20and%20post-conflict%20societies_Report%20of%20the%20Secretary-General_Spanish.pdf).
- \_\_\_\_\_, *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos*, Informe del Secretario General, S/2011/634, 12 de octubre de 2011. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/542/90/PDF/N1154290.pdf?OpenElement>.
- CORTE IDH, *Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala*, Sentencia de 8 de marzo de 1998, Serie C, núm. 37, párr. 173.
- \_\_\_\_\_, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C, núm. 74, párr. 186.
- \_\_\_\_\_, *Caso Nogueira de Carvalho y otro vs. Brasil*, Excepciones Preliminares y Fondo, Sentencia de 28 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 161.
- DUQUE DAZA, Jaime, “La subpoliarquía colombiana”, *Desafíos*, núm. 24-1, 2012, pp. 173-227.
- FERRAJOLI, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm. 17, 2001, pp. 31-45.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, *Normas de papel. La cultura del incumplimiento de reglas*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores y Dejusticia, 2009.
- \_\_\_\_\_, y José Rafael ESPINOSA, *El derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institucional*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2013.

- INFORME DE LA RELATORA ESPECIAL SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DEFENSORES DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, Margaret Sekaggya, A/HRC/25/55, 23 de diciembre de 2013.
- KATZ, Gabriel y Leonardo MORLINO, “¿Cuáles son las calidades de la democracia en América Latina?”, en *Memoria I Congreso Peruano de Estudios Electorales*, Lima, 2012, pp. 117-158.
- PÉREZ CASAS, Luis Guillermo, *Colombia: la impunidad al orden del día*. Disponible en: <http://www.derechos.org/koaga/iii/2/perez.html#3.%20Tomadas%20de%20la%20Comisi;n%20Colombiana%20d>.
- RIVAS LEONE, José Antonio, “El neoinstitucionalismo y la revalorización de las instituciones”, *Reflexión Política*, año 5, núm. 9, 2003, pp. 36-46.
- VOLKMANN SALAZAR, Christian, “Sobre el fuero militar”, *Revista Semana*, 11 de noviembre de 2011. Disponible en: <http://www.semana.com/opinion/articulo/sobre-fuero-militar/249188-3>.
- SEPÚLVEDA, Bernardo, “La construcción de un Estado de derecho”, *Foro Internacional*, vol. 5, núm. 1 (203), 2011, pp. 167-173.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Matías Pedernera Allende\* (Argentina)

## La tensión entre lo material y lo formal en el contexto latinoamericano y el valor del *rule of law*\*\*

### RESUMEN

A partir de la experiencia política latinoamericana, teóricos y prácticos del derecho y la política han señalado el carácter prescindible e inconveniente de las limitaciones que supone el Estado de derecho en orden a alcanzar esos derechos. Se advierte, entonces, una tensión entre lo material y lo formal. Así las cosas, el ideal formal del Estado de derecho sería incapaz de proveer respuestas a los contextos latinoamericanos, muchas veces marcados por la desigualdad. En este trabajo se intentará verificar si las exigencias del Estado de derecho pueden aportar algún valor positivo a la complejidad económica y social latinoamericana.

**Palabras clave:** *rule of law*, derechos fundamentales, libertad, constitución.

### ZUSAMMENFASSUNG

Ausgehend von den politischen Erfahrungen Lateinamerikas haben Rechts- und Politikwissenschaftler und -praktiker aufgezeigt, wie Beschränkungen in einem

---

\* Abogado de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC), egresado sobresaliente (2014); maestrando en Derecho y Argumentación (UNC). Adscrito de las cátedras de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho (UNC). Premio “Corte Suprema de Justicia de la Nación” (2014), becario de pregrado (2012-2013) del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). m.pedernera.allende@gmail.com.

\*\* Agradezco las valiosas observaciones del profesor Juan Cianciardo (Universidad Austral, Argentina) sobre un trabajo anterior, que motivaron algunas de las conclusiones del presente, y por su generosa ayuda. Agradezco también a los profesores Pilar Zambrano, Alfonso Santiago (h), Pedro Rivas y Luciano Laise, del Departamento de Filosofía del Derecho y Derecho Constitucional de la Universidad Austral por algunos comentarios útiles que tuve en cuenta en este escrito.



Rechtsstaat bei der Verwirklichung der Rechte überflüssig und unangebracht sind. Damit ergibt sich ein Spannungsverhältnis zwischen einem materiellen und formellen Verständnis. Ein lediglich formell verstandener Rechtsstaat wäre nicht imstande, angemessene Antworten für den häufig von Ungleichheit geprägten lateinamerikanischen Kontext anzubieten. Im vorliegenden Beitrag soll daher der Frage nachgegangen werden, welche Anforderungen an einen Rechtsstaat einen positiven Beitrag zur komplexen wirtschaftlichen und sozialen Lage Lateinamerikas leisten können.

**Schlagwörter:** Rule of law; Grundrechte; Freiheit; Verfassung.

### ABSTRACT

Abstract: Based on the Latin American political experience, theorists and practitioners of the law and politics have pointed out that the State based on the rule of law presents avoidable and inconvenient constraints to the realization of fundamental rights. We observe a tension between the substantial and formal aspects of the rule of law. This means that the formal ideal of a State under the rule of law would be unable to provide adequate responses for Latin American contexts which are often characterized by inequality. In this study we try to determine whether the requirements of a State under the rule of law are able to provide any positive value to the complex economic and social situation in Latin America.

**Keywords:** Rule of law, fundamental rights, liberty, constitution.

## Introducción

Desde antiguo, pero sobre todo con el refuerzo de la experiencia del constitucionalismo, se consideró la legalidad como una virtud del sistema político. Así se tuvo por valiosa la subordinación del poder al derecho; se habló de un “gobierno de leyes, no de hombres”. Tal es la caracterización básica del *rule of law*:<sup>1</sup> la noción de un poder político limitado por reglas jurídicas.

Sin embargo, en los últimos años, la experiencia política latinoamericana ha mostrado que dicha virtud no es la única ni la principal para alcanzar. Por el contrario, a veces esta virtud clásica ha debido dejarse de lado en la búsqueda de otros objetivos. Uno de esos objetivos ha sido el énfasis en los derechos de las personas, en particular, en sus facetas económica, social y cultural. De este modo, teóricos y prácticos han señalado el carácter prescindible e inconveniente de las limitaciones que supone el *rule of law* en orden a alcanzar esos derechos. Se advierte, entonces, una tensión entre exigencias materiales y formales. Planteadas así las cosas, el ideal

---

<sup>1</sup> Aunque se trata de realidades diferentes, a los fines de este trabajo se empleará el término *rule of law* como sinónimo de Estado de derecho.

formal del *rule of law* sería incapaz de proveer respuestas a los contextos latinoamericanos, muchas veces marcados por la desigualdad.

En este trabajo se intentará indagar acerca de la posibilidad de sostener al Estado de derecho como virtud de un sistema político, considerando las objeciones de tipo material o de contenido que históricamente se han realizado. En otras palabras, se intentará verificar si las exigencias del Estado de derecho pueden aportar algún valor positivo a la complejidad económica y social latinoamericana.

## 1. El Estado de derecho como ideal formal

El ideal del Estado de derecho hunde sus raíces hasta las mismas elaboraciones de la filosofía clásica. Así, una constante en el pensamiento griego fue la tensión entre el principio de soberanía popular y el principio de soberanía de las leyes, con la consiguiente subordinación de aquel a este. El desarrollo práctico y teórico continuó en el tiempo, recibiendo aportes desde Tomás de Aquino hasta Montesquieu, Locke y Madison, entre muchos otros.

El estudio de este ideal se ha dado hasta nuestros días, cuando la discusión continúa. Ante semejante desarrollo, surge la pregunta acerca de qué debe entenderse por Estado de derecho. Una de las principales discusiones en la actualidad versa precisamente sobre su alcance.

Una primera distinción ha sido entre versiones formales y versiones sustantivas del Estado de derecho.<sup>2</sup> Las primeras varían en intensidad desde un modelo básico consistente en la consideración de una acción como gubernamental sólo cuando es autorizada por el derecho;<sup>3</sup> pasando por el modelo de “legalidad formal”, donde las reglas deben presentar determinadas cualidades (generalidad, claridad, no retroactividad, etc.) para ser válidas, conforme criterios de validez jurídicos y/o morales;<sup>4</sup> hasta una versión que añade a los elementos legales anteriores, la necesidad del consentimiento de los ciudadanos, es decir, la necesidad del carácter democrático del sistema de derecho que se trate.<sup>5</sup>

Las versiones sustantivas del Estado de derecho añaden a los valores de las versiones formales algún contenido sustancial. Así, estas teorías van desde una versión estrecha que agrega como contenido del Estado de derecho los “derechos individua-

---

<sup>2</sup> Brian Tamanaha, *On the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 91.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 92.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 93.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 99.

les” propios del Estado liberal (libertad, propiedad, privacidad),<sup>6</sup> hasta otra versión ampliada que añade todos los derechos propios del Estado social de derecho.<sup>7</sup>

La cuestión sobre el alcance del Estado de derecho ha generado numerosos debates, y no podrá ser abordada aquí. En lo que a este trabajo respecta, se elegirá el paradigma formal de *rule of law*, conocido como modelo de la “legalidad formal”, con el fin de efectuar un contraste más claro entre la tensión contenido/forma.

En línea con las reflexiones que históricamente se han hecho sobre el tema, la noción central de Estado de derecho apareja la idea de *no arbitrariedad*.<sup>8</sup> Sin embargo, como ha señalado Raz, al menos en este sentido formal, si se entiende la arbitrariedad como el uso del poder político para propósitos no justificados (v. gr., para la promoción de intereses privados o partidistas), el Estado de derecho es compatible con ciertas formas de arbitrariedad.<sup>9</sup> Según este autor, el ideal del Estado de derecho choca ciertamente con las formas más comunes de poder arbitrario: un gobierno sometido al derecho está impedido para cambiar las normas de manera retroactiva, abrupta o secreta, conforme a sus intereses. La creación de normas jurídicas particulares que favorezcan o perjudiquen a determinado grupo o persona por parte del poder ejecutivo está también vedada.<sup>10</sup>

De todas maneras, se ha dicho que al ser el Estado de derecho un ideal formal “[n]o dice nada sobre cómo debe ser creado el derecho: por tiranos, mayorías democráticas, o de cualquier otra forma. No dice nada sobre los derechos fundamentales, igualdad o justicia”.<sup>11</sup> Las exigencias que supone el Estado de derecho, conforme a esta visión formal, no añaden ni restan nada al contenido de las normas del Estado, ni siquiera cuestiona el proceso de formación del gobierno. Se concentran sólo en el modo en que se aplican el derecho.

Respecto a este carácter formal del *rule of law*, se han dado una serie de razones para su justificación. En primer lugar, se ha señalado que las máximas del Estado de derecho son normas de segundo orden. Estas, por oposición a las normas de primer orden, no establecen directivas sobre las relaciones jurídicas entre las personas –como podría ser el principio de no dañar a otro o la buena fe–, sino criterios de corrección dirigidos a las propias normas de primer orden.<sup>12</sup> Así, un Estado tiende

---

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 91.

<sup>7</sup> *Idem.*

<sup>8</sup> Cf. Martin Krygier, “The Rule of Law: Legality, Teleology, Sociology” en Gianluigi Palombella y Neil Walker (eds.), *Relocating the Rule of Law*, Oregon, Hart Publishing, 2009, p. 57.

<sup>9</sup> Cf. Joseph Raz, “El Estado de derecho y su virtud”, trad. de Rolando Tamayo, en Miguel Carbonell, Wistano Orozco y Rodolfo Vázquez (coords.), *Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, D. F. – Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2002, p. 25.

<sup>10</sup> Cf. *ibid.*, pp. 25-26.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>12</sup> Robert Summers, “Los principios del Estado de derecho”, en Carbonell..., *op cit.*, p. 38.

a cumplir con el ideal Estado de derecho cuando su sistema jurídico se ajusta a estas reglas de segundo orden.

En segundo lugar, cabe preguntarse si hay razones para que las exigencias del Estado de derecho sean normas de segundo orden meramente formales, sin contenido material (o al menos no aparentemente). La respuesta afirmativa se ha basado en una serie de argumentos. Así, por un lado, se ha señalado la conveniencia de la formalidad de estas exigencias con la finalidad de que puedan ser aceptadas por gobiernos y fuerzas políticas de diversa orientación. Si se añadiesen contenidos materiales, el desacuerdo sobre cuestiones sustanciales fundamentales se trasladaría también al *rule of law*. La neutralidad de las reglas sería un modo de asegurar su aceptación.<sup>13</sup>

Por otra parte, el carácter formal del Estado de derecho facilitaría la crítica de los sistemas jurídicos. Si las exigencias comprendieran condiciones materiales y formales a la vez, la evaluación de los sistemas jurídicos se diluiría de algún modo, ya que, en ocasiones, las cuestiones sustanciales resultan más controvertidas. Que los principios del *rule of law* sean sólo formales les da mayor coherencia y unidad, y los argumentos que verifiquen la conformidad de los sistemas jurídicos obtendrían un peso mayor.<sup>14</sup>

Una tercera razón a favor del carácter formal de los principios tiene que ver con el rol crítico que estas normas de segundo orden ejercen sobre las de primer orden. Así, una correcta distinción entre máximas formales y exigencias sustanciales, v. gr., exigencias políticas o de justicia, sirve para obtener una visión clarificada en casos de conflicto.<sup>15</sup> Por ejemplo, cuando un gobierno determinado cambia de manera retroactiva la legislación por razones políticas sustantivas. El carácter positivo que el contenido de las normas de primer orden presente, es una cuestión distinta del respeto a ciertas reglas formales.

Esbozados los perfiles de este ideal normativo, y presentadas las razones para sostener su carácter formal, resta considerar a qué exigencias se está haciendo referencia. Quienes han estudiado el tema han enumerado más o menos principios. Aquí se hará referencia a la presentación, ya clásica, de Lon Fuller. Para el autor, un sistema jurídico que satisface el ideal del *rule of law* presenta (1) reglas prospectivas, no retroactivas, (2) que no son imposibles de cumplir; (3) reglas promulgadas, (4) claras, (5) y que guardan coherencia entre sí; (6) lo suficientemente estables para que la gente pueda orientarse por su contenido; (7) reglas generales; y (8) coherencia entre las acciones oficiales y las reglas generales.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 57. Esta necesidad de preservación del Estado de derecho habla de alguna manera de la importancia de los valores que se persiguen o se quieren resguardar mediante este ideal. A ello se hará referencia *infra*.

<sup>14</sup> *Ibid.*, pp. 57-58.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 58.

<sup>16</sup> Cf. Lon Fuller, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1969, p. 39.

Este conjunto de reglas de segundo orden se erige en límite al ejercicio del poder político, evitando los tipos más comunes de arbitrariedad y el uso del derecho como un mero instrumento para el logro de objetivos privados. Más bien, la satisfacción de estas exigencias acarrea un valor determinado, al que se hará referencia luego. A continuación, se intentará contrastar este modelo formal con algunas demandas de tipo material.

## 2. Las críticas sustanciales al *rule of law*

El contexto social latinoamericano se ha visto marcado por la presencia de grandes desigualdades entre las personas. Desde esta realidad, se han efectuado una serie de críticas a la noción de *rule of law*. Dados los problemas sociales y económicos imperantes, se ha cuestionado la capacidad de un modelo formal que vincula de manera fuerte a los poderes políticos, pero que nada añade (o al menos no aparentemente) a una de las principales preocupaciones de teóricos y prácticos del derecho y de la política.

El cuestionamiento al *rule of law* se ha realizado desde al menos dos frentes: una fuerte conciencia de la importancia de los derechos humanos, concretamente en sus facetas económica, social y cultural; y, por otro lado, desde una valoración fuerte de la democracia y el mayoritarismo. En lo que sigue, se hará énfasis en el primero de los frentes de crítica.

El ideal del *rule of law* como modelo formal ha sido vinculado, cada vez con mayor frecuencia, a cierto modelo económico. Así, por ejemplo, se ha señalado una conexión entre *rule of law* y neoliberalismo. Las exigencias de este modelo formal acarrearán al menos una serie de consecuencias como la estabilidad y la previsibilidad. Con base en ello, se ha hablado del Estado de derecho como presupuesto del mercado, al mismo tiempo que se ha intentado señalar su autonomía.<sup>17</sup>

De este modo, se ha trazado una estrecha relación –casi sin distinción– entre Estado de derecho y seguridad jurídica. En palabras de Bidart Campos,

[c]on el principio de legalidad se procura afianzar el sentimiento de seguridad; el hombre moderno necesita sentirse seguro, saber de antemano qué es lo que debe hacer, qué es lo que tiene que obedecer, qué es lo que le pueden mandar que haga u omita. Con la certeza de que la voluntad individual de los gobernantes no podrá darle órdenes o imponerle obligaciones que no dimanen de la ley, se siente ya liberado de las sugerencias de la duda, de la desconfianza, de la intranquilidad.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Cf. Owen Fiss, “La autonomía del derecho”, en Roberto Saba (ed.), *Estado de derecho y democracia. Un debate acerca del rule of law*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, *passim*.

<sup>18</sup> Germán J. Bidart Campos, *Derecho constitucional, realidad, normatividad y justicia*, Buenos Aires, Ediar, 1966, p. 111, citado en Alberto Bianchi, *Dinámica del Estado de derecho*.

Así, se ha hablado de un sentido “amplio” de seguridad jurídica que comprendería: (i) un poder judicial regular y eficaz, (ii) claridad y coherencia en el sistema, (iii) estabilidad del derecho y (iv) confianza en las instituciones públicas.<sup>19</sup> Esta noción amplia coincidente en gran parte con las exigencias de la legalidad enunciadas por Fuller, no se seguiría del texto constitucional (al menos en el caso argentino) sino que presentaría un origen político-filosófico no explicitado.<sup>20</sup>

Este sentido amplio de seguridad jurídica sería una exigencia propia de un determinado modelo económico favorable al mercado. Como consecuencia, la satisfacción de esos elementos traería como resultado un menoscabo en los llamados “derechos sociales” de las personas. Esto se daría por varias vías.<sup>21</sup>

Por un lado, los derechos serían menoscabados por omisión. Esto, porque según se ha dicho, la versión ampliada de seguridad jurídica enfatiza sólo los derechos de propiedad y de libertad de contratar. Este énfasis iría en detrimento de restantes derechos fundamentales, tales como los derechos sociales.<sup>22</sup>

Por otro lado, se ha sostenido que algunas de las exigencias del *rule of law* (identificadas con seguridad jurídica) traerían como consecuencia una limitación de la intervención estatal en la economía. Esto sería problemático para la protección de derechos sociales, por cuanto es sabido que dicha clase de derechos precisa una intervención activa del Estado, lo que incluye el campo económico.<sup>23</sup>

Finalmente, un tercer modo de perjuicio a los derechos sociales se daría mediante medidas directamente violatorias de derechos sociales. De este modo, el autor citado hace referencia a la edición 2005 del *World Development Report*, del Banco Mundial. Allí, por ejemplo, se “sostiene que un buen clima de inversión ‘facilita la distribución del trabajo hacia sus usos más productivos’, mientras ayuda a los ‘trabajadores a soportar la movilidad del empleo’”.<sup>24</sup> Ello implicaría flexibilizar las condiciones de contratación como un aliciente al crecimiento productivo. Además, se indican otras medidas que afectan derechos sociales con el mismo fin de favorecer la estabilidad y la previsibilidad como factores positivos para la inversión. Esto –se

---

*La seguridad jurídica ante las emergencias*, Buenos Aires, Ábaco, 1996, p. 93.

<sup>19</sup> Cf. Horacio J. Etchichury, “La ‘seguridad jurídica’ como restricción a los derechos sociales”, en *Anuario XIV (2012)*, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales – Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, La Ley, 2014, pp. 66-67. Junto a ello, el autor señala la existencia de un sentido “estricto” de seguridad jurídica que comprende (i) el principio de legalidad (conocimiento de las normas y previsión de consecuencias), (ii) irretroactividad y (iii) control de constitucionalidad.

<sup>20</sup> Cf. *ibid.*, p. 67.

<sup>21</sup> Cf. *ibid.*, p. 71.

<sup>22</sup> Cf. *ibid.*, pp. 71-72.

<sup>23</sup> Cf. *ibid.*, p. 73.

<sup>24</sup> Banco Mundial, *World Development Report 2005. A better investment climate for everyone*, Washington, D. C., World Bank, 2004, p. 12, citado en Etchichury, *ibid.*, p. 74.

ha criticado— implicaría darles a estos principios una jerarquía constitucional de la que carecen, lo que significa ir más allá de las decisiones electorales mayoritarias.<sup>25</sup>

En relación con este último punto, se ha indicado que la supremacía de las mayorías aparece como sinónimo de ruptura del *rule of law*: ello directamente implicaría el reemplazo de un “gobierno de leyes”, por un “gobierno de hombres”. No obstante, se ha señalado que más allá de la importancia de controles al poder político, hay todavía otros valores que el sistema político debe respetar primero.<sup>26</sup> Se trata de la preservación del principio mayoritario como una condición para la democracia.

Así, se ha dicho que un gobierno de las mayorías no sólo es compatible con la preservación del *rule of law*, sino que es condición necesaria para su fortalecimiento.<sup>27</sup> Volviendo a la importancia de la cuestión sustancial, se ha indicado que quienes defienden la adopción de un gobierno de las mayorías, han propuesto una necesaria conexión entre el sistema institucional y la organización social de la comunidad. De este modo, se estaría asumiendo que las desigualdades sociales y económicas impedirían a los miembros de la comunidad política el ejercicio de una ciudadanía independiente.<sup>28</sup>

Ciertamente, este aporte de Gargarella distingue entre una posición meramente “liberal” que brega por la importancia de los controles institucionales sin más, y una posición “populista” que acentúa el papel de las mayorías desconociendo el valor del control. Lo real es que, como el mismo autor indica, los contextos políticos latinoamericanos han presentado mucho de lo segundo: la “objeción” mayoritaria que aquí se describe se ha tomado de hecho en un sentido bastante lato, sin asumir los valiosos matices que el autor citado considera.

De este modo, el énfasis en la cuestión económica y social (énfasis justificado, dados los graves problemas sociales de la región) ha sido vehiculizado mediante el discurso de los derechos y de las mayorías. Aun cuando no es claro que en el contexto latinoamericano haya sido aquel énfasis el móvil de ciertos desvíos institucionales, lo real es que las democracias latinoamericanas han dado muestras en diversas ocasiones de un fenómeno llamado “democracia delegativa”.

En este sentido, Guillermo O`Donnell ha caracterizado el fenómeno a partir de la premisa de “quien sea que gane una elección presidencial tendrá el derecho a gobernar como él (o ella) considere apropiado, restringido sólo por la dura realidad de las relaciones de poder existentes y por un período en funciones limitado constitucionalmente”.<sup>29</sup> Esto implica que los límites institucionales vigentes, v. gr., el

---

<sup>25</sup> Cf. *ibid.*, p. 80.

<sup>26</sup> Cf. Roberto Gargarella, “The majoritarian reading of the ‘rule of law’”, en José María Maravall y Adam Przeworski (eds.), *Democracy and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 153.

<sup>27</sup> Cf. *ibid.*, p. 162.

<sup>28</sup> Cf., *ibid.*, p. 163.

<sup>29</sup> Guillermo O`Donnell, “Democracia delegativa”, *Journal of Democracy en español*, vol. 1, julio 2009, p. 12.

control parlamentario o judicial, son vistos como un obstáculo a la persecución de los objetivos políticos que ha sido delegada a ese agente de gobierno en particular. De este modo, no se trata de una práctica ajena a la tradición democrática, pero sí de una práctica menos liberal –en el sentido de poder limitado– que la democracia representativa.

Así, a modo ejemplificativo, una de las exigencias del *rule of law* que suele resultar incumplida por un modelo de este tipo, se refiere a la generalidad de las normas. En las democracias delegativas, “se observa que las decisiones se toman de modo frenético, lo que en América Latina se denomina ‘decretismo’. Se trata muchas veces de normas particulares referidas a determinadas materias, que cumplen el procedimiento normal de sanción de las leyes que requiere la intervención parlamentaria”<sup>30</sup>

Un gobierno que considera los límites institucionales como meros obstáculos para el desarrollo de sus propósitos constituye al menos un riesgo potencial de incumplimiento de las exigencias del *rule of law*. De hecho, es lo que ha mostrado la realidad institucional de los países latinoamericanos. No sería extraño que un gobierno que presente dicha creencia pueda emplear al sistema jurídico como un mero método de consecución de intereses políticos, y no como límite al accionar político o como fuente de legitimidad de los actos gubernamentales.

En ocasiones, sin embargo, se ha visto este modelo de democracia delegativa como un esquema apropiado para llevar adelante la protección de derechos sociales y/o de canalización de intereses mayoritarios. Gran parte de estas pretensiones luce como razonable, por lo que se hace necesario indagar acerca del valor del *rule of law* ante objeciones de tipo sustancial.

---

<sup>30</sup> Una práctica frecuente en este sentido suele ser el uso que en Argentina se ha hecho de los llamados “decretos de necesidad y urgencia” (DNU) por fuera de las previsiones constitucionales para este instituto de emergencia. En el caso de Venezuela, el artículo 203 de la Constitución establece la posibilidad de delegación en manos del presidente de ciertas materias legislativas a ser resueltas por decreto. Así, mediante una ley habilitante se señaló “un total de once ‘ámbitos’ en los que el presidente puede sancionar decretos con fuerza de ley: el ámbito de transformación de las instituciones del Estado permitiéndose ‘Dictar normas con el objeto de actualizar y transformar el ordenamiento legal que regula a las instituciones del Estado, a los fines de que éstas, orienten su actuación al servicio de ciudadanos, en forma eficaz, eficiente, honesta, participativa, simple, imparcial, racional y transparente, evitando el sobredimensionamiento estructural y garantizando la participación popular’; en el ámbito económico y social para ‘Dictar normas que adapten la legislación existente a la construcción de un nuevo modelo económico y social, que permita la inserción del colectivo en el desarrollo del país, para lograr la igualdad y equitativa distribución de la riqueza, elevando así la calidad de vida de los ciudadanos, en aras de alcanzar los ideales de justicia social e independencia económica, procediéndose a reinterpretar los derechos fundamentales y principios económicos bajo la nueva concepción del Estado social de derechos y de justicia’; o bien en el ámbito de la ordenación territorial para ‘Dictar normas que establezcan una nueva distribución de los espacios subnacionales, a los fines de que se establezca una nueva regionalización del país, para optimizar la acción del Estado’”.



### 3. Demandas sustanciales y el valor de un modelo formal

En la cultura jurídica contemporánea se encuentra prácticamente instalada la idea en virtud de la cual los derechos fundamentales se erigen en pautas de evaluación de los sistemas institucionales. Así, se ha señalado que los derechos “configuran los límites exteriores de la competencia legal de las instituciones políticas” y que ayudan “a definir lo que está bien o mal que el gobierno haga”.<sup>31</sup> Esto, más allá de ser una aspiración política, constituye –además, y sobre todo– una exigencia normativa de los textos constitucionales y/o supraconstitucionales vigentes.

Junto a ello, gran parte de las demandas de tipo sustancial tienen un carácter legítimo. Muchas veces, los cuestionamientos a modelos meramente formales parten de la consideración de injustas y graves desigualdades que requieren del derecho una respuesta profunda. Esta respuesta es la que intenta brindarse a través de numerosos mecanismos constitucionales que procuran un pleno desarrollo de la personalidad humana. En estas demandas puede apreciarse cierta sensibilidad respecto del valor de la persona humana.

Sin embargo, no necesariamente el sostenimiento de un ideal formal como el *rule of law* implica un obstáculo para el cumplimiento de otros ideales tipo sustantivo. Se trata de dos órdenes de exigencias que procuran la satisfacción de diversos aspectos de una misma finalidad. Es que de una correcta interpretación de los principios del *rule of law*, no se sigue un menosprecio de ideales sustanciales. Por el contrario, puede hablarse de un íntimo punto de contacto entre el ideal formal del *rule of law* y las demandas sustanciales.

Así, cuando en párrafos anteriores se hacía referencia a las razones para sostener el carácter formal del *rule of law*, se llamaba la atención sobre la importancia que tienen las exigencias del Estado de derecho como instrumento de evaluación del accionar gubernamental. La importancia de esto puede encontrarse en la interdicción de la arbitrariedad. No obstante, todavía cabe la pregunta acerca del valor de la limitación del poder político en uso del sistema jurídico.

La consideración de los ciudadanos del Estado como *sujetos racionales* constituye al menos una de las posibles justificaciones de dicho límite. A diferencia de un grupo de animales guiados por un granjero a donde a este mejor le parezca, con la posibilidad de cambiar de ruta, de retroceder o de avanzar sin el consentimiento de los sujetos pasivos del mandato, el gobernante humano tiene frente a sí un límite derivado de una cualidad esencial de los gobernados: la racionalidad.<sup>32</sup>

Esta cualidad implica que el ciudadano es capaz de deliberar entre varias opciones posibles y elegir la mejor conforme a una finalidad: su propio desarrollo personal.

---

<sup>31</sup> Fernando Atria, “Legalismo, derechos y política”, en Roberto Saba (ed.), *Los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, p. 108.

<sup>32</sup> Robert P. George, “Reason, freedom and the Rule of Law: their significance in western thought”, *Regent University Law Review*, vol. 15, 2002, p. 192.

El Estado, en consecuencia, tendrá frente a sí la tarea de garantizar “un conjunto de condiciones que capacita a los miembros de una comunidad para alcanzar por sí mismos objetivos razonables”.<sup>33</sup>

La limitación al accionar estatal se proyecta entonces en al menos dos direcciones: *qué* decisiones se toman, y *cómo* se toman esas decisiones. Ambas direcciones se relacionan con el carácter racional de los gobernados y con el conjunto de condiciones que deben ser resguardadas por el Estado. Lo primero, por cuanto no podrían adoptarse decisiones que vayan en contra de esas condiciones compartidas. En este orden se insertan ciertas demandas sustantivas basadas en los derechos fundamentales.

La cuestión acerca de *cómo* se adoptan las decisiones estatales hace referencia a la forma de dichas decisiones. Así, aunque se trate de limitaciones de carácter “procedimental”, estas exigencias procuran que el sujeto pasivo de las órdenes pueda conocer cuáles son dichas órdenes y, con base en ello, pueda planificar su vida. En este ámbito se ubica el ideal del *rule of law*.

Las exigencias del Estado de derecho contribuyen de este modo a respetar la dignidad humana, la que implica “tratar a los humanos como personas capaces de planificar y diseñar su futuro”.<sup>34</sup> En este sentido, Joseph Raz ha señalado que hay al menos dos sentidos en que no seguir los principios del Estado de derecho afecta la dignidad humana: cuando el sistema jurídico de que se trata conduce a incertidumbre, es decir cuando la falta de previsibilidad obstaculiza la toma de decisiones; o cuando genera falsas expectativas, como cuando se dictan normas retroactivas.<sup>35</sup>

En consecuencia, aunque se trate de un ideal formal, un alto grado de adhesión a las exigencias del *rule of law* presenta efectos positivos en lo referente a la protección de la dignidad de los ciudadanos. Es que “adherir al imperio del derecho siempre tiende a reducir la eficiencia para el mal de un gobierno malo, pues limita sistemáticamente la libertad de maniobra del gobierno. La idea del imperio del derecho se basa en la opinión de que una cierta clase de interacción entre gobernante y gobernado, que implique reciprocidad y justicia procesal, es muy valiosa por sí misma; no es simplemente un medio para otros fines sociales, y no puede ser sacrificada a la ligera por esos otros fines”.<sup>36</sup>

De este modo, se observa cuán importante es el seguimiento de los principios del Estado de derecho: se trata de un modo de respetar al ciudadano en su carácter de agente racional y libre. En este sentido, ante la “objeción” que indicaba la relevancia de las condiciones socioeconómicas para el libre desenvolvimiento de la ciudadanía, habría que rescatar que tanto un valor como el otro resultan necesarios. Así, no hay una contradicción entre sostener que se debe respetar el carácter racional y libre de

---

<sup>33</sup> John Finnis, *Ley natural y derechos naturales*, trad. de C. Orrego, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000 [1980], p. 184.

<sup>34</sup> Raz, *op. cit.*, p. 27.

<sup>35</sup> Cf. *ibid.*, p. 29.

<sup>36</sup> Finnis, *op. cit.*, p. 302.

un ciudadano, y afirmar que este debe contar con las condiciones que favorezcan su pleno desarrollo personal. De la misma manera, no hay contradicción real entre el ideal del *rule of law* y los derechos económicos, sociales y culturales.

Esto es así porque la condición de agente racional y libre supone como contrapartida la disponibilidad de una serie de bienes humanos básicos para que el agente pueda deliberar respecto de ellos y elegir el mejor conforme a sus preferencias. Esta disponibilidad de bienes básicos constituye, no sólo una manera de justificar el derecho, sino que se erige en presupuesto de los derechos humanos.

#### 4. Conclusión

El ideal del *rule of law* ha presentado un abundante desarrollo a lo largo del tiempo. Uno de los puntos de discusión sobre el tema ha sido su alcance. Al respecto se han dado distintas posiciones que van desde modelos formales hasta sustanciales con distintos niveles. Un modelo basado en la “legalidad formal” establece el cumplimiento de una serie de exigencias por parte de los sistemas jurídicos.

El cumplimiento de estas exigencias tiene como efecto la exclusión de la arbitrariedad del gobernante en la aplicación o utilización del derecho. De este modo, no toda arbitrariedad es impedida por el Estado de derecho, sino sólo un tipo específico, aunque suele ser el modo más común. En consecuencia, al ser el modelo propuesto de carácter formal, no aporta demasiado respecto a cuestiones sustantivas.

En este sentido, se ha señalado la mayor eficacia evaluativa que tiene un modelo que no asume máximas sustantivas, sino sólo exigencias formales. Sin embargo, los contextos de desigualdad en América Latina han gestado una serie de objeciones contra este modelo formal. En efecto, la preocupación por la vigencia de derechos sociales o por la vigencia de la democracia ha señalado la insuficiencia del *rule of law* para responder a esos problemas. Más aun, se han visto los principios del Estado de derecho como obstáculos para la realización de derechos o de vigencia de las mayorías.

Esta crítica ha estado presente en muchos gobiernos latinoamericanos. Así, al presentar las democracias latinoamericanas un carácter delegativo, los agentes gubernamentales han visto en los límites institucionales un obstáculo a la realización de las aspiraciones de la comunidad o a un proceso de promoción económica y social.

No obstante, la tensión entre *rule of law* como ideal formal y ciertos ideales sustanciales es más aparente que real. En efecto, el *rule of law* aparece como el mecanismo institucional más adecuado para asegurar la cualidad de sujetos racionales y libres de los ciudadanos. De este modo, las condiciones que aseguren el acceso libre a los bienes humanos básicos son un complemento de las exigencias del *rule of law*. Al ser estas condiciones un presupuesto de los derechos humanos, se diluye la contradicción señalada. *Rule of law* y derechos fundamentales constituyen dos órdenes de exigencias que procuran diferentes facetas de una misma finalidad: la protección de la persona humana.

## Bibliografía

- BIANCHI, Alberto, *Dinámica del Estado de derecho. La seguridad jurídica ante las emergencias*, Buenos Aires, Ábaco, 1996.
- CARBONELL, Miguel, Wistano OROZCO y Rodolfo VÁZQUEZ (coords.), *Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, D. F. – Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2002.
- ETCHICHURY, Horacio J., “La ‘seguridad jurídica’ como restricción a los derechos sociales”, *Anuario XIV (2012), Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales – Universidad Nacional de Córdoba*, Córdoba, La Ley, 2014, pp. 65-81.
- FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, trad. de C. Orrego, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000 [1980].
- FULLER, Lon, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1969.
- GEORGE, Robert P., “Reason, freedom and the Rule of Law: their significance in western thought”, *Regent University Law Review*, vol. 15, 2002, pp. 187-194.
- MARAVALL, José María y Adam PRZEWORSKI (eds.), *Democracy and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- O`DONELL, Guillermo, “Democracia Delegativa”, *Journal of Democracy en español*, vol. 1, julio 2009.
- PALOMBELLA, Gianluigi y Neil WALKER (eds.), *Relocating the Rule of Law*, Oregon, Hart Publishing, 2009.
- SABA, Roberto (ed.), *Estado de derecho y democracia. Un debate acerca del rule of law*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.
- SABA, Roberto (ed.), *Los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.
- TAMANAHA, Brian, *On the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

**Simón Alejandro Hernández León\* (México)**

## **El paradigma jurídico en crisis: (re)pensar el derecho en y desde Nuestra América**

*“Conocer es resolver”*

JOSÉ MARTÍ

*“O inventamos o erramos”*

SIMÓN RODRÍGUEZ

### **RESUMEN**

La ciencia jurídica enfrenta el agotamiento de una epistemología formalista. Como otras ciencias sociales consolidadas sobre la base de la infalibilidad racional, enfrenta una crisis sistémica y una crisis interna después de siglos de desarrollo del pensamiento jurídico occidental, que ha derivado en una ciencia acrítica, cuyos modelos no responden a las nuevas realidades sociales y la complejidad de actores emergentes.

Re-formular una epistemología jurídica crítica, que se produzca desde la realidad, es posible en la medida en que las verdades jurídicas sean cuestionadas y reelaboradas, asumiendo la complejidad de factores que influyen en el campo jurídico.

**Palabras clave:** Modernidad, sistema mundo, crisis civilizatoria, agotamiento del paradigma jurídico, epistemología jurídica, Nuestra América.

### **ZUSAMMENFASSUNG**

Die Rechtswissenschaft steht vor dem Ende der formellen Epistemologie. Wie auch andere auf der Unfehlbarkeit der Vernunft beruhende Sozialwissenschaften steht sie nach Jahrhunderten der Entwicklung eines westlichen Rechtsdenkens, das in eine unkritische Wissenschaft abgeglitten ist, deren Modelle weder der neuen sozialen

---

\* Defensor de derechos humanos. Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, con formación adicional en la Licenciatura en Estudios Latinoamericanos. Actualmente es maestrante en la Universidad Iberoamericana. [sim\\_alejandro@yahoo.com.mx](mailto:sim_alejandro@yahoo.com.mx).

Wirklichkeit noch der Vielfalt der neuen Akteure gerecht werden, vor einer Systemkrise, befindet sich aber auch selbst in einer Krise.

Die Neuformulierung einer kritischen Rechtsepistemologie, deren Ausgangspunkt die Realität bildet, wird in dem Maße möglich sein, in dem die Grundüberzeugungen des Rechts in Frage gestellt und unter Berücksichtigung der Vielschichtigkeit der Faktoren, die das Recht beeinflussen, neu erarbeitet werden.

**Schlagwörter:** Modernität; Weltsystem; Zivilisationskrise; Ende des Rechtsparadigmas; Rechtsepistemologie; Unser Amerika.

## ABSTRACT

Legal science faces the exhaustion of a formalist epistemology. Like other social sciences based on the infallibility of reason, it faces a systemic crisis as well as an internal crisis after centuries of the development of Western legal thought, which has become an uncritical science whose models do not respond to the new social realities and the complexity of the emerging stakeholders.

It is possible to develop a critical legal epistemology with its roots in reality if legal truths are debated and reformulated, and the complex factors which affect the legal field are taken into consideration.

**Keywords:** Modernity, world system, crisis of civilization, exhaustion of the legal paradigm, legal epistemology, Nuestra América.

## Introducción. Crisis sistémica y crisis de saber

El derecho, entendido como un conjunto de saberes acumulados y sistematizados sobre el conjunto del pensamiento jurídico, ha tenido un desarrollo de varios siglos de evolución. Su conformación como saber científico es producto reciente en la historia de la humanidad.<sup>1</sup> Al igual que otras disciplinas sociales, el derecho, como una ciencia en su versión occidental más acabada, es producto de la Modernidad.<sup>2</sup> Su desarrollo más dinámico se remonta a los últimos tres siglos de la historia de nuestra era.

<sup>1</sup> El derecho es un fenómeno complejo del mundo social. Es regulación de conducta, producción normativa, argumentación e interpretación de normas, ordenación y límite del poder político, diseño de lo estatal, regulación de la violencia legítima y práctica de poder. De ahí su naturaleza múltiple y compleja. Norberto Bobbio, al problematizar sobre el positivismo jurídico, lo distingue como método de estudio del derecho, teoría del derecho y como ideología jurídica (Norberto Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, México, D. F., Fontamara, 1991). El presente artículo pretende tomar en cuenta el mayor número de expresiones del fenómeno jurídico.

<sup>2</sup> La Modernidad es el resultado de un proceso histórico de larga duración que se consolidó con el ocaso del orden medieval en el Renacimiento y se caracteriza por el giro antro-

En la actualidad, las ciencias sociales se enfrentan al agotamiento de sus paradigmas de validación y de los fundamentos de epistemologías consolidadas durante siglos, que posibilitaron alcanzar un estatus de cientificidad a las distintas disciplinas que estudian los fenómenos sociales.<sup>3</sup> Por su lado, el derecho también es parte de esta crisis sistémica del pensamiento dominante en Occidente.

Los paradigmas científicos y la (re)producción de un *ethos* marcado por el individualismo, el racionalismo liberal y el formalismo positivista que permitieron explicar y dar certeza a nuestro “estar en el mundo”, mediante un consistente discurso filosófico y científico, evidencian su agotamiento y ven cuestionadas su racionalidad y legalidad interna –así como las verdades que producen sus respectivos saberes–. Por ello, la premisa de reflexión del presente artículo es que nos encontramos inmersos en una crisis global del *sistema mundo* y de los paradigmas que lo sostienen.<sup>4</sup>

La crisis alcanza no sólo las instituciones y verdades hegemónicas consolidadas en saberes que se crearon con su campo de autovalidación y generación de pensamiento científico. Se desarrolla, además, en el campo simbólico del que emergen cuestionamientos disruptivos, pero también propuestas originales y novedosas de convivencia y organización.

El cuestionamiento al modelo dominante hace evidente que asistimos a una *crisis civilizatoria* de los fundamentos que explican el orden social, las instituciones y la validación y legitimidad del conocimiento.<sup>5</sup> La crisis del paradigma de la Modernidad se refleja necesariamente en los modelos jurídicos, que les dan sustento y explicación a las sociedades y a sus sistemas de poder. Por ello, el *campo jurídico* se ve inmerso en una crisis múltiple: hace parte del agotamiento de los paradigmas de conocimiento desarrollados en el siglo XIX; pero, además, su propia condición lo hace entrar en insuficiencia para reconocer y explicar

---

pocéntrico que sitúa al ser humano como eje de todo el sistema de pensamiento. El sujeto y la noción de un cuerpo social conformados por individuos libres e iguales serán el signo de esta ruptura con siglos de comprensión de la vida social.

<sup>3</sup> Immanuel Wallerstein, *Impensar las ciencias sociales*, 4ª ed., México, D. F., Siglo XXI Editores y Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

<sup>4</sup> Retomo la categoría de Wallerstein, que define el sistema mundo como “un sistema social, un sistema que posee límites, estructuras, grupos, miembros, reglas de legitimación, y coherencia. Su vida resulta de las fuerzas conflictivas que lo mantienen unido por tensión y lo desgarran en la medida en que cada uno de los grupos busca eternamente remodelarlo para su beneficio” (Immanuel Wallerstein, *El moderno sistema mundial. Volumen 1. La agricultura capitalista y los orígenes de la economía-mundo europea en el siglo XVI*, 2ª ed., México, D. F., Siglo XXI Editores, 2004, p. 489).

<sup>5</sup> “La noción de *crisis civilizatoria* es importante porque busca enfatizar que estamos asistiendo al agotamiento de un modelo –pretendidamente unitario– de organización económica, productiva y social, con sus respectivas expresiones en el ámbito ideológico, simbólico y cultural” (énfasis agregado) (Renán Vega Cantor, “Crisis civilizatoria”, *Revista Herramienta*, núm. 42. Disponible en: <http://www.herramienta.com.ar/revista-herramienta-n-42/crisis-civilizatoria>).

fenómenos globales pero diferenciados y territorializados en realidades específicas.<sup>6</sup> De esta forma, la ciencia jurídica occidental es incapaz de explicar la globalidad que tiene un despliegue diferenciado en regiones como Europa, América Latina o África.

En síntesis, la crisis del paradigma jurídico occidental corre en paralelo a la de otras ciencias sociales, pero encuentra un circuito específico ante su propia identidad constitutiva como una epistemología que se desarrolló escindida de otras disciplinas sociales. La crisis también se relaciona con el arsenal teórico y los parámetros de (auto)validación que el propio derecho produce, así como el lugar desde donde se reflexiona y funda. El campo jurídico en su complejidad es uno y múltiple: en el todo y en las expresiones diferenciadas de las realidades en que se desenvuelve también se manifiesta la crisis aludida.

De ahí la necesidad de confrontar el paradigma jurídico y construir un modelo explicativo que parta de la realidad misma y que abra las fronteras artificiales del conocimiento. La pretendida especialización del conocimiento en que se cimentaron las epistemologías de las modernas ciencias sociales, no consideraron que la realidad social no se encuentra fragmentada sino que conforma una *unidad múltiple*.<sup>7</sup>

## 1. El agotamiento del paradigma jurídico de Occidente

El agotamiento del paradigma epistemológico no es propio de la ciencia jurídica, aunque en esta es más evidente por su tradicional delimitación y pretendida autosuficiencia frente a otras ciencias sociales. El derecho se erigió bajo una supuesta autonomía científica, en aras de un conocimiento puro, ajeno a la especulación, la metafísica y la subjetividad del productor de conocimiento jurídico.<sup>8</sup>

El derecho, como regulador de conducta social en su dimensión práctica y como conjunto de saberes en su dimensión propiamente científica y epistemológica, atraviesa una crisis de tanto paradigma científico de conocimiento. En su formulación clásica, Thomas Kuhn estableció que los paradigmas “son logros científicos univer-

---

<sup>6</sup> Con la noción ‘campo jurídico’, de Pierre Bourdieu, pretendemos abarcar un fenómeno amplio de lo jurídico bajo la interacción de los agentes especializados en su operación y la disputa de su capital simbólico en dicho espacio (Pierre Bourdieu, *Poder, derecho y clases sociales*, 2ª ed., Bilbao, Desclée de Brouwer, 2001, pp. 168 y ss.).

<sup>7</sup> Edgar Morin desarrolla la noción de ‘unidad múltiple’ (*unitas multiplex*) para sintetizar la conjunción de lo uno y lo múltiple y de la necesidad de desarrollar un pensamiento complejo (Edgar Morin, *Introducción al pensamiento complejo*, 2ª ed., Barcelona, Gedisa Editores, 1998, p. 30).

<sup>8</sup> Esta lucha de una ciencia pretendidamente pura contra la filosofía calificada como “especulativa” que adoptó para la *scientia* el modelo newtoneano-cartesiano a partir del siglo XVI es historizada por Wallastein. La ciencia generó paradigmas de conocimiento científico basados en “un mundo real que es objetivo y cognoscible, el énfasis en la evidencia empírica, el énfasis en la neutralidad del estudioso” [Immanuel Wallerstein (coord.), *Abrir las ciencias sociales*, 10ª ed., México, D. F., Siglo XXI Editores, 2007, p. 18].



salmente aceptados que durante algún tiempo suministran modelos de problemas y soluciones a una comunidad de profesionales”<sup>9</sup>

Así, el paradigma representa el mecanismo de producción y validación de conocimiento en el interior de una comunidad científica. En el campo jurídico, los saberes que la comunidad jurídica (re)produce se encuentran limitados por situaciones específicas que hacen del derecho un producto *socialmente condicionado*, en la medida en que su epistemología, conocimiento y marco analítico están atravesados por teoría y filosofía, y condicionados por las experiencias y conceptualizaciones previas de las operadoras y los operadores jurídicos, así como por una matriz cultural con presupuestos culturales que incluyen la ideología.<sup>10</sup>

La epistemología del derecho ha sido históricamente monolítica y se ha caracterizado por su veta conservadora: un carácter dogmático y reacio a problematizar con la dimensión social del fenómeno jurídico. Además, la producción jurídica es ideológica. Aunque se pretenda erigir como aséptica a cualquier condicionamiento de poder, lo cierto es que el pensamiento jurídico históricamente ha justificado el orden social y político vigente, desplegándose en función de la razón política imperante.

Estas condiciones que median lo jurídico generan una crisis compleja y multicausal. En un proceso diacrónico se manifiesta con el agotamiento de la racionalidad como verdad sin más y del formalismo jurídico, construyendo un sistema unitario desde el pensamiento dominante de Occidente que es incapaz de procesar, explicar y generar respuestas para la diferencia.

En una perspectiva sincrónica, el arsenal de conocimiento jurídico muestra su desfase frente a una nueva realidad que es incapaz de explicar en la medida en que esta se despliega de forma global, pero con expresiones diferenciadas, poniendo en duda la matriz unitaria y excluyente del sistema jurídico de pensamiento.

### 1.1. La insuficiencia del paradigma jurídico ante las nuevas realidades

Hoy día, nuevos actores surgen y ponen en desafío las estructuras jurídicas. Por ejemplo, una actividad económica como el modelo extractivista minero del siglo XXI involucra agentes económicos transnacionales que rebasan el ámbito de regulación estatal. Mientras que las sedes económicas y las operaciones bursátiles se encuentran en países centrales, la producción se localiza en la periferia; el flujo de capitales responde a una sofisticada estructura financiera que recorre diversas

<sup>9</sup> Thomas Kuhn, *La estructura de las revoluciones científicas*, 2ª ed., México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 2006, pp. 14-15.

<sup>10</sup> Como señala Adorno: “[L]os conceptos presuntamente originarios y sobre todo los de teoría del conocimiento, [...] se hallan todos ellos y necesariamente, mediados en sí mismos, o bien presupuestos –de acuerdo a una expresión científica tradicional– se hallan ‘llenos de presupuestos’” (Theodor W. Adorno, *Sobre la metacrítica de la teoría del conocimiento. Estudios sobre Husserl y las antinomias fenomenológicas*, Caracas, Monte Ávila Editores, 1969, p. 14).

regiones desde el financiamiento hasta la realización del capital. Finalmente, la contaminación que producen algunas de las técnicas de extracción es global y compromete la sostenibilidad ambiental, al tiempo que deja secuelas más profundas en las regiones de extracción. Todo ello pone a prueba la capacidad jurídica de protección de derechos y regulación de actividades, a los Estados nacionales frente a fenómenos globales y a los mecanismos multilaterales frente a agentes económicos transnacionales.

Además, hay una ruptura frente a la centralidad de poder en el Estado como consecuencia de una crisis de la democracia representativa y de la matriz de ordenación del poder. La Primavera Árabe o el mexicano #YoSoy132 representan movimientos disruptivos con la lógica estatal-nacional de representación y de resolución del conflicto. Estos movimientos cuestionan y relocalizan la noción de poder y sus campos particulares de ejercicio y disputa. Por su parte, el movimiento *Occupy Wall Street* o el *15-M* emergen para cuestionar el orden económico global representado en la expansión del capitalismo tardío y un proceso tendencial de acumulación de riqueza en una reducida élite económica y en la pauperización de grandes regiones y sectores de la población mundial.

Frente a estos procesos no hay una capacidad de respuesta desde el campo jurídico. El derecho que emergió de la Modernidad tuvo una evolución compleja durante varias centurias. En el siglo XIX, su acción profundizó en la organización y limitación del poder. Su objeto fue encontrar una base de legitimación del poder del Estado, formar una teoría sobre la soberanía y el poder constituyente como origen de la base contractual de la organización del poder político y de la habilitación de la violencia legítima en el Estado.

Por su parte, durante el siglo XX prevaleció la noción de derechos y de su titularidad. Ello requirió la conformación de los sistemas constitucionales como garantes de los derechos fundamentales sobre una base de legitimidad democrática. Así, poder y democracia en el Estado fueron los pilares de la construcción jurídica del siglo XX.

Sin embargo, la realidad del siglo XXI presenta nuevos retos, actores y poderes que no encajan en los marcos de referencia del derecho y cuyas respuestas se encuentran en desfase frente a esta condición emergente. Además, los cuestionamientos a la ordenación política estatal y al modelo económico convergen en esta crisis del paradigma jurídico.

En este sentido, Luigi Ferrajoli señala que la ciencia jurídica asiste a una crisis que afecta los cimientos sobre los que se ha construido la explicación y función del Estado como ordenación del poder y marco de protección de los derechos. Para este autor, la crisis del derecho se expresa en tres vertientes: la crisis de legalidad, la crisis del Estado social, y la disputa y disminución del poder del Estado frente a otros poderes privados.<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Luigi Ferrajoli, "El derecho como sistema de garantías", *Jueces para la democracia. Información y debate*, núm. 16-17, 1992, p. 61.

La crisis de legalidad se relaciona con la capacidad de mantener un sistema vinculante y se produce por la pérdida de legitimidad de los operadores jurídicos, configurando un estado de “ilegalidad del poder”, donde el presupuesto del Estado de derecho –la sujeción de toda actuación de la autoridad al marco normativo– se diluye frente a la capacidad de los intereses privados y el desvío del poder público del mandato. Así, el derecho es producido por los poderes fácticos y su agenda. Dicha crisis se manifiesta en “la inflación legislativa provocada por la presión de los intereses sectoriales y corporativos, la pérdida de generalidad y abstracción de las leyes, la creciente producción de leyes-acto, el proceso de decodificación y una legislación fragmentaria [...] habitualmente bajo el signo de la emergencia y la excepción”.<sup>12</sup>

Finalmente, el Estado como entidad reguladora y garante pierde su capacidad frente a poderes privados, que, en el marco de la globalización, despliegan sus capacidades y logran imponer las fuentes del sistema jurídico y las instancias de deliberación en ámbitos que rebasan al Estado nacional.

Este conjunto de realidades donde confluye la emergencia de nuevos actores y factores de poder, la crisis de las formas clásicas de representación del poder político y el cuestionamiento al sistema económico global, se imbrica con la crisis de larga duración del campo del derecho y pone a prueba los sistemas tradicionales de explicación de la realidad, evidenciando la insuficiencia de su arsenal teórico, metódico y epistemológico para hacer inteligibles y responder a estas nuevas y complejas realidades.

## 1.2. La crisis del derecho colonizante

Desde el célebre ensayo *Nuestra América*, José Martí cuestionaba la falta de generación original y referida a nuestra realidad, así como la adopción de modelos suplantados sin mayor cuestionamiento a nuestra realidad. En este sentido, el derecho mismo y las respuestas que históricamente ha construido no siempre se corresponden con nuestra realidad y, en muchas ocasiones, son formulaciones contrarias a los procesos de nuestra región.

Paralelo a la crisis de las ciencias sociales y a la crisis específica del derecho, manifiesta en el agotamiento de su paradigma y la emergencia de nuevas realidades, corre un tercer proceso de crisis interna en América Latina que se relaciona con el establecimiento de un sistema complejo de poder, de normas jurídicas, instituciones y prácticas hasta cierto punto ajeno a nuestro devenir histórico.

En el proceso de implantación y reproducción del conocimiento jurídico entendido como sistema, fue obviado, hasta finales del siglo XX, problematizar sobre en qué realidad se conformaba y cimentaba el derecho, consolidándose un modelo de

---

<sup>12</sup> *Idem.*

legalidad positiva engendrado por fuentes estatales al margen o incluso sin contacto con la dinámica propia de nuestros pueblos.<sup>13</sup>

La crisis en América Latina no se remite a un campo abstracto de fundamentación de nuestro sistema jurídico. No se trata de un debate teórico, sino de una realidad que ha interpelado a nuestra región: desde los Estados nacionales que negaron por siglos la existencia social y jurídica de los pueblos indígenas, bajo una construcción artificial de unidad nacional en el mestizaje, pasando por el proceso de dictaduras militares con una secuela de miles de personas desaparecidas, torturadas, ejecutadas o encarceladas, hasta el colapso de gobiernos y políticas económicas antipopulares. En todos estos procesos, el derecho ha jugado un rol de legitimación formal de dichas situaciones.

El uso desviado del poder, la crisis del sistema de representación política, el colapso de economías y la movilización social han derivado en procesos reconstitutivos de la realidad jurídica en América Latina. El *Que se vayan todos*, de la Argentina en 2001, condensó la crisis del sistema político y de legitimidad de los poderes establecidos que es común en diversos países. Las asambleas constituyentes que surgieron en las últimas tres décadas han evidenciado que la realidad se ha impuesto al derecho y este ha tenido que adaptarse a los procesos sociales.

La *constitucionalización* del buen vivir como principio constitucional (Ecuador), el reconocimiento del carácter plurinacional de un Estado (Bolivia), o el reconocimiento de autonomías indígenas (Nicaragua) representan la reapropiación del derecho frente a su crisis de funcionalidad para regular la vida social y resolver el conflicto. En todos los casos, procesos disruptivos contra el Estado y su derecho condujeron a estas transformaciones en los ordenamientos constitucionales en América Latina.

Frente a este panorama se afianza la práctica de construir el derecho desde abajo y reformular el poder político, recobrando el carácter instrumental del poder y del derecho como expresiones de una “voluntad de vivir desde el consenso comunitario (o popular)”.<sup>14</sup> Sin embargo, estos procesos se encuentran en tensión frente a los actores que han detentado el poder político y económico y que se resisten a democratizar el sistema.

---

<sup>13</sup> América Latina es “el resultado de una relación dialéctica entre el realismo económico-político de la globalidad, generada y regida por los países posindustriales del mundo [...] donde se confirman [y reproducen las] relaciones de dependencia y de interdependencia” (Mario Magallón, *La democracia en América Latina*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México y Plaza y Valdés, 2003, p. 32).

Aunque la condición dependiente (en múltiples acepciones de la dependencia) de Nuestra América se encuentra relacionada con la historia de los centros imperiales, no implica la existencia de procesos históricos paralelos o estadios diferenciados como lo postula el positivismo; por el contrario, la condición dependiente es parte del mismo proceso histórico que lleva a otras regiones a constituirse como centros.

<sup>14</sup> Enrique Dussel, *20 tesis de política*, México, D. F., Siglo XXI Editores, 2006, p. 26.

## 2. El porvenir del derecho

Las causas del agotamiento del paradigma jurídico son múltiples y diferenciadas. Algunas son producto de la evolución de siglos de la ciencia jurídica y de la racionalidad que subyace en ella. Otras se relacionan con la realidad cambiante y los nuevos actores emergentes para los cuales las respuestas desde el derecho son insuficientes. Finalmente, en América Latina se remiten a la implementación de una *episteme* implantada en la que el modelo no siempre responde a nuestra realidad.<sup>15</sup>

### 2.1. (Re)pensar el derecho y sus fundamentos

Es imprescindible revisar los fundamentos epistemológicos sobre los cuales se conformaron nuestras actuales ciencias sociales –incluyendo la ciencia jurídica– y cuestionar el resultado de la fragmentación artificial de la realidad y el desarrollo de fronteras cognitivas. Desde este horizonte se pretende conformar una perspectiva crítica que redefina y actualice constantemente las categorías de conocimiento y reestructure los valores organizacionales de las ciencias sociales.

Lo anterior implica re-pensar las verdades jurídicas imperantes y desmitificar el relato fundacional del derecho, dejando de asumirlo como una disciplina autosuficiente. Es justamente, la “ilusión de neutralidad, de universalidad, de autonomía de *desinterés* incluso (bajo el ropaje del ‘interés general’ o la justicia [...]) [la que] subyace a toda la lógica de objetivación en que consisten las ‘prácticas codificadoras’, así como el horizonte de comprensión, explicación y validación del saber jurídico”.<sup>16</sup>

Esta posición de reconocimiento explícito de la relación entre poder y derecho y de la propia subjetividad, mediaciones y factores condicionantes de quien estudia el fenómeno jurídico, no implica un impedimento para producir conocimiento científico. Por el contrario, asumir la subjetividad y las limitaciones son presupuestos en la conformación de un saber jurídico en la medida en que “la relación con valores no excluye la objetividad del conocimiento”.<sup>17</sup>

Es posible asumir desde un horizonte crítico las limitaciones del conocimiento y lograr un grado de validez y de certeza en el análisis de los fenómenos jurídicos siempre que se reconozca que estos son algo más que simples normas de conducta

<sup>15</sup> Por *episteme* entiendo el conjunto de parámetros de validación del conocimiento que (re)produce, principios epistemológicos, una metodología, pautas hermenéuticas y teorías jurídicas, que dotan de congruencia al sistema jurídico. La *episteme* hace referencia al término griego de la Antigüedad para indicar un tipo de saber que es cierto, estable y fundamentado, distinguiéndose así de la opinión (*doxa*) [cf. Nicola Abbagnano, *Diccionario de filosofía (actualizado y aumentado por Giovanni Fornero)*, 4ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 380].

<sup>16</sup> Andrés García, “Introducción”, en Pierre Bourdieu, *op. cit.*, p. 38, (cursivas en el original).

<sup>17</sup> Jaime Osorio, *Fundamentos del análisis social. La realidad social y su conocimiento*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica y Universidad Autónoma Metropolitana, 2008, p. 24.

en el plano del deber ser. Asimismo, se debe asumir que tanto el derecho como su análisis están en constante tensión y disputa en el interior del “campo jurídico”.

Comprender en qué contexto y de qué relaciones sociales surge el derecho, y asumir la realidad críticamente –que incluye la propia subjetividad del jurista– son premisas para construir su cientificidad, asumiéndolo no sólo como la técnica de la jurisprudencia que resuelve problemas concretos de interpretación, sino partiendo de una concepción amplia del fenómeno jurídico. Esta consistencia analítica pasa por buscar dentro de la propia subjetividad, ideología y limitaciones epistemológicas, el mayor grado de objetividad, sistematicidad, metodicidad y congruencia de las teorías y conclusiones, lo que representa las condiciones necesarias que deben enfrentar las y los juristas en su quehacer cotidiano.

Asumir una postura crítica no implica una epistemología sesgada, por el contrario, aunque a la vez observadores y parte del objeto de estudio, el reconocimiento de la postura de quienes producen lo jurídico se propone superar lo que Bourdieu define como “ciencia falsa” con pretensiones de “neutralidad ética” y objetividad absoluta.<sup>18</sup>

## 2.2. El derecho y las nuevas realidades

El siglo XX y su marco de regulación del poder en el Estado-nación es insuficiente en los albores del siglo XXI para responder a realidades emergentes. La desterritorialización del capital, la irrupción de grupos de poder transnacional y su capacidad de acción diferenciada en el interior de los Estados nacionales, la aparición de fenómenos sistémicos que comprometen a la humanidad a escala macro como el calentamiento global, representan nuevos desafíos para los cuales el actual paradigma jurídico resulta insuficiente.

Asimismo, las movilizaciones que se han dado en años recientes en diversas regiones del mundo ponen de relieve un cuestionamiento profundo al modelo político y económico que ha favorecido la desigualdad, la exclusión y la falta de representación del poder político.

Nos enfrentamos a un cambio de época en el que la forma como concebimos nuestra realidad, organizamos las relaciones sociales y las instituciones se agotan. La figura del Estado como condensador de las relaciones, eje articulador de la vida social y elemento central de la organización del poder político debe ser revalorada y adecuada a nuevas formas de organización, participación política y representación.

Este proceso no puede realizarse sin asumir el factor relacional del derecho con el poder. Ambos se vinculan y coexisten en una dinámica e interacción continua, manteniendo su dinámica específica. Por ello es importante reconocer el peso de los factores “metajurídicos” en la producción del campo jurídico.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> Pierre Bourdieu, *Los usos sociales de la ciencia*, Buenos Aires, Nueva Visión, 2000, p. 53.

<sup>19</sup> José Sánchez-Arcilla Bernal, *Jacobus, id quod ego. Los caminos de la ciencia jurídica*, Madrid, Editorial Dykinson, 2003, p. 399.

Asumir que las relaciones sociales se despliegan y desarrollan este campo por medio de decisiones del poder en términos de ejercicio político es fundamental para comprender y re-significar el derecho como sistema de ordenación y límite del poder, y superar la función histórica de validación del poder establecido y de su *statu quo*.

El derecho debe abrirse a formas emergentes y originales de participación política que han ampliado y recuperado la noción de democracia y que se expresan en las calles, en la organización comunitaria y en la conformación de estructuras de decisión paralelas a las del Estado. Sin embargo, el derecho también debe asumir el reto de enfrentar y limitar a los poderes fácticos y a las entidades económicas que buscan imponerle reglas de juego y definir la legalidad para la realización de reducidos intereses de grupo a escalas local, nacional e incluso global.

### 2.3. La agenda pendiente en América Latina

En este proceso de renovación de los fundamentos epistemológicos y de la práctica del derecho, resulta necesario reflexionar lo jurídico desde nuestra circunstancia como región. (Re)pensar el derecho implica re-conocer las condiciones que pretende explicar. Nuestra historia se proyecta en la larga duración como la de una región colonizada y dependiente, con procesos continuos de resistencia y ruptura enmarcadas en el desarrollo de un capitalismo dependiente. De este horizonte de problematización debe partir la reflexión y reconstrucción del conocimiento jurídico.

En este sentido, las teorías críticas y el uso alternativo del derecho desde América Latina son aportes valiosos en la reconfiguración del orden jurídico, desde una perspectiva que explícitamente se reconoce ética y política, se pretende un cambio bajo nuevas formas de relación social, dando un sentido concreto a valores como la igualdad y la justicia. En suma, en esta perspectiva, el derecho adquiere una condición de instrumento de cambio social.<sup>20</sup>

Las teorías críticas pretenden consolidar un proceso dialéctico compuesto por una parte deconstructiva de los usos dominantes del derecho y sus fundamentos y, a partir de formas igualitarias e incluyentes de relaciones sociales, re-construirlo mediante un proceso de refundación del campo jurídico.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Las teorías críticas del derecho son el conjunto de saberes y prácticas que, a partir del reconocimiento de una realidad caracterizada por la desigualdad estructural, comprenden que el derecho ha sido empleado como mecanismo de conservación de un orden social injusto y de legitimación del orden social dominante. Desde una posición que reconoce y cuestiona este uso, asumen una perspectiva crítica frente al conocimiento legitimador del orden dominante, cuestionando las consecuencias de la racionalidad instrumental del derecho y asumiendo una posición política que implica la apropiación y re-significación de ese derecho, de sus saberes y técnicas, y de una reinterpretación de las normas, para generar una práctica contrahegemónica y emancipadora.

<sup>21</sup> El filósofo Enrique Dussel analiza la dimensión política de las teorías críticas y el derecho y señala que su objetivo "no es la 'incorporación' del excluido al orden jurídico vigente, sino

Las teorías críticas del derecho, su uso alternativo como práctica política, el diálogo y enriquecimiento mediante el uso de categorías, métodos y herramientas de análisis de otras ciencias sociales son elementos si no suficientes para este propósito, al menos imprescindibles en la construcción de una nueva racionalidad jurídica, incluyente, conocedora de sus propias limitaciones, reflexiva y propositiva desde Nuestra América, que si no es neutral frente a la realidad, sí esté dotada de mayores supuestos para alcanzar un grado de objetividad y certeza en la producción del conocimiento jurídico, buscando revertir la función histórica del derecho con la aspiración de construir lo que Boaventura Sousa ha definido como un “horizonte de emancipación” basado en “otros proyectos utópicos” que cambien las relaciones globales de poder.<sup>22</sup>

## Bibliografía

- ABBAGNANO, Nicola, *Diccionario de filosofía (actualizado y aumentado por Giovanni Fornero)*, 4ª ed., México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 2004.
- ADORNO, Theodor W., *Sobre la metacrítica de la teoría del conocimiento. Estudios sobre Husserl y las antinomias fenomenológicas*, Caracas, Monte Ávila Editores, 1969.
- BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México, D. F., Fontamara, 1991.
- BOURDIEU, Pierre, *Los usos sociales de la ciencia*, Argentina, Nueva Visión, 2000.
- \_\_\_\_\_, *Poder, derecho y clases sociales*, 2ª ed., Bilbao, Desclée de Brouwer, 2001.
- DUSSEL, Enrique, “Desde la exclusión global y social (algunos temas para el diálogo sobre la teoría crítica)”, en Gustavo LEYVA (ed.), *La teoría crítica y las tareas actuales de la crítica*, Barcelona, Anthropos Editorial y Universidad Autónoma Metropolitana, 2005.
- \_\_\_\_\_, *20 tesis de política*, México, D. F., Siglo XXI Editores, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi, “El derecho como sistema de garantías”, *Jueces para la democracia. Información y debate*, núms. 16-17, 1992.
- KUHN, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, 3ª ed., México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 2006.

---

la ‘transformación’ analógica (analéctica) del orden jurídico, en el que los *nuevos* participantes cambian diacrónicamente las determinaciones funcionales de todos los antiguos participantes, constituyendo un *nuevo y alternativo* ‘Estado de derecho’. No es una mera subsunción de la exterioridad, sino una orgánica transformación del orden jurídico”. Así, el consenso anti-hegemónico crítico configura una praxis de liberación que busca no sólo la inclusión de los subalternos sino un proceso político refundacional del derecho [Enrique Dussel, “Desde la exclusión global y social (algunos temas para el diálogo sobre la teoría crítica)”, en Gustavo Leyva (ed.), *La teoría crítica y las tareas actuales de la crítica*, Barcelona, Anthropos Editorial y Universidad Autónoma Metropolitana, 2005, p. 201].

<sup>22</sup> Boaventura de Sousa Santos y María Paula Meneses (eds.), *Epistemologías del Sur (perspectivas)*, Madrid, Ediciones Akal, 2014, p. 9.



- MAGALLÓN, Mario, *La democracia en América Latina*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México y Plaza y Valdés, 2003.
- MORIN, Edgar, *Introducción al pensamiento complejo*, 2ª ed., Barcelona, Gedisa Editores, 1998.
- OSORIO, Jaime, *Fundamentos del análisis social. La realidad social y su conocimiento*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica y Universidad Autónoma Metropolitana, 2008.
- SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, José, *Jacobus, id quod ego. Los caminos de la ciencia jurídica*, Madrid, Editorial Dykinson, 2003.
- SOUSA SANTOS, Boaventura y María Paula MENESES (eds.), *Epistemologías del Sur (Perspectivas)*, Madrid, Ediciones Akal, 2014.
- VEGA CANTOR, Renán, "Crisis civilizatoria", *Revista Herramienta*, núm. 42. Disponible en: <http://www.herramienta.com.ar/revista-herramienta-n-42/crisis-civilizatoria>.
- WALLERSTEIN, Immanuel, *El moderno sistema mundial. Volumen 1. La agricultura capitalista y los orígenes de la economía-mundo europea en el siglo XVI*, 2ª ed., México, D. F., Siglo XXI Editores, 2004.
- \_\_\_\_\_, *Impensar las ciencias sociales*, 4ª ed., México, D. F., Siglo XXI Editores y Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- \_\_\_\_\_, (coord.), *Abrir las ciencias sociales*, 10ª ed., México, D. F., Siglo XXI Editores, 2007.

## **II. La protección de los derechos: entre la constitución y el derecho internacional**

- Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, Perú  
Reflexiones sobre la convencionalización del derecho  
y el control de convencionalidad en nuestros países,  
a propósito de lo sucedido en la experiencia peruana
- Eduardo Vio Grossi, Chile  
Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:  
¿del control de convencionalidad a la supranacionalidad?
- Danilo Rojas Betancourth, Colombia  
Control de convencionalidad en Colombia.  
Entre el control de la Convención y su aplicación
- Néstor Pedro Sagüés, Argentina  
Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad
- Víctor Manuel Collí Ek, México  
De la supremacía literal de la Constitución  
a la material en el nuevo paradigma jurisprudencial  
de defensa de derechos humanos en México
- Sibylle Kessal-Wulf, Alemania  
El Tribunal Constitucional Federal y los tribunales supranacionales:  
problemas actuales de un sistema multinivel
- Víctor Eduardo Orozco Solano, Costa Rica  
Aproximación al principio de supremacía constitucional  
y sus implicaciones en el sistema de justicia constitucional costarricense:  
estudio comparado

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Eloy Espinosa-Saldaña Barrera\* (Perú)\*\*

## Reflexiones sobre la convencionalización del derecho y el control de convencionalidad en nuestros países, a propósito de lo sucedido en la experiencia peruana

### RESUMEN

El texto explica el avance alcanzado por la convencionalidad del derecho en el caso en el caso peruano, sobre todo de la mano de la jurisprudencia de su Tribunal Constitucional, pero también señala las imprecisiones y los retos que el fenómeno enfrenta en su país, problemas muy similares a los que se presentan en otros Estados de Iberoamérica.

**Palabras clave:** convencionalización, derechos humanos, Tribunal Constitucional.

### ZUSAMMENFASSUNG

Angesichts des Phänomens der Konventionalisierung des Rechts erläutert der Beitrag die in Peru erzielten Fortschritte, die vor allem der Rechtsprechung des Verfassungs-

---

\* Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú; catedrático de las universidades Pontificia Católica del Perú, Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, de Piura e Inca Garcilaso de la Vega; profesor principal coordinador y exdirector general de la Academia de la Magistratura; profesor visitante o conferencista invitado por el Instituto Max Planck (Heidelberg, Alemania), las universidades de Bolonia y La Sapienza (Italia), y diversas universidades e instituciones europeas, latinoamericanas y peruanas. Integrante de las mesas directivas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y de las asociaciones peruanas de Derecho Administrativo y Derecho Procesal, así como de la Red de Docentes de Derecho Constitucional. Presidente Honorario del Consejo Académico del próximo Congreso Mundial de Justicia Constitucional. Autor y coautor de libros sobre su especialidad. [eaespino@pucp.edu.pe](mailto:eaespino@pucp.edu.pe).

\*\* Este texto recoge en líneas generales lo que fue la exposición del autor en el XXI Encuentro de Presidentes y Magistrados de Tribunales y Salas Constitucionales de América Latina, realizado entre el 18 y el 20 de julio de 2015, y organizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer.

gerichts zu verdanken sind, stellt aber auch die bisher ungelösten Fragen sowie die Herausforderungen dar, vor denen das Land steht. Dabei handelt es sich um Probleme, die denen anderer iberamerikanischer Staaten sehr ähneln.

**Schlagwörter:** Konventionalisierung; Menschenrechte; Verfassungsgericht.

## ABSTRACT

Faced with the increasing predominance of international conventions over the law, our study analyzes the case of Peru, considering especially the case law of its Constitutional Court, but also pointing out the areas of imprecision and the challenges faced by the country. Similar issues occur in other Ibero-American states.

**Keywords:** Increasing predominance of international conventions, human rights, Constitutional Court.

## 1. Algunas líneas a modo de introducción

Uno de los más importantes cambios luego de la Segunda Guerra Mundial se ha dado, qué duda cabe, en lo referido al reconocimiento y tutela de los derechos: ya no solamente se cuenta con el nivel interno de protección, sino que el reconocimiento y tutela se complementan con una serie de previsiones a nivel internacional. Es más, hoy, luego de un importante aporte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para potenciar procesos de democratización en América Latina que hacen frente a gobiernos dictatoriales o a democracias insuficientes, cabe hablar, al igual que en Europa, de una convencionalización del derecho.

Y es que, actualmente, dejándose de lado la disyuntiva monismo-dualismo, se apunta a la construcción de un derecho común conforme con los derechos y, más precisamente, con la comprensión que de ellos puede hacerse tomando en cuenta lo previsto en los tratados de derechos humanos y su alcance vinculante. Ahora bien, y por lo menos en el contexto latinoamericano, el Perú ha sido durante muchos años un Estado que ha generado diversos e importantes cuestionamientos a esta dinámica de convencionalización, y no solamente por aspectos que podrían ser invocados en otros países de América Latina (crisis del Estado, por lo menos, del modelo del Estado al cual su clase política decía querer llegar; debilidad institucional; coexistencia de diversos grupos sociales y culturales poco integrados entre sí, etcétera).

Conviene entonces aquí tener presente que el Perú, durante muchos años, ha sido el Estado con más condenas ante la Corte y recomendaciones emitidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. De otro lado, el establecimiento por ley de un sistema de ejecución de las sentencias de la Corte lamentablemente no aseguró un mejor cumplimiento de lo ya resuelto. Finalmente, el sistema de audiencias y sentencias de cumplimiento (conjuntamente con el control de convencionalidad y el desarrollo de sentencias integrales, los elementos más relevantes

para apuntar la convencionalización del derecho desde el sistema interamericano de derechos humanos), creado en su momento para examinar algunos casos peruanos, en más de 70 de las más de 300 oportunidades ha tenido una relativa eficacia (de las 27 condenas efectuadas al Estado peruano, solamente en un caso de los 20 vinculados al ámbito penal se ha asegurado el cabal cumplimiento de lo dispuesto por la Corte).

Ahora bien, justo es reconocer cómo en los últimos años ha podido apreciarse una sustantiva mejora del tratamiento de este tema en el Perú. En ese sentido, ha tenido especial relevancia la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Sin embargo, lo avanzado en esta dirección debe ser evaluado dentro de un contexto más amplio, en donde subsisten riesgos e imprecisiones que no solamente son responsabilidad del Estado o de la sociedad peruanos. En apretada síntesis, pasaré entonces a presentar lo avanzado, al mismo tiempo que a explicitar cuáles son –en mi opinión– algunos de los retos al respecto, sobre todo si de convencionalización del derecho y control de convencionalidad venimos conversando.

## **2. El aporte del Tribunal Constitucional peruano en la actual convencionalización del derecho y el Estado de nuestro país**

Importante es entonces aquí anotar cómo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano no solamente ha reconocido el rango constitucional de los tratados de derechos humanos, sino que ha señalado que el control de constitucionalidad es a la vez control de convencionalidad (en ese sentido, los casos *Programa de Formación de Aspirantes de la Academia de la Magistratura*, *Cartagena Vargas* y *Minera Sulliden*). Además, muchas de sus sentencias vienen implicando un esfuerzo por abordar ciertos temas conforme con parámetros convencionales.

En ese sentido, se ha señalado en *Santiago Martín Rivas* que el control de convencionalidad no se limita al cumplimiento de lo prescrito en el texto de la Convención (o lo que se desprende de él), sino que también incluye la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Yendo ya a situaciones específicas, se ha apostado a una interpretación conforme a parámetros convencionales (intencionalmente no entraré en este texto en el debate sobre si el control de convencionalidad y la aplicación de la Convención son lo mismo o pueden entenderse como conceptos distintos), tal como se señalará a continuación.

Así, por ejemplo, la materia electoral tiene una clara orientación en lo señalado en *Yatama contra Nicaragua*, si revisamos lo previsto por el Tribunal en casos como *Espino Espino*, *Lizana Puelles* o *Castillo Chirinos*. De otro lado, la comprensión de las leyes de amnistía (o autoamnistía) se encuentra desarrollada conforme a parámetros convencionales en los procesos seguidos a Santiago Martín Rivas y miembros del grupo paramilitar Colina a propósito de los casos *Barrios Altos* y *Cantuta*. Pautas convencionales inspiran lo señalado en *Tineo Cabrera* sobre procedimiento

de investigación parlamentaria o acerca de los alcances de los *habeas corpus* contra resoluciones judiciales.

Además, en sentencias como la emitida en *Arce Paucar* se desarrollan los parámetros sobre plazo razonable previstos tanto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Lo señalado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre leyes aprobadas por referéndum se refleja en lo resuelto en el *Caso Fonavi*. Lo prescrito a nivel convencional sobre ejecución de resoluciones judiciales, a su vez, se encuentra recogido en *Sindicato de Trabajadores Municipales del Rímac*. Y así, un largo etcétera.

Sin entrar aquí a plantear eventuales diferencias entre la aplicación de la Convención y el control de convencionalidad, bien puede apreciarse una preocupación por ir hacia una convencionalización del derecho, aun cuando en algunos casos la invocación a una supuesta interpretación conforme con la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte por el Tribunal Constitucional peruano haya sido, por decir lo menos, discutible (en ese sentido, lo resuelto en la polémica sentencia emitida ante el *Caso Panamericana Televisión*). Sin embargo, seguimos ante una materia que se halla lejos de estar resuelta y, muy a despecho de sus avances, sujeta a diversos retos y riesgos: muchos de ellos, por cierto, no son solamente predicables del caso peruano.

### 3. Los retos y riesgos que debe enfrentar lo avanzado

En este escenario, resulta importante, en primer término, tener presente que el problema del cumplimiento de lo prescrito por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sigue sin resolverse. Se alega en algunos casos una argumentación que supuestamente reivindica un respeto a la soberanía (desconociendo que es precisamente una decisión soberana de los Estados la que permite suscribir tratados como la Convención Americana). Se discute además admitir el alcance integral de las sentencias de la Corte Interamericana (con medidas de satisfacción, medidas de rehabilitación, medidas de restitución y medidas de no repetición). Con base en esas consideraciones desde algunos Estados se señala que nos encontraríamos ante pronunciamientos de imposible cumplimiento.

Ahora bien, justo es anotar que muchas veces no existe tal imposibilidad, sino más bien una falta de voluntad política para cumplir. En otras, se produce un debate sobre las repercusiones políticas, económicas o sociales que podría tener lo resuelto por la Corte en un Estado en particular, consideraciones que, por cierto, son de una objetividad bastante discutible. Sin embargo, no es este el único elemento que reclama una mayor reflexión.

Así, por citar un caso, se suele discutir la pertinencia de las audiencias y sentencias de cumplimiento como mecanismo para asegurar no solamente una cabal ejecución de las sentencias de la Corte, sino fundamentalmente para apuntalar la conformación de un derecho común convencionalizado. En este sentido, muy respetuosamente

creo oportuno resaltar las ventajas de esta alternativa frente a otras utilizadas a nivel mundial, como la del margen de apreciación estatal o nacional manejada en Europa.

Resulta oportuno explicar los alcances de esta última afirmación. Como es de conocimiento general, el margen de apreciación de los Estados, tanto en su faceta sustantiva (vinculada a constatar la necesidad de un discernimiento entre libertades individuales y objetivos colectivos) como en su vertiente estructural (relacionada con la intensidad del escrutinio de los tribunales internacionales sobre la actividad de los órganos nacionales), tiende a identificarse como el ámbito de deferencia que los órganos internacionales debieran reconocer a las entidades legislativas, judiciales y administrativas nacionales para que estas últimas puedan cumplir con las obligaciones que se derivan de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Esto sin duda tiene sus ventajas, pero también sus reparos.

De primera impresión podría decirse que esta posición facilitaría la actuación estatal en la determinación del sentido del derecho nacional y en la definición del modo en que se cumplirá una resolución emitida por un órgano internacional responsable de la supervisión de un tratado. Sin embargo, en esta su aparente fortaleza es donde se encuentra tal vez la principal debilidad de esta postura, pues no todos los Estados tienen la misma capacidad de negociación y articulación de posiciones. Ello lleva a situaciones de aplicación desigual, por no decir discriminatoria, y, en todo caso, poco objetiva y poco previsible de lo resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo cual, por cierto, conspira en contra de la configuración de un derecho común “convencionalizado”, y potencia las suspicacias existentes en los detractores del proceso de convencionalización al que se viene haciendo referencia.

Ahora bien, justo es anotar que un aspecto que hoy, y a propósito de lo vivido en la experiencia peruana, parece necesario esclarecer es el de especificar qué estamos entendiendo por control de convencionalidad. Corresponde determinar si apostamos por una comprensión más bien formal del control de convencionalidad, en la línea de asegurar el cumplimiento de parámetros convencionalmente establecidos, lo que en líneas generales viene realizándose en el Perú, o si realmente estamos hablando de un parámetro de construcción común en un contexto de diálogo.

Ahora bien, y si se opta por un escenario de diálogo, conviene también tener claro el alcance de lo que aquello significa. Ese diálogo no es ni debe ser unidireccional, entendiéndose que el desarrollo de la tutela de derechos no es patrimonio exclusivo de alguno de los actores involucrados. Implica crear un escenario de retroalimentación, legitimación mutua y protección multinivel. Allí también, y muy a despecho de una comprensión más bien literal de las pautas provenientes de la Convención de Viena, debe tenerse presente que el mismo Pacto de San José señala que sus disposiciones, así como la jurisprudencia de la Corte, tiene un rol complementario.

En ese sentido –como bien lo ha resaltado en más de una ocasión el actual presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Humberto Sierra Porto–, hay tener presente que la primera y principal responsabilidad de proteger los derechos corresponde a los diferentes organismos de cada uno de los Estados

parte de la Convención en general, donde las instituciones con funciones jurisdiccionales y sus altas cortes (tribunales constitucionales y cortes supremas) tienen un especial rol en particular.

Involucra también tener presente que la Corte Interamericana, al construir sus sentencias, debe hacerlo tomando en cuenta un enfoque amplio y flexible de las realidades de cada Estado involucrado. Ello, por cierto, no significa que los Estados puedan legítimamente alegar supuestas particularidades de cada uno de ellos para excluirse del cumplimiento de obligaciones que, en su momento, libre y voluntariamente aceptaron. Estos son asuntos centrales, sobre los cuales resulta oportuno conversar seriamente, máxime cuando se viene, entre otros aspectos, una importante reforma en la composición de la Corte Interamericana; y, además, cuando se constata la existencia de Estados en nuestro subcontinente que, sin necesidad de siquiera respetar los parámetros formalmente establecidos, buscan desentenderse de la competencia de la Corte o, al menos, cuestionan frontalmente la obligatoriedad de lo dispuesto por ella.

#### **4. Reflexiones finales**

Si tomamos en cuenta lo sucedido en estos últimos años en América Latina con relación a la convencionalización del derecho, podemos apreciar que es muy importante lo avanzado sobre el particular. Se constata así que se ha desarrollado una labor destinada a construir parámetros comunes al respecto, los cuales incluyen el control de convencionalidad; el intento de configurar una ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana concertada a través de las audiencias de seguimiento; y la consagración con claridad de lo que se quiere con cada sentencia, apuntando sentencias que buscan una reparación integral con medidas de satisfacción, medidas de rehabilitación, medidas de restitución y medidas de no repetición.

Ahora bien, también puede apreciarse que esa ya no es solamente una preocupación de la Corte o la Comisión Interamericana. Cada vez más encontramos en los diversos Estados parte de la Convención entidades cuya labor busca efectuarse en torno a la aplicación de parámetros convencionales de protección de derechos (o entendiendo esos parámetros como estándares mínimos, en tanto y en cuanto la normativa prevista en su Estado tutela más en detalle el derecho invocado) e incluso dejando de lado normativa que vaya en contra de la jurisprudencia convencional. La experiencia peruana, y el aporte hecho por entidades como su Tribunal Constitucional, es una buena demostración de este esfuerzo.

Sin embargo, bien puede constatarse que todavía existen muchos aspectos que precisar y varios riesgos que enfrentar al respecto. Ojalá entonces estas líneas sean útiles para una reflexión y posterior acción coordinada en la línea de promover la convencionalización buscada, resolviendo los posibles riesgos y problemas que sin duda alguna existen al respecto.



VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

**Eduardo Vio Grossi\* (Chile)**

## **Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿del control de convencionalidad a la supranacionalidad?\***

### **RESUMEN**

Este artículo presenta un análisis del control de convencionalidad a través de tres secciones: la definición conceptual, que aclara el significado que le ha dado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sus fundamentos en la Convención de Viena y el uso de las normas consuetudinarias que lo sustenta. En un segundo apartado se revisa la naturaleza del control de convencionalidad como mecanismo para evitar la responsabilidad internacional del Estado por la violación de una obligación establecida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Posteriormente se aborda lo respectivo al valor jurisprudencial del control de convencionalidad, especialmente las consecuencias jurídicas internacionales de leyes internas que violen las obligaciones contraídas al ratificar la Convención. En un cuarto título se señalan las limitaciones del control de convencionalidad y sus diferencias con el control de constitucionalidad, para finalmente dar paso a las conclusiones.

**Palabras clave:** sistema interamericano de derechos humanos, control de convencionalidad, responsabilidad internacional del Estado, supranacionalidad, jurisprudencia.

### **ZUSAMMENFASSUNG**

Der Beitrag nimmt in seinen drei Abschnitten eine Analyse der Kontrolle der Vertragskonformität vor. Zunächst erfolgt eine konzeptionelle Definition zur Klärung der Bedeutung, die ihr der Interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte gegeben

---

\* Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. [eduardo.vio.grossi@gmail.com](mailto:eduardo.vio.grossi@gmail.com).

\*\* Artículo elaborado a partir de lo expresado en la apertura del año académico de la VIII versión del Magister en Derecho de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 10 de abril de 2015.

hat, ihre Grundlage nach der Wiener Vertragsrechtskonvention und die Anwendung gewohnheitsrechtlicher Normen, durch die sie gestützt wird. Der zweite Abschnitt untersucht die Natur der Kontrolle der Vertragskonformität als ein Mechanismus, durch dessen Anwendung ein Staat seine völkerrechtliche Verantwortlichkeit für die Verletzung von in der Amerikanischen Menschenrechtskonvention niedergelegten Verpflichtungen vermeiden kann. Im Anschluss daran wird auf die Bedeutung der Rechtsprechung bei der Kontrolle der Vertragskonformität eingegangen, und zwar insbesondere auf die völkerrechtlichen Auswirkungen von nationalen Gesetzen, die durch die Ratifizierung der Konvention eingegangene Verpflichtungen verletzen. Im vierten Abschnitt werden die Grenzen der Kontrolle der Vertragskonformität und ihr Unterschied zur Normenkontrolle aufgezeigt. Einige Schlussfolgerungen runden den Beitrag ab.

**Schlagwörter:** Interamerikanisches System der Menschenrechte; Kontrolle der Vertragskonformität; völkerrechtliche Verantwortlichkeit des Staates; Supranationalität; Rechtsprechung.

## ABSTRACT

This article offers an analysis of conventionality control through the following three aspects: a definition of the concept which explains the meaning given to the term by the Inter-American Court of Human Rights, its roots in the Vienna Convention and the use of customary norms that underpin it. A second section examines the nature of conventionality control as a mechanism to avoid the State's international liability for failing to fulfill an obligation set out in the Inter-American Convention on Human Rights. We then study the value of court decisions on conventionality control, especially the international legal consequences of domestic laws which contravene the obligations undertaken by ratifying the Convention. A fourth section outlines the limitations of conventionality control and its differences with constitutionality control. We finally submit our conclusions.

**Keywords:** Inter-American human rights system, conventionality control; international liability of the State, supranational character, case law.

## Introducción

A partir del *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, fallado en 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte) ha venido incluyendo en aproximadamente 29 de sus fallos<sup>1</sup> el concepto de control de convencionalidad.

---

<sup>1</sup> Ver en este sentido, *Caso La Cantuta vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 162; *Caso Boyce y otros vs. Barbados*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2007, Serie C, núm.

Y así, en 2013, en una resolución sobre supervisión de cumplimiento de sentencia y de manera más extensa y detallada que en otras ocasiones, reiteró:

[E]s consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte en un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus

---

169; *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 12 de agosto de 2008, Serie C, núm. 186; *Caso Radilla Pacheco vs. México*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 209; *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C, núm. 214; *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C, núm. 215; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C, núm. 216; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de septiembre de 2010, Serie C, núm. 217; *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 218; *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 219; *Caso Gelman vs. Uruguay*, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, núm. 221; *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de julio de 2011, Serie C, núm. 227; *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de septiembre de 2011, Serie C, núm. 233; *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C, núm. 239; *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2012, Serie C, núm. 246; *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 4 de septiembre de 2012, Serie C, núm. 250; *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de octubre de 2012, Serie C, núm. 252; *Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2012, Serie C, núm. 253; *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 30 de noviembre de 2012, Serie C, núm. 259; *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 14 de mayo de 2013, Serie C, núm. 260; *Caso Mémoli vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de agosto de 2013, Serie C, núm. 265; *Caso Gutiérrez y Familia vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2013, Serie C, núm. 271; *Caso García Cruz y Sánchez Silvestre vs. México*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2013, Serie C, núm. 273; *Caso J. vs. Perú*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2013, Serie C, núm. 275; *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de enero de 2014, Serie C, núm. 276; *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de mayo de 2014, Serie C, núm. 279; *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de agosto de 2014, Serie C, núm. 282, y *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 14 de octubre de 2014, Serie C, núm. 285.

jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales. Es decir, todas las autoridades estatales, están en la obligación de ejercer ex officio un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.<sup>2</sup>

De modo, pues, que se está en presencia de una línea jurisprudencial que, aunque constante, aún se encontraría en desarrollo. Y es precisamente por esta última posibilidad que surge la interrogante, desde la perspectiva del derecho internacional público, acerca de la dirección que podría estar tomando esa tendencia jurisprudencial. ¿Hacia dónde se encamina la jurisprudencia de la Corte?, ¿está señalando que el derecho internacional, y especialmente el de los derechos humanos, reconoce el carácter vinculante o eficacia de sus sentencias en el interior del Estado, incluso sin la intervención de un órgano de este?, es decir, ¿está afirmando que el derecho internacional, y, particularmente, el de los derechos humanos, le reconoce la naturaleza de supranacional al estilo europeo, lo que, sin duda y pese a lo que se expresa en discursos, sería inédito en la región?

## 1. Concepto del control de convencionalidad

El control de convencionalidad consiste, de acuerdo con la Corte, en determinar la conformidad o contradicción “entre las normas internas y la Convención” Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la Convención).

El fundamento de dicho control se encuentra, según lo afirmó la Corte ya en 1994<sup>3</sup> y reiterado posteriormente, en los artículos 26, primera frase del 27 y 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, instrumento este que refleja también a la costumbre en la materia.

El primer artículo indicado dispone que: “Pacta sunt servanda. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

<sup>2</sup> Cf. *Caso Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, párr. 66.

<sup>3</sup> Cf. *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A, núm. 14, párr. 35.

El segundo señala: “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

Y el tercero indica: “Regla general de interpretación. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

Es procedente señalar, asimismo, que la Corte no ha invocado expresamente el artículo 29 de la mencionada Convención de Viena para fundamentar el control de convencionalidad, pese a que es evidente que subyace en lo que al respecto ha afirmado. Esta norma manifiesta: “Ámbito territorial de los tratados. Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo”.

Por otra parte, la Corte tampoco ha recurrido de manera explícita a las normas consuetudinarias que sustentan el control de convencionalidad, aunque sí lo ha hecho de manera implícita, como se indicará más adelante. Dichas normas se encuentran en los *Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos*, documento preparado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y anexados a la correspondiente Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas.<sup>4</sup>

De las referidas normas consuetudinarias, aquí interesan, para los efectos del control de convencionalidad, las siguientes:

Artículo 1: Responsabilidad del Estado por sus hechos internacionalmente ilícitos. Todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad internacional.

Artículo 2: Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado. Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión:

Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y

Constituye una violación de una obligación internacional del Estado.

Artículo 3: Calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito. La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno.

[...]

Artículo 4: Comportamiento de los órganos del Estado. 1. Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo

<sup>4</sup> Resolución aprobada por la Asamblea General [*sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/56/589 y Corr.1)*] 56/83, Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, 85ª sesión plenaria de 12 de diciembre de 2001, y Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 10 y correcciones (A/56/10 y Corr. 1 y 2).

órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado.

2. Se entenderá que órgano incluye toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado.

Al tenor de lo contemplado en las normas transcritas, tanto convencionales como consuetudinarias, el Estado parte de un tratado, cualquiera que sea, debe interpretarlo y aplicarlo de buena fe a fin de que efectivamente tenga efecto útil; esto es, sobre la base o supuesto de que lo ha suscrito y ratificado para que realmente produzca sus efectos jurídicos en todo su territorio, que ello deben hacerlo todos sus órganos, sean ejecutivos, legislativos o judiciales, centrales o de unidades territoriales, centralizados o descentralizados, dependientes o autónomos y que, obviamente en el ámbito internacional, no puede hacer prevalecer su derecho nacional sobre aquel. Y de allí parecería que se desprende la obligatoriedad y aun la eficacia del tratado en el orden interno del Estado parte del mismo.

Como se deduce claramente de las normas transcritas, lo que disponen es aplicable a todo tratado y no únicamente a la Convención. Esto es, el control de convencionalidad sustentado en tales disposiciones propias del derecho internacional general procede, por ende, respecto de todo tratado vigente para un Estado. Y lo es también en cuanto a la Convención, precisamente, por ser un tratado.

Asimismo, cabe tener presente que esas disposiciones no tienen por propósito otorgarle al tratado de que se trate una jerarquía y eficacia en el orden doméstico, sino que simplemente establecen las obligaciones internacionales contraídas por el Estado parte en lo referido a su obligatoriedad y cumplimiento de buena fe, a su ámbito de aplicación y a su interpretación.

Es en ese sentido, por ende, que debe entenderse la afirmación de la Corte en orden a que todos los órganos están obligados “a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales”.<sup>5</sup>

No señala, entonces, que la Convención está dotada de una jerarquía superior a toda norma del derecho nacional del Estado de que se trate. Simplemente afirma que todos los órganos de este deben “velar” por que aquella se cumpla, vale decir, observar atentamente o cuidar solícitamente que ello acontezca.

Ahora bien, la Corte asimismo indica que la especificidad del control de convencionalidad, en lo que se refiere a su relación con la Convención, radica particularmente en lo prescrito en sus artículos 1.1 y 2. El primero establece: “Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades

---

<sup>5</sup> Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, cit.

reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Y el segundo prescribe: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Es decir, mientras la primera disposición consagra, como obligaciones de resultado, los deberes de respeto y de garantía que el Estado parte de la Convención contrae, la segunda contempla, como obligación de comportamiento, la de adecuar el ordenamiento jurídico nacional a lo prescrito en la Constitución, incluyendo en ello no solo medidas legislativas, sino también las de otro carácter. Esto es, tales normas convencionales tampoco consagran una jerarquía entre la Convención y el derecho interno del respectivo Estado ni determinan la eficacia de aquella en el ámbito doméstico de este último, sino sencillamente establecen las obligaciones internacionales de respeto, de garantía y de adecuación de su ordenamiento jurídico interno, que el Estado parte de la Convención contrae en lo concerniente a los derechos humanos.

De todo lo expuesto se puede concluir que, en lo referente a la Convención, el control de convencionalidad consiste en la constatación que todo órgano del Estado debe hacer, en cada caso que conozca o que deba resolver, de la conformidad de la conducta estatal con la Convención y de esa forma permitir, si ello es posible, que esta produzca todos sus efectos jurídicos.

## **2. El control de convencionalidad, mecanismo para evitar la responsabilidad internacional del Estado**

Ahora bien, por otra parte y como se anunció precedentemente, la Corte también ha aludido a la responsabilidad internacional del Estado como fundamento del control de convencionalidad. Es lo que viene señalando en orden a que “es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, [...] que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana”<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Cf. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 154, párr. 123.

De esa forma, aunque lo califica como “principio”, la Corte sigue, aunque no lo exprese, lo establecido por las normas consuetudinarias específicamente referidas a la “Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos” antes mencionadas.

De lo sostenido por la Corte y de las disposiciones consuetudinarias evocadas, resulta, en consecuencia, que la finalidad perseguida con el control de convencionalidad no es la de hacer prevalecer la Convención por sobre el derecho interno en el ámbito nacional del Estado parte de la Convención, sino más bien que esta y aquel sean interpretados armoniosamente por sus órganos, de suerte tal de no hacer incurrir a dicho Estado en responsabilidad internacional.

Lo sostenido se compadece con lo dispuesto por el artículo 33 de la Convención: “Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes en esta Convención: a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión, y b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte”.

Y es que dichos órganos deben actuar cuando se pretende precisamente hacer efectiva la responsabilidad del Estado en los casos en que no ha sido posible adecuar la conducta estatal con la Convención, es decir, cuando aquel no ha cumplido los compromisos internacionales que contrajo al ser parte de aquella. El artículo 62.3 de la Convención apunta exactamente en esa dirección cuando dispone: “La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial”.

Esta disposición no señala, ni ninguna otra tampoco, que la Convención prevalece sobre el derecho interno del Estado parte en la respectiva causa. Solo establece la fuente normativa sobre la que la Corte debe fallar, es decir, de acuerdo con lo prescrito en la Convención. Es, además, por ese motivo que la Corte no debe ni puede ser percibida como una “cuarta instancia”, pues si lo fuese, debería fallar conforme, además de la Convención, al derecho nacional del correspondiente Estado, lo que no le es permitido.

Y es por la misma razón, esto es, porque resuelve acorde a lo que mandata la Convención, que la jurisdicción interamericana es, según los términos que emplea el segundo párrafo de su Preámbulo, “coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”, de lo que se colige que, según su artículo 46.1.a), para poder accionar ante la jurisdicción interamericana es menester “que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos”, salvo que, siempre de acuerdo con el artículo 46.2 de la Convención:

- a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados;



- b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y
- c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

Es decir, la jurisdicción interamericana y en lo que aquí interesa, especialmente la Corte, solo puede operar en el evento de que el Estado respectivo, por la acción u omisión de cualquiera de sus órganos y luego de conocer y resolver todos los recursos, sean judiciales, administrativos o de otro orden, que se hayan interpuesto para dejar sin efecto tal hecho, haya violado una obligación prevista en la Convención, incurriendo, entonces, en responsabilidad internacional, la que se pretende hacer efectiva precisamente accionando ante la jurisdicción interamericana.

Es por tal razón que el artículo 63.1 de la Convención dispone: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

Esta última disposición no indica que la Corte, una vez que ha comprobado la violación de una obligación establecida en la Convención, garantice el goce del derecho conculcado, que repare las consecuencias de la violación del respectivo derecho o que pague la indemnización que corresponda; sino que expresa que, en tal eventualidad, debe disponer que todo ello se lleve a cabo por el Estado parte en la correspondiente causa. La norma transcrita consagra, por lo tanto, aunque de manera más breve, lo previsto en los ya aludidos artículos sobre “la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”.<sup>7</sup>

Dicho en otros términos, el ámbito de vigencia de la Convención es el internacional; si bien ella consagra derechos de las personas frente al Estado, las presuntas violaciones de las consecuentes obligaciones que este contrae en su virtud se reclaman ante instancias interamericanas. Y, habida cuenta de lo que puede ordenar la Corte cuando ha constatado dichas violaciones, se puede concluir, una vez más, que norma alguna de la misma establece su jerarquía en el orden interno respecto del derecho nacional del correspondiente Estado parte o con su eficacia en el ámbito interno, sino que sus disposiciones se refieren exclusivamente a las consecuencias que, en el ámbito internacional, tiene o produce dicha violación.

Lo dispuesto en las normas convencionales mencionadas y lo antes expresado al respecto se condice perfectamente con lo prescrito en el artículo 68 de la Convención, que señala: “1. Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. 2. La parte del fallo que

---

<sup>7</sup> Cf. Resolución aprobada por la Asamblea General [*sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/56/589 y Corr.1)*] 56/83, Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, cit.

disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”.

Este artículo sigue, entonces, la tendencia general en derecho internacional público de dejar el cumplimiento de lo que resuelvan los tribunales internacionales “al honor de las naciones”.

Procede resaltar que la Convención establece, como obligación de resultado, el cumplimiento de la sentencia de la Corte por parte del Estado concernido, dejando a su criterio la forma de hacerlo. Al respecto, no incluye pues ninguna obligación de comportamiento. Y si bien en lo que atañe al cobro y pago de la eventual indemnización que imponga el pertinente fallo, contempla la facultad de dicho Estado, no la obligación, de emplear su procedimiento interno para la ejecución de las sentencias en su contra, lo hace, sin embargo, reconociéndole competencia de fijar el citado procedimiento.

Es decir, el cumplimiento de lo resuelto por la Corte no le corresponde a ella sino al Estado parte de la causa en que se dictó la sentencia correspondiente. Es lo que prescribe la disposición citada. Ella no dispone que la Corte ejecute el fallo. Tampoco contempla la posibilidad de que otro órgano internacional haga cumplir lo resuelto, como ocurre, por ejemplo, con la posibilidad de intervención del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas en lo relativo a las sentencias incumplidas de la Corte Internacional de Justicia.<sup>8</sup>

Menos aún se puede encontrar en la Convención una disposición que establezca que las personas pueden accionar ante los tribunales nacionales u otros órganos estatales, en vista del incumplimiento del fallo. Ellas pueden reclamarlo ante las autoridades políticas y como una acción de naturaleza política, en ejercicio del derecho de petición, pero la Convención no les ha reconocido el derecho de accionar directamente ante los tribunales internos respecto de lo fallado por la Corte.

Por el contrario, la Convención le entrega al Estado el cumplimiento del fallo y él se compromete a ello, por lo que si no cumple, sencillamente contrae nuevamente responsabilidad internacional.

Es, entonces, responsabilidad del mencionado Estado, y no de la Corte, dar debido y oportuno cumplimiento a lo resuelto por esta. Y es precisamente por ello que son los respectivos Estados los que deben dar cuenta de las 158 sentencias, entre las aproximadamente 200 que la Corte ha pronunciado, que a diciembre del 2014 se encontraban bajo supervisión de cumplimiento, esto es, que no se habían cumplido plena o totalmente, lo que es una demostración más, por lo demás, de que dichas sentencias no tienen eficacia directa e inmediata en los Estados partes de la Convención.

---

<sup>8</sup> Cf. Carta de las Naciones Unidas, artículo 94.2.

Consecuente con lo dispuesto en la Convención sobre este particular, lo que más puede hacer la Corte, por lo demás, según su Reglamento,<sup>9</sup> en lo que concierne al cumplimiento de sus sentencias, es supervisar si eso ha ocurrido para, llegado el caso y de conformidad con lo previsto en el artículo 65 de la Convención, señalarlo en el informe anual que debe someter a la Asamblea General de la OEA sobre su labor en el año anterior: “[D]e manera especial y con las recomendaciones pertinentes, [...] los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos”.

Este artículo importa, de manera inequívoca, que, en definitiva, el cumplimiento de las sentencias de la Corte es un asunto de orden político, vale decir, si ellas no se acatan, es la Asamblea General de la OEA la que debe adoptar las medidas que estime procedentes y necesarias, las que pueden ser recomendadas por la propia Corte.

Y lo anterior avala también lo ya señalado en cuanto a que la Convención no contiene disposición alguna que establezca que las sentencias de la Corte tienen eficacia directa en el Estado parte de la causa pertinente, sin intervención de alguno de sus órganos, puesto que, si no cumple un fallo, la responsabilidad internacional consecuente no es ni siquiera hecha valer por la Corte, sino que tendría que serlo por parte de la Asamblea General de la OEA.

A todo lo anterior habría que añadir que si la Convención hubiese establecido su superioridad jerárquica por sobre el derecho nacional del Estado parte de la misma y la eficacia o ejecutoriedad inmediata o directa de las sentencias de la Corte en el orden interno de este último, lo que, se insiste, no ha hecho, no hubiese sido necesario que dispusiera, como lo hace, que el Estado se compromete a cumplir lo resuelto por aquella. Hubiese bastado una norma estableciendo tal eficacia para que se pudiese invocar en el correspondiente ámbito doméstico de dicho Estado, la ejecución de la pertinente sentencia, sin necesidad de intervención alguna de ninguno de sus órganos. Estos estarían, en virtud de lo contemplado en la Convención, directamente obligados por lo fallado por la Corte.

En consecuencia, de todo ello lógicamente se desprende que el control de convencionalidad, si bien no responde a una superioridad jerárquica de la Convención en el orden nacional del correspondiente Estado ni establece la eficacia de las sentencias de la Corte en este último, viene a ser un adecuado mecanismo, concebido por la jurisprudencia de la Corte, para evitar que dicho Estado incurra, por acciones u omisiones en su orden interno, en responsabilidad internacional por la violación de una obligación establecida en la Convención.

Es, pues, en tal sentido que evidentemente el control de convencionalidad invocado jurisprudencialmente por la Corte constituye un avance en el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos aplicable en América.

---

<sup>9</sup> Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por la Corte en su LXXXV período ordinario de sesiones, celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009, artículo 63.

### 3. El valor jurisprudencial del control de convencionalidad

En suma, el meollo de la cuestión no consiste, por lo tanto, en determinar, en lo que concierne a la Convención y, en particular, a las sentencias de la Corte, la primacía o jerarquía en el ámbito interno del derecho internacional por sobre el derecho nacional. Como la propia Corte señaló en 1994 con relación a los efectos jurídicos de una ley que manifiestamente viole las obligaciones contraídas por el Estado al ratificar la Convención, “no le corresponde a la Corte pronunciarse sobre los mismos en el orden interno del Estado interesado. Esa determinación compete de manera exclusiva a los tribunales nacionales y debe ser resuelta conforme a su propio derecho”.<sup>10</sup>

El problema se presenta con respecto a las consecuencias jurídicas internacionales que se derivan o pueden desprenderse de la relación, en el ámbito doméstico, entre la Convención y el derecho interno del respectivo Estado y a ello apunta el control de convencionalidad. Sobre el particular, la Corte ha distinguido dos situaciones. La primera, relativa a la ejecución de sus sentencias. Así, ha afirmado:

[C]uando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos [...] a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las [...] decisiones de la Corte Interamericana no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia.<sup>11</sup>

Lo que la Corte expresa al efecto corresponde a la tradicional doctrina en la materia, es decir que el Estado y, por lo mismo, evidentemente todos sus órganos en tanto lo representan o pueden comprometer internacionalmente, está internacionalmente obligado a cumplir lo fallado en la correspondiente causa. La Corte no afirma que ello lo sea porque la Convención haya consagrado su supremacía, en el ámbito doméstico, por sobre el derecho interno del pertinente Estado. Tampoco afirma que lo que resuelva tiene plena eficacia en dicho ámbito. Lo sostiene porque dicho Estado se comprometió internacionalmente a ello, conforme lo prevé el ya transcrito artículo 68 de la Convención. En rigor, por lo demás, en esta situación no es tanto el control de convencionalidad lo que interesa, sino la forma o manera de

<sup>10</sup> Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, cit., párr. 34.

<sup>11</sup> Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, cit., párr. 68.

hacer efectiva la responsabilidad del Estado decretada por la Corte en la causa de que se trate y ello en atención a que la sentencia de la Corte obviamente es obligatoria o vinculante para el Estado parte en la causa que se pronunció.

Por otra parte, la Corte también se ha referido a la segunda situación, señalando:

[E]n situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana.<sup>12</sup>

Esto es, tratándose de asuntos aún no sometidos a conocimiento y resolución de la jurisdicción interamericana, la Corte visualiza el control de convencionalidad como un mecanismo de carácter preventivo, en tanto su finalidad es la de evitar, en cuanto sea posible, que el Estado incurra en responsabilidad internacional por violación de una obligación establecida en la Convención.

Es eso lo que la Corte expresa cuando indica que el control de convencionalidad “obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones a derechos humanos, las cuales deben solucionarse a nivel interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, solo en caso contrario, pueden ser considerados por ésta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad”.<sup>13</sup>

Con lo transcrito, la Corte no está señalando que sus sentencias son obligatorias también para los Estados, que siendo partes de la Convención, no lo son, sin embargo, de las causas que en ella recayeron. Y no lo indica, puesto que la Corte no podría otorgarle a su propia jurisprudencia alcance vinculante más allá de la causa en que emite la sentencia correspondiente y del Estado parte de la misma y eso en mérito, por una parte, de lo dispuesto expresamente en el ya referido artículo 68 de

---

<sup>12</sup> *Ibid.*, párr. 69.

<sup>13</sup> Artículo 38.1.d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia anexo a la Carta de las Naciones Unidas: “La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar [...] las decisiones judiciales [...] como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59”. Ver también, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, párr. 72.

la Convención, en el que se indica que el citado Estado es el que se compromete a cumplir lo fallado y, por otra parte, que en disposición alguna de la Convención se establece, ni aun indirecta o implícitamente, que la sentencia también obliga a los demás Estados partes de la Convención pero no del pertinente proceso. De suerte, pues, que, en este aspecto, la Corte sigue la tendencia general en la doctrina y jurisprudencia internacional en cuanto a que “[l]a decisión de la Corte no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”.<sup>14</sup>

Además, se debe considerar que el valor que la doctrina y jurisprudencia internacionales conceden en general a esta última es un efecto no vinculante respecto de los mencionados Estados, debido precisamente a su naturaleza a saber, ser fuente o “medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”.<sup>15</sup> Por lo mismo, ella no crea a estas últimas, únicamente las determina o precisa cuáles son y las interpreta, y por ello no basta por sí sola para decidir en una controversia, sino que es menester, para tal propósito, acudir a una fuente convencional, consuetudinaria, a un principio general de derecho y, cuando proceda, a un acto jurídico unilateral y, a partir de allí, determinar e interpretar la norma que de ese modo se crea.

Lo afirmado por la Corte significa más bien, en consecuencia, que si no se cumple con lo resuelto en los casos sometidos a su conocimiento, si se viola la Convención, se corre el riesgo de que se le requiera que haga efectiva tal responsabilidad internacional, para todo lo cual el control de convencionalidad es un novedoso, útil y práctico mecanismo que permite comprobar la conformidad de lo actuado por el Estado o alguno de sus órganos con lo resuelto en la sentencia correspondiente, en el primer caso, o con la Convención, en el segundo.

Sin embargo, la Corte no llega a afirmar lo que, a su juicio, sucede en el orden doméstico en la eventualidad de que, como resultado del ejercicio del control de convencionalidad, resuelva de una forma diferente a lo establecido en esta pertinente sentencia o en la Convención. En otros términos, no indica lo que acontece en el orden interno si lo resuelto por el Estado en virtud de la aplicación del control de legalidad o aun de constitucionalidad, difiere de lo que se desprenda del control de convencionalidad.

La interrogante que provoca ese silencio jurisprudencial se ve acrecentada en la medida en que la propia Corte, junto con afirmar que todos los órganos del Estado parte de la Convención deben “velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin”,<sup>16</sup> ha expresado que “es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en

---

<sup>14</sup> Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 59.

<sup>15</sup> *Ibid.*, artículo 38.1.d).

<sup>16</sup> Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, cit.

el ordenamiento jurídico<sup>17</sup> y que el control de convencionalidad *ex officio* debe ser ejercido por ellas “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”.<sup>18</sup>

Es decir, en estas afirmaciones, la jurisprudencia de la Corte reconoce que el control de convencionalidad debe ser efectuado respetando las disposiciones vigentes del ordenamiento jurídico interno o nacional y las competencias y regulaciones procesales que establezca el mismo.

Esa conclusión se refleja más nítidamente cuando la Corte, al recordar en algunos de sus fallos que tribunales de Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Guatemala, México, Panamá, Perú y República Dominicana han reconocido la obligatoriedad de sus sentencias, lo ha hecho señalando también que tal efecto lo ordenan sus respectivas constituciones y no porque lo disponga la Convención.<sup>19</sup> La fuente de la obligatoriedad y aun supremacía de la Convención y, consecuentemente, de las sentencias de la Corte, no es, entonces, aquella o estas, sino la correspondiente Constitución. Esta, por tanto, al ser la que establece el valor de la Convención en el orden interno, valorización que lógicamente podría alterar cuando lo estime, tendría, en dicho ámbito y en los casos de los países recién mencionados, la jerarquía superior en la escala normativa.

Incluso el concepto de *ius constitutionale commune* refleja dicha idea, en la medida en que implica que los ordenamientos constitucionales incorporan al correspondiente derecho constitucional normas del derecho internacional o le asignan su valor en el orden doméstico y en que lo que se persigue, en definitiva, no es el reconocimiento de la supremacía del derecho internacional en razón de así señalarlo una norma internacional, sino que los Estados tengan un sistema constitucional similar en esta materia y que así se facilite que todos apliquen disposiciones similares que, sin embargo, continuarán siendo siempre del orden constitucional doméstico.

Es decir, la Corte, junto con indicar que todos los órganos del correspondiente Estado deben cumplir con la Convención, velando para que los efectos de sus disposiciones “no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin”, constata que los órganos del correspondiente Estado y particularmente sus tribunales deben respetar lo que disponga el ordenamiento jurídico nacional, aunque ello pueda acarrear responsabilidad internacional para el correspondiente Estado.

Así se puede sostener, en consecuencia, que la Corte no abandona del todo la postura tradicional del derecho internacional, en orden a que cada Estado soberanamente determina si se acoge el dualismo o el monismo y, en el evento de optar por este último, si lo hace con supremacía del derecho interno o con supremacía del derecho internacional.

---

<sup>17</sup> *Idem.*

<sup>18</sup> *Idem.*

<sup>19</sup> *Ibid.*, párrs. 74 a 85.

En síntesis, la jurisprudencia de la Corte no resuelve el problema que se presenta para el órgano interno, particularmente si se trata de un tribunal, cuando, ejerciendo el control de convencionalidad, llega a la conclusión de que lo ordenado por la respectiva sentencia de la Corte o por lo dispuesto en la propia Convención, se contraponen con lo ordenado por la constitución de su Estado.

#### 4. Las limitaciones del control de convencionalidad

Entonces, procede entender lo que ha expresado la Corte en el sentido de que aún permanece, en lo que se refiere a esta materia y tal como lo afirmó en 1994,<sup>20</sup> en el ámbito que le es propio, el internacional, esto es, limitándose a ejercer su competencia, cual es la de interpretar y aplicar la Convención, no abordando, al menos directamente o sin ambages, el problema de la primacía de esta en el ordenamiento jurídico interno de los Estados, sino tan solo limitándose a señalar lo que los órganos del Estado deben hacer para evitar que este viole una obligación establecida en aquella e incurra, consecuentemente, en responsabilidad internacional.

Y no podría ser de otra manera tratándose del control de convencionalidad, puesto que, en rigor, este instrumento no puede tener el mismo efecto que el instrumento del que al parecer se ha pretendido extraer o asimilar, a saber, el control de constitucionalidad. El control de convencionalidad no puede tener el mismo efecto que este último en la medida en que cada uno sirve de instrumento en una estructura jurídica distinta.

Efectivamente, el control de constitucionalidad tiene lugar y se sustenta en la estructura del Estado, que responde más bien al tipo de orden denominado organización, es decir, un orden establecido previamente a la realidad ordenada y en donde sus normas son jerarquizadas. Ese tipo de orden se expresa precisamente en la Constitución, sobre la que, lógicamente, no hay norma superior. El control de constitucionalidad es el instrumento lógico para resguardar esa supremacía, esto es, la jerarquía de la Constitución con relación a las demás normas. Todo lo que la contravenga se deja sin efecto o anula.

El control de convencionalidad dice relación con la sociedad internacional que, en cambio, corresponde al tipo de orden conocido como ordenación, donde la realidad ordenada emerge de la *praxis*. No hay en la ordenación un plan previo que se trata de implantar. Lo que ocurre es que la realidad se impone por sí misma y de allí emerge la estructura de la sociedad internacional y eso en mérito de que la soberanía sigue siendo, pese a las limitaciones que ha sufrido, su pilar fundamental. Y por lo mismo, no hay jerarquía normativa, aunque sí una prelación para aplicación de normas y disposiciones que no pueden ser modificadas sino por otras de igual carácter, vale decir, normas *jus cogens*. De modo, pues, que no es factible ejercer un control que garantice la supremacía de una norma sobre otra, pues en derecho

---

<sup>20</sup> Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, cit.



internacional no hay un tratado con valor en el ámbito internacional equivalente al de la constitución en el orden interno.

Pero, además no hay que olvidar que tampoco existe una norma internacional general que establezca la supremacía, en el ámbito doméstico, del derecho internacional por sobre el derecho nacional. Tampoco la Convención contempla una norma en ese sentido. Por eso, la obligación de adecuar las normas internas para el efectivo respeto de los derechos humanos no puede ser interpretada como supremacía automática de esta última en el orden nacional, sino únicamente como el establecimiento de una obligación internacional de comportamiento, de hacer, del Estado.

En suma, si el control de convencionalidad es impensable o impracticable en el orden jurídico internacional, también parecería serlo en el orden interno en cuanto no podría lograr o alcanzar el objetivo que se pretendería, es decir, uno equivalente al del control de constitucionalidad, dado que, siempre y en última instancia, todavía hoy, dicha preeminencia la determina soberanamente cada Estado, radicándola en su Constitución, que es entonces la que determina el valor, en el orden nacional, de la Convención y demás normas de derecho internacional.

## 5. Conclusiones

Estas reflexiones procuran que el sistema interamericano de derechos humanos no sea entendido por lo que se desea que sea, sino por lo que jurídicamente realmente es, y así se logre efectivamente el objeto y fin de la Convención, cual es el pronto y efectivo restablecimiento del respeto de los derechos humanos por parte del Estado de que se trate y, además, se aliente la adhesión de otros Estados a ella.

En suma, en lo que se refiere a los derechos humanos, transformar por la vía jurisprudencial el control de convencionalidad en un instrumento más acorde con la supranacionalidad, en donde, por tanto, se produciría una transferencia de competencias de la esfera nacional a la internacional, dejando la primera de tenerla en beneficio de la segunda y, consecuentemente, siendo efectivamente vinculante de manera directa en el orden interno lo dispuesto en el internacional, implicaría que la jurisdicción interamericana no sería coadyuvante o complementaria de la interna, sino sustitutiva de la misma o una “cuarta instancia”.

Y también, por lo tanto, tal hipótesis significaría no solo despojar de sentido a la regla del previo agotamiento de los recursos internos, sino también negar la facultad del respectivo Estado de “cumplir la decisión de la Corte”, por el medio que estime conveniente o esté contemplado en su legislación.

Por esas razones, establecer internacionalmente la supranacionalidad de la Convención y de las sentencias de la Corte, si es lo que se desea, requeriría, más que un acto jurisprudencial, una expresa e inequívoca decisión de quienes disponen del *jus tractatum*. La legitimidad de una transformación de tal envergadura precisaría de una fuente, no auxiliar como la jurisprudencia, que, en los términos del artículo 38.1.d del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, únicamente “determine las

reglas de derecho”, sino una fuente que sirva o baste por sí sola para “decidir conforme al derecho internacional” las pertinentes controversias.

Y este condicionamiento es más evidente aún tratándose de Estados obligados a ejercer efectivamente la democracia, como acontece con los Estados americanos de acuerdo con lo dispuesto en la Carta Democrática Interamericana, que interpreta lo previsto en la Carta de la Organización de los Estados Americanos<sup>21</sup> y en la Convención.<sup>22</sup> No resulta lo más apropiado, por lo tanto, que, en un asunto de la relevancia del que se ha abordado, la función jurisdiccional reemplace a la normativa. La legitimidad de la norma internacional debe provenir, en definitiva, de las instancias a las que se le ha dotado de las funciones y facultades correspondientes.

Es por tal razón que en estas líneas se ha recurrido, quizás de manera abusiva, al tenor literal de las disposiciones internacionales que se consideran aplicables, ya que en ocasiones suelen ser sumergidas en las extensas argumentaciones interpretativas, referidas principalmente, por lo demás, a lo que ya ha expresado la propia jurisprudencia, como si ella fuese suficiente por sí sola para crear la norma de derecho, y olvidándose lo que se interpreta. Se ha procedido así, por lo tanto, no por un afán positivista, sino para resaltar, por una parte, que los derechos humanos forman parte del derecho internacional público y, en último término, del derecho; y, por otra parte, porque la Convención debe ser interpretada, “de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”, esto es, armonizando todos esos elementos y no solo acorde a uno de esos factores o especialmente al último.

También se ha actuado de la forma que se ha hecho en mérito de que de lo que se trata, en lo que a la Corte se refiere, no es de promover y defender los derechos humanos, importantísima tarea asignada convencionalmente a la Comisión,<sup>23</sup> sino impartir justicia en materia de derechos humanos interpretando y aplicando la Convención;<sup>24</sup> es decir, un tratado, en cuya base se encuentra la voluntad de sus Estados partes, que es lo que garantiza su vigencia y, en definitiva, el pleno respeto de los derechos humanos, función que la Corte no puede sustituir *per se*. El adecuado ejercicio de sus competencias por parte de los órganos interamericanos, tal como ellas han sido establecidas en la Convención, es, por un lado, la mejor garantía para el debido respeto de los derechos humanos y, en lo que se refiere más particularmente a la Corte, para lograr su pronto restablecimiento cuando estos han sido trasgredidos; y, por el otro lado, el mecanismo para que se puedan detectar las debilidades del sistema interamericano de derechos humanos y, consecuentemente, los Estados partes de la Convención puedan adoptar las medidas para perfeccionarlo.

---

<sup>21</sup> Preámbulo de la Carta Democrática Interamericana, aprobada por Resolución del 11 de septiembre de 2001, de la Asamblea General Extraordinaria de la Organización de los Estados Americanos, Lima Perú, párrafo 1.

<sup>22</sup> *Ibid.*, párr. 8.

<sup>23</sup> Convención IDH, artículo 41.

<sup>24</sup> *Ibid.*, artículo 62.3.

## Bibliografía

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Resolución 56/83 de 12 de diciembre de 2001.

CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS.

CORTE IDH, *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A, núm. 14.

\_\_\_\_\_, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C, núm. 154.

\_\_\_\_\_, *Caso La Cantuta vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 162.

\_\_\_\_\_, *Caso Boyce y otros vs. Barbados*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2007, Serie C, núm. 169.

\_\_\_\_\_, *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 12 de agosto de 2008, Serie C, núm. 186.

\_\_\_\_\_, *Caso Radilla Pacheco vs. México*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C, núm. 209.

\_\_\_\_\_, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C, núm. 214.

\_\_\_\_\_, *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de agosto de 2010.

\_\_\_\_\_, *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2010.

\_\_\_\_\_, *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de septiembre de 2010, Serie C, núm. 217.

\_\_\_\_\_, *Caso Vélez Loor vs. Panamá*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 218.

\_\_\_\_\_, *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C, núm. 219.

\_\_\_\_\_, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, núm. 221.

\_\_\_\_\_, *Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de julio de 2011, Serie C, núm. 227.

\_\_\_\_\_, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Serie C, núm. 239.

\_\_\_\_\_, *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2012, Serie C, núm. 246.

\_\_\_\_\_, *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 4 de septiembre de 2012, Serie C, núm. 250.

- \_\_\_\_\_, *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de noviembre de 2012, Serie C, núm. 253.
- \_\_\_\_\_, *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 30 de noviembre de 2012, Serie C, núm. 259.
- \_\_\_\_\_, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Sentencia de 20 de marzo de 2013.
- \_\_\_\_\_, *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 14 de mayo de 2013, Serie C, núm. 260.
- \_\_\_\_\_, *Caso Mémoli vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de agosto de 2013, Serie C, núm. 265.
- \_\_\_\_\_, *Caso Gutiérrez y Familia vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2013, Serie C, núm. 271.
- \_\_\_\_\_, *Caso García Cruz y Sánchez Silvestre vs. México*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2013, Serie C, núm. 273.
- \_\_\_\_\_, *Caso J. vs. Perú*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2013, Serie C, núm. 275.
- \_\_\_\_\_, *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de enero de 2014, Serie C, núm. 276.
- \_\_\_\_\_, *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de mayo de 2014, Serie C, núm. 279.
- \_\_\_\_\_, *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de agosto de 2014, Serie C, núm. 282.
- \_\_\_\_\_, *Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 14 de octubre de 2014, Serie C, núm. 285.
- \_\_\_\_\_, *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A, núm. 14.
- ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, Anexo a la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, 26 de junio de 1945.
- PREÁMBULO DE LA CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA, aprobada por Resolución del 11 de septiembre de 2001, de la Asamblea General Extraordinaria de la Organización de los Estados Americanos, Lima, Perú.
- REGLAMENTO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, aprobado por la Corte en su LXXXV período ordinario de sesiones, celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

**Danilo Rojas Betancourth\* (Colombia)**

## **Control de convencionalidad en Colombia. Entre el control de la Convención y su aplicación**

### **RESUMEN**

En el presente escrito quisiera responder tres preguntas no necesariamente en el orden que se indica: (i) ¿En qué sentido debe afirmarse que hay control de convencionalidad en Colombia? (ii) ¿Qué ha propiciado dicho control en Colombia? Y (iii) ¿qué debe corregirse del control de convencionalidad a propósito de las instituciones y las prácticas colombianas? La propagación cada vez mayor de la doctrina del control puede llevar a pensar que las preguntas formuladas, si bien tienen su laboratorio en el caso colombiano, pueden ser leídas como tendencias que se siguen en otros países miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y sujetos a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), o como insumos para un ejercicio de derecho comparado.

**Palabras clave:** control de convencionalidad, doctrina del control, jueces, Corte Constitucional.

### **ZUSAMMENFASSUNG**

Im vorliegenden Beitrag wird der Versuch unternommen, Antworten auf die folgenden Fragen - nicht notwendigerweise in der angegebenen Reihenfolge - zu geben: (i) Inwiefern trifft die Feststellung zu, dass in Kolumbien eine Kontrolle der Vertragskonformität erfolgt? (ii) Worauf ist diese Kontrolle zurückzuführen? (iii) Wo besteht im Hinblick auf die kolumbianischen Institutionen und Praktiken Änderungsbedarf bei der Kontrolle der Vertragskonformität? Die zunehmende Verbreitung der Kontrolldoktrin lässt die Vermutung zu, dass die genannten Fragen unabhängig von ihrer Modellfunktion für den kolumbianischen Fall auch als Ausdruck einer Tendenz

---

\* Magistrado del Consejo de Estado colombiano. Profesor de la Universidad Nacional de Colombia. danilorojas20@hotmail.com.

verstanden werden können, die sich auch in anderen Mitgliedsstaaten der OAS unter dem Einfluss der Rechtsprechung des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte (IAGMR) bzw. als Beitrag zur Rechtsvergleichung fortsetzt.

**Schlagwörter:** Kontrolle der Vertragskonformität; Kontrolldoktrin; Richter; Verfassungsgerichtshof.

## ABSTRACT

This paper aims to answer three questions, not necessarily in this order: (i) In what sense can it be said that conventionality control exists in Colombia?, (ii) What has fostered the development of this control in Colombia? And (iii) What needs to be corrected in the conventionality control system with regard to institutions and practices in Colombia? The increasing dissemination of the doctrine of control may lead us to consider that these questions, although they analyze the Colombian situation, may be understood as trends that are spreading to other OAS countries which are subject to the jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights, or as input for an exercise in comparative law.

**Keywords:** Conventionality control, doctrine of control, judges, Constitutional Court.

## Introducción

Las preguntas formuladas son el resultado de varios supuestos e inducciones iniciales. Algunos de ellos son: que la doctrina del control de convencionalidad es uniforme y consolidada; que en Colombia suele ser aplicada especialmente por los jueces de las altas cortes (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado), dada su particular sensibilidad a propiciar el cumplimiento de las obligaciones internacionales; y que, sin embargo, es un fenómeno que puede y debe ser revisado tanto en su origen como en su práctica.

Por ello se hará una síntesis crítica de la irrupción y estado actual del control de convencionalidad, tomando como base las decisiones de la Corte IDH en donde se ha tratado el tema (II)<sup>1</sup> y luego se indicará la manera como tal doctrina se ha incorporado y entendido en Colombia, para terminar con la propuesta de distinguir el control de convencionalidad de la aplicación de la Convención (III). Previamente y a manera de abre bocas, señalaré muy brevemente los tres asuntos que suelen estar involucrados en la discusión dogmática acerca del control de convencionalidad:

---

<sup>1</sup> Para la casi totalidad de citas de sentencias pertinentes, me baso en el *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7: Control de Convencionalidad*, elaborado por Claudio Nash con el apoyo del Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca, Cooperación Internacional al Desarrollo, que se encuentra en la página web de la Corte IDH.

quién dice el derecho, la tensión entre subsidiariedad e integralidad del derecho y, estrechamente relacionado con lo anterior, la cuestión del monopolio de lo político y lo jurídico en un escenario de Estados nacionales (I).

## 1. Lo que involucra el control de convencionalidad

Quizá el aspecto más problemático del control de convencionalidad es aquel en el que por la vía del llamado control objetivo se altera el sistema jurídico del Estado parte concernido, como ocurrió en el *Caso La Última Tentación de Cristo* y en el *Caso Gelman*, en donde la Corte IDH dispuso órdenes en el sentido señalado.<sup>2</sup> Este hecho pone de presente, al tiempo, los tres asuntos arriba mencionados, pues la subsidiariedad que se predica del sistema interamericano de derechos humanos, sin embargo se ve de pronto copada por la pretensión de integralidad del derecho, si es que se quiere tomar en serio por los Estados el cumplimiento de sus obligaciones normativas internacionales, lo que a su turno lanza retos a las concepciones más radicales acerca de la soberanía nacional y al sucedáneo que aún considere que el producido jurídico y político local no es transnacional sino vernáculo. Se trata, en fin, de mostrar quién autoritativamente dice el derecho.

La noción de campo de lucha definida por Bourdieu<sup>3</sup> ayuda a explicar lo que en términos políticos suele estar en juego cuando jueces internacionales les dicen a las autoridades locales lo que deben hacer, aun en contra de lo que el sistema jurídico interno –incluido el constitucional– prescribe. El problema no se resuelve simplemente señalando que lo pertinente es asumir el monismo jurídico, pues aun así la pregunta seguiría abierta, si se tiene en cuenta que los jueces internos también pueden reivindicar tal monismo para incorporar y aplicar las normas internacionales en casos locales. El momento relevante será aquel en el que los entendimientos de los jueces nacionales no coincidan con los de los internacionales en punto de aplicar o integrar una norma supranacional.

Allí el campo de lucha en donde se define quién dice el derecho estará siempre abierto y tocado por la política de forma relevante, a punto de poner eventualmente en crisis todo el sistema interamericano, como sería el caso del hipotético retiro de la mayoría de los países de la cobertura jurisdiccional de la Corte IDH –emulando a Venezuela y, en su momento, a Perú y a Trinidad y Tobago–. Quizá es lo que late en los debates actuales sobre el (in)cumplimiento de lo ordenado por la Corte IDH, pero especialmente lo que comporta la resistencia de países que, sin llegar al radical retiro de la jurisdicción de la Corte, cuestionan la legitimidad de ciertas órdenes por alterar sensiblemente la normatividad interna.

---

<sup>2</sup> Infra, apartado 2.

<sup>3</sup> Pierre Bourdieu, *La fuerza del derecho. Elementos para una sociología del campo jurídico*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Uniandes, 2000.

Que sea la Corte IDH el intérprete autorizado de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (la Convención o CADH) evidencia que aquella es quien dice el derecho en el ámbito de sus competencias. Por esa vía, muestra igualmente la crisis del monopolio estatal en el producido jurídico –crisis de soberanía– y de la pretensión de integración del derecho –monismo jurídico, *ius commune constitutionale*–, sin perjuicio del principio de subsidiariedad que caracteriza el sistema interamericano.

Pero tales evidencias no son óbice para advertir otras y con ello caracterizar mejor la lucha que en la realidad se presenta y que le da mayor énfasis al principio de subsidiariedad: los Estados soberanos se resisten a desaparecer de un todo y con ello se reivindicán instituciones y prácticas locales que, invocando los fines democráticos y humanistas del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), avanzan en hermenéuticas que no siempre coinciden con lo señalado por la Corte IDH, pero que en muchos casos pretenden genuinamente mejorar un estado local de cosas político, económico, social o jurídico.

La tensión así generada tiene al menos dos respuestas: (i) la imposición autoritativa, con los costos que ello puede generar –desde esa suerte de brazos caídos en el cumplimiento de las órdenes impartidas, hasta el retiro del sistema– y (ii) el diálogo jurisprudencial, siempre que sea genuino y simétrico. Esto último impone que la pretensión de expansión y unificación hermenéutica que desde la Corte IDH pueda provenir –asimetrías– se articule con las voces jurisprudenciales locales, especialmente con aquellas que además de estar a tono con el pensamiento constitucional y de derecho internacional contemporáneo, intenta construir nuevos paradigmas jurídicos y políticos.

Este diálogo jurisprudencial genuino y simétrico sugiere, de un lado, que la Corte IDH haga mejores monitoreos de la forma en que en los Estados partes se aplica la Convención y lo que de ella se dice autorizadamente y, de otro, que las autoridades locales, en especial los jueces, sean más conscientes del producido jurisprudencial internacional, máxime si parte del mismo se encuentra específicamente dirigido a un determinado Estado.

El monitoreo jurisprudencial que establezca la Corte IDH no debe limitarse a una constatación de lo que estén haciendo los Estados partes, ni menos a ejercer una veeduría que asegure su autoridad hermenéutica. La simetría exige la disposición de leer los contextos sociales e institucionales que estén generando prácticas acordes con el DIDH y, de ser el caso, incorporarlos como parte de los argumentos en las adjudicaciones judiciales específicas. O al menos dar cuenta del debate e indicar las mejores razones por las que el entendimiento de la Corte debe mantenerse.

La simetría de autoridades locales corre por cuenta de la incorporación, generalmente por vía del bloque de constitucionalidad, de la normatividad internacional y sus entendimientos autorizados –doctrina y jurisprudencia–, lo que no obsta para contraargumentar y señalar énfasis diferentes, a condición de propiciar soluciones en el marco de principios que el propio DIDH promueve, como la democracia, el pluralismo y el humanismo.



Los réditos de legitimación –mutua– quedan a la vista en este diálogo jurisprudencial, siempre que sea genuino y simétrico, se insiste. Por esa vía, el cumplimiento de las decisiones internacionales tiene una mayor garantía y las adjudicaciones judiciales internas un mayor peso y reconocimiento.<sup>4</sup>

## 2. Irrupción y estado actual del control de convencionalidad

La ambigüedad con la que originalmente fue mencionado el control de convencionalidad por Sergio García Ramírez puede explicar en parte la creencia de que se está ante un método de análisis normativo que comprendería no solo los asuntos en donde se debaten *normas* inconvencionales, sino también *conductas* inconvencionales. En efecto, en el voto concurrente razonado del *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala* (2003), el juez mexicano indicó –un poco al pasar– que la jurisdicción de la Corte IDH trae consigo el control de convencionalidad.<sup>5</sup> Un año después, en otro voto concurrente razonado, García Ramírez volvió sobre la expresión, esta vez comparándola con el control de constitucionalidad: “[S]i los tribunales constitucionales controlan la constitucionalidad [de leyes y demás actos normativos], el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la ‘convencionalidad’ de esos actos”.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Esta idea del diálogo genuino y simétrico puede verse mejor desarrollada en dos textos: Ariel E. Dulitzky, “An Inter-American Constitutional Court? The invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights”, *Texas International Law Journal*, vol. 50, Issue 1, 2015, pp. 45 a 93, en especial los capítulos IV: The relationship between Latin American and Inter-American Judges y V: Improving the integrated Inter-American model. También Víctor Bazán, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2014. El título noveno del libro está dedicado al “Control de convencionalidad e inconvencionalidad por omisión” y su capítulo V a “La necesidad de afianzar un diálogo interjurisdiccional crítico”.

<sup>5</sup> Corte IDH, Sentencia de noviembre 25 de 2003. El párrafo en donde está contenida la expresión es el siguiente: “27. Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio –sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto– y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del ‘control de convencionalidad’ que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional”. En todas las transcripciones suprimo las citas hechas por la Corte.

<sup>6</sup> Corte IDH, Sentencia de 7 de diciembre de 2004, *Caso Tibi vs. Ecuador*. El párrafo completo es el siguiente: “3. En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados –disposiciones de alcance general– a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La

Cuando se hace la formulación canónica en el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile* (2006), acerca del deber de los jueces nacionales de aplicar preferentemente la Convención, se mantiene cierta timidez en la indicación de la noción: “[E]l Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’”<sup>7</sup>; temor que definitivamente se abandona dos meses más tarde en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, no solo porque aquí ya no es una “especie de”, sino porque se adicionan dos cosas: el carácter oficioso del control y el reconocimiento de las limitantes jurídicas que pueden tener los jueces locales: “[L]os órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”<sup>8</sup>. A continuación, en el *Caso Cabrera*

---

Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la ‘constitucionalidad’, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la ‘convencionalidad’ de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público –y, eventualmente, de otros agentes sociales– al orden que entraña el Estado de derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía”.

<sup>7</sup> El famoso párrafo es el siguiente: “124. La Corte es consciente [de] que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. *En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” [Sentencia del 26 de septiembre del 2006 (énfasis agregado)].

<sup>8</sup> Corte IDH, Sentencia de 24 de noviembre de 2006. El párrafo completo es el siguiente: “128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”. En el mismo sentido, ver: *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, Sentencia de 12 de agosto de 2008, párr. 180; *Caso Radilla Pacheco vs. México*, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr.

*García y Montiel Flores vs. México*, la Corte amplió los responsables de ejercer el control al señalar que “cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél”,<sup>9</sup> cobertura nuevamente ampliada en el *Caso Gelman vs. Uruguay*, al incluir ahora “cualquier autoridad pública”<sup>10</sup> (Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrafos 193 y 239).<sup>11</sup>

Para los efectos de este escrito, de la anterior síntesis se pueden resaltar tres cosas: (i) que el control de convencionalidad se predica respecto de las normas jurídicas de derecho interno, (ii) que además de la Convención, el control cubre el producido autorizado de la Corte IDH –jurisprudencia y opiniones consultivas y, por extensión, el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos–,<sup>12</sup> y (iii) que la aplicación del control por las autoridades internas debe hacerse “en el ámbito de sus competencias”.

## 2.1. Control convencional de las normas jurídicas internas

Que la forma genuina de aplicación del control de convencionalidad cubre normas jurídicas y no conductas, lo muestra no solo el caso fundacional del control –*Almonacid Arellano vs. Chile, 2006*–, sino buena parte de las sentencias en donde

---

339; *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*, Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 236; *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 219; *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, Sentencia de 1 de septiembre de 2010, párr. 202; *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, Sentencia de 24 de noviembre de 2010, párr. 176; *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sentencia de 26 de noviembre de 2010; *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*, Sentencia de 30 de enero de 2014, párr. 151; *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, Sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 311.

<sup>9</sup> Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 225.

<sup>10</sup> La diferencia entre órgano y autoridad es relevante pues, como se sabe, en este último evento cabrían los particulares que ejercen funciones públicas.

<sup>11</sup> Posición que se consolida en los siguientes casos: *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, Sentencia de 30 de noviembre de 2012, párr. 142; *Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Mapuche) vs. Chile*, párr. 436; *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, Sentencia de 28 de agosto de 2014, párr. 497; y *Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*, Sentencia de 14 de octubre de 2014.

<sup>12</sup> La Opinión Consultiva OC-16/1999 indicó que es el “formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)” (párr. 115), lo que ha sido precisado en otras opiniones consultivas –como la OC-17/2002– y en distintos casos contenciosos. En el caso del sistema interamericano de DD. HH. es frecuente la indicación de la Corte IDH acerca de la obligación del Estado de cumplir no solo con todos los tratados internacionales que suscriba –ver al respecto el *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*, Sentencia de 20 de noviembre de 2012–, su jurisprudencia –ver Resolución de 20 de marzo de 2013, de supervisión de cumplimiento del *Caso Gelman vs. Uruguay*–, sino incluso sus opiniones consultivas –ver Opinión Consultiva OC.21/14–.

la doctrina es mencionada. Así, en *Almonacid* se dispuso la incompatibilidad de una norma chilena de amnistía con la CADH, en los siguientes términos:

DECLARA:

Por unanimidad, que: [...]

3. Al pretender amnistiar a los responsables de delitos de lesa humanidad, el Decreto Ley No. 2.191 es incompatible con la Convención Americana y, por tanto, carece de efectos jurídicos, a la luz de dicho tratado.

Y DISPONE:

Por unanimidad, que: [...]

5. El Estado debe asegurarse que el Decreto Ley No. 2.191 no siga representando un obstáculo para la continuación de las investigaciones de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano y para la identificación y, en su caso, el castigo de los responsables, conforme a lo señalado en los párrafos 145 a 157 de esta Sentencia.

6. El Estado debe asegurarse que el Decreto Ley No. 2.191 no siga representando un obstáculo para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables de otras violaciones similares acontecidas en Chile, conforme a lo señalado en el párrafo 145 de esta Sentencia.

Este tipo de afectación de los ordenamientos jurídicos internos puede verse igualmente en el *Caso Radilla Pacheco vs. México* (Sentencia de 23 de noviembre de 2009), en donde dos normas de carácter penal se declararon incompatibles con la CADH. En lo pertinente, la sentencia dice:

10. El Estado deberá adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en los términos de los párrafos 337 a 342 de la presente Sentencia.

11. El Estado deberá adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 215 A del Código Penal Federal con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en los términos de los párrafos 343 a 344 de la presente Sentencia.

Lo propio se lee en el *Caso Mendoza y otros vs. Argentina* (Sentencia de 14 de mayo de 2013) en donde se ordenó “adecuar el ordenamiento jurídico interno [...] sobre el derecho de recurrir del fallo ante el juez tribunal superior”:

332. La Corte considera que los jueces en Argentina deben seguir ejerciendo un control de convencionalidad a fin de garantizar el derecho de recurrir del fallo conforme al artículo 8.2.h) de la Convención Americana y a la jurisprudencia

dencia de este Tribunal. No obstante, la Corte se remite a lo señalado sobre las obligaciones que se derivan de los artículos 2 y 8.2.h) de la Convención Americana (supra párrs. 293 a 298, y 301 a 303) y considera que, dentro de un plazo razonable, el Estado debe adecuar su ordenamiento jurídico interno de conformidad con los parámetros establecidos en esta Sentencia [...]

Y dispone [...]

El Estado deberá ajustar su marco legal a los estándares internacionales señalados anteriormente en materia de justicia penal juvenil [...]

22. El Estado debe, dentro de un plazo razonable, adecuar su ordenamiento jurídico interno de conformidad con los parámetros establecidos en esta Sentencia sobre el derecho de recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior, en los términos de los párrafos 329 a 332 de esta Sentencia.

De esta misma comprensión hacen parte las órdenes orientadas a compatibilizar la hermenéutica proporcionada por los jueces internos con la de la Corte IDH. Lo decisivo es hacer notar que se trata igualmente de una afectación del ordenamiento jurídico.<sup>13</sup> Quizá en donde mejor se expresa el sentido de lo dicho es en el *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile* (Sentencia del 24 de febrero de 2012):

284. En conclusión, con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal en el presente caso. Ello es de particular relevancia en relación con lo señalado en el presente caso respecto a la proscripción de la discriminación por la orientación sexual de la persona de acuerdo a lo estipulado en el artículo 1.1. de la Convención Americana.<sup>14</sup>

La tesis de que el control de convencionalidad refiere esencialmente normas y no conductas, podría ponerse en entredicho con ocasión de lo señalado en el *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá* (2008), cuando se afirmó:

<sup>13</sup> Claudio Nash llama a este escenario “eficacia interpretativa”. Ver *Cuadernillo No. 7, op. cit.*, p. 13.

<sup>14</sup> Este control convencional hermenéutico puede verse también en el *Caso Radilla Pacheco vs. México* –respecto de la interpretación del artículo 13 de la Constitución mexicana– (Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 338) [lo mismo se indicó en dos casos más contra México: *Fernández Ortega y otros*, Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 235, y *Rosendo Cantú y otra*, Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 218]; en el *Caso López Mendoza vs. Venezuela* –sobre el derecho a ser elegido y las garantías judiciales– (Sentencia de 1 de septiembre de 2011, párr. 228); en el *Caso Furlán y Familiares vs. Argentina* –sobre el trato preferencial a personas vulnerables [menores, discapacitados] en la duración de procesos judiciales orientados a obtener reparaciones– (Sentencia de 31 de agosto de 2012, párr. 305), y en el *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile* –sobre el derecho de defensa (párr. 436), doble instancia (párr. 461) y a la libertad personal (párr. 464)– (Sentencia de 29 de mayo de 2014).

[E]s importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina “control de convencionalidad”, según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o *prácticas internas contrarias* al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos.<sup>15</sup> (Énfasis agregado)

Pero lo que allí finalmente se declara es una omisión legislativa en materia de desaparición forzada y tortura, con base en lo que disponen las respectivas convenciones suscritas por Panamá. En efecto, en dicha sentencia se dispuso:

7. El Estado ha incumplido su obligación de tipificar el delito de desaparición forzada, según lo estipulado en los artículos II y III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de conformidad con los párrafos 187, 195, 197, 200, 207 y 209 de la presente Sentencia. 8. El Estado ha incumplido su obligación de tipificar el delito de tortura, según lo estipulado en los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, de conformidad con el párrafo 216 de la presente Sentencia. Y DISPONE: [...] 6. El Estado debe tipificar los delitos de desaparición forzada de personas y tortura, en un plazo razonable, en los términos de los párrafos 181, 189, 192 a 207, 213 a 215, y 259 de la presente Sentencia.

Es decir, a pesar de indicarse que el control de convencionalidad se refiere a “prácticas internas”, lo cierto es que el caso lo aplica sobre normas.

Más problemático para la tesis que aquí se sostiene podría ser el citado *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, en la medida en que allí la Corte no es nada específica, en los puntos resolutivos, en relación con la situación normativa concernida. De hecho, es la sentencia que cierta doctrina utiliza paradigmáticamente como el ejemplo para afirmar el giro dado por la Corte: “En lo que tiene que ver con el control de convencionalidad, este caso presenta dos novedades respecto de sus antecesores. En primer lugar no recae sobre leyes, sino sobre la violación o la afectación concreta de derechos de las personas, para el caso, el acceso a la justicia y el recurso judicial efectivo.”<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Sentencia del 12 de agosto del 2008, párr. 179.

<sup>16</sup> Manuel Fernando Quinche, *El control de convencionalidad*, Bogotá, Temis, 2014, p. 35. También en la p. 32 se lee: “Como novedad y avance significativo, el control de convencionalidad en este caso no se ejerce sobre leyes, sino que opera sobre cierto tipo de prácticas estatales que impidieron el acceso de los trabajadores a la justicia y a un recurso judicial efectivo”. Es la tesis que sostiene el autor en distintos apartados de su texto y que, en su entender, se produce especialmente luego del caso *Almonacid* (2006) –lo que llama “Reconstrucción dos”, p. 27 y ss.–, e incluso antes, con ocasión de la orden de la Corte relativa a la elaboración de una polí-

Bien mirado el caso, sin embargo, se puede observar que la orden que impacta la norma involucrada sí existe, aunque no en la forma deseada. Cuando la Corte declara que “2. El Estado violó, en perjuicio de las 257 víctimas enunciadas en el Anexo de la presente Sentencia, los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención, en relación con la obligación general de respetar y garantizar los derechos y *el deber de adoptar disposiciones de derecho interno establecidas en los artículos 1.1 y 2 de la misma, en los términos de los párrafos 106 a 132 de esta Sentencia*” (énfasis agregado), se percibe una orden, en efecto, aunque ambigua y un tanto enigmática, pero la misma adquiere concreción y claridad si se lee el párrafo pertinente de los indicados por la propia Corte:

119. Es claro para la Corte que las presuntas víctimas se vieron afectadas por las disposiciones cuestionadas en este proceso internacional. La prohibición de impugnar los efectos del Decreto Ley No. 25640, contenida en el artículo 9 señalado, constituye una norma de aplicación inmediata, en tanto sus destinatarios se ven impedidos ab initio de impugnar cualquier efecto que estimaren perjudicial a sus intereses. *La Corte estima que una normativa que contenga una prohibición de impugnar los eventuales efectos de su aplicación o interpretación no puede ser considerada en una sociedad democrática como una limitación válida al derecho a un real y efectivo acceso a la justicia de los destinatarios de esa normativa, el cual, a la luz de los artículos 8 y 25 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, no puede ser arbitrariamente restringido ni reducido o derogado.*<sup>17</sup> (Énfasis agregado)

Lo que no quiere decir que lo ocurrido no se haya dado en un contexto de prácticas violatorias de la Convención.

129. En conclusión, la Corte observa que este caso ocurrió en un contexto de impedimentos normativos y prácticos para asegurar un acceso real a la justicia y de una situación generalizada de ausencia de garantías e ineficacia de las instituciones judiciales para afrontar hechos como los del presente caso. En ese contexto, y en particular el clima de inseguridad jurídica propiciado por la normativa que limitaba la impugnación respecto del procedimiento de evaluación y eventual cesación de las presuntas víctimas, es claro que éstas no

---

tica pública específica en el *Caso Instituto de Reeducación del Menor vs. Paraguay* (Sentencia de 2 de septiembre de 2004).

<sup>17</sup> Y recuérdese que, según la Corte, “La Sentencia no se limita en su efecto vinculante a la parte dispositiva del fallo, sino que incluye todos los fundamentos, motivaciones, alcances y efectos del mismo, de modo que aquélla es vinculante en su integridad, incluyendo su *ratio decidendi*. Así, puesto que la parte resolutive o dispositiva de la Sentencia refiere expresa y directamente a su parte considerativa, ésta es claramente parte integral de la misma y el Estado también está obligado a darle pleno acatamiento” (*Caso Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte IDH de 20 de marzo de 2013, párr. 102).

tenían certeza acerca de la vía a la que debían o podían acudir para reclamar los derechos que se consideraran vulnerados, fuera administrativa, contencioso administrativo o de amparo.

Se trata entonces del ejercicio de control de convencionalidad que en realidad afecta una norma interna. Otra cosa son las consecuencias prácticas que esta pueda motivar y que igualmente merezcan el reproche de la Corte IDH, pero ahora a través de una típica aplicación de la Convención –no del control de convencionalidad–, que al considerarla violada, genera responsabilidad internacional.<sup>18</sup>

Algo semejante ocurre con el caso de las políticas públicas internas que impactan las órdenes de la Corte IDH. Bastaría decir que si se está en un Estado de derecho, todas las políticas públicas han de tener asidero normativo –lo que no equivale a decir que la política pública es una norma–, de modo que lo primero que toca una orden judicial es la norma, en algún sentido. Es lo que, p. ej., ocurre en Colombia con el plan nacional de desarrollo, que da orientación a toda política pública. Se trata de una ley general –ley del plan–, con participación ciudadana importante y que, entre otras cosas, establece metas de corto, mediano y largo plazo, estrategias, programas, proyectos y la forma de provisión de recursos para los mismos –que corresponde a otra ley: la de presupuesto–.

De aceptarse la que podría llamarse *tesis normativa del control de convencionalidad*, es claro entonces que la Corte IDH ha hecho uso de la misma desde antes de su formulación canónica en el caso *Almonacid* (2006) –como muchos lo han señalado–,<sup>19</sup> e incluso antes del uso de su expresión en los casos *Myrna Mack Chang* (2003)<sup>20</sup> y *Tibi* (2004), como lo muestran distintas órdenes de ajuste al sistema ju-

<sup>18</sup> De modo que no sería apropiado hablar de control de convencionalidad cuando se emiten resoluciones para asegurar el cumplimiento de sentencias –salvo que la sentencia de fondo trate precisamente de una afectación de la normatividad del Estado concernido, como ocurrió en la Resolución de 20 de marzo de 2013 de la Corte en el caso *Gelman*–, sino de aplicación de la Convención.

<sup>19</sup> “[T]uvieron que pasar casi cuarenta años desde que la Convención fuera suscrita (1969) para que, gracias a la importante conceptualización efectuada en 2003 por el juez Sergio García Ramírez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se captara en sus propios contornos el control que la propia Corte y los jueces y tribunales nacionales venían ejerciendo con anterioridad” (Allan R. Brewer-Carías, “El control de convencionalidad, con particular referencia a la garantía del derecho a la protección judicial mediante un recurso sencillo, rápido y efectivo de amparo de los derechos humanos”, en *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, pp. 44-45). También Juan Carlos Hitters, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación”, en *Estudios Constitucionales*, año 7, núm. 2, 2009, pp. 109-128. Manuel Fernando Quinche, *op. cit.*, da cuenta de los momentos jurisprudenciales divididos antes y después del uso de la expresión control de convencionalidad por el juez García Ramírez; ver en especial el capítulo I: Origen del control de convencionalidad. Dos reconstrucciones, pp. 5 a 48.

<sup>20</sup> A lo mejor es el sentido auténtico que habría que asignarle a lo dicho por el juez García Ramírez cuando en el voto concurrente razonado en este caso afirmó que el control de convencionalidad es algo “que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional”.



rídico interno del país concernido, impartidas con anterioridad, animada quizá la Corte por lo dicho en su Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994.<sup>21</sup> Algunos ejemplos ilustran este aserto:

La primera vez que la Corte IDH declaró la responsabilidad internacional de un Estado por expedir una norma contraria a la Convención fue en el *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador* (Sentencia de Fondo de 12 de noviembre de 1997). Allí la Corte señaló:

97. [...] Como la Corte ha sostenido, los Estados Partes en la Convención no pueden dictar medidas que violen los derechos y libertades reconocidos en ella [...] las dos primeras disposiciones del artículo 114 bis del Código Penal ecuatoriano asignan a las personas detenidas el derecho de ser liberadas cuando existan las condiciones indicadas, el último párrafo del mismo artículo contiene una excepción a dicho derecho.

98. La Corte considera que esa excepción despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental en virtud del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados. En el caso concreto del señor Suárez Rosero esa norma ha sido aplicada y le ha producido un perjuicio indebido. La Corte hace notar, además, que, a su juicio, esa norma per se viola el artículo 2 de la Convención Americana, independientemente de que haya sido aplicada en el presente caso.

99. En conclusión, la Corte señala que la excepción contenida en el artículo 114 bis citado infringe el artículo 2 de la Convención por cuanto el Ecuador no ha tomado las medidas adecuadas de derecho interno que permitan hacer efectivo el derecho contemplado en el artículo 7.5 de la Convención. [...]

5. Declara que el último párrafo del artículo sin numeración después del artículo 114 del Código Penal del Ecuador es violatorio del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en concordancia con los artículos 7.5 y 1.1 de la misma.

Año y medio más tarde, en el *Caso Castillo Petruzzi vs. Perú* (Sentencia de Fondo de 30 de mayo de 1999), declaró inconvencionales unas normas contenidas en legislación de emergencia:

207. Por otro lado, la Corte declara que las disposiciones contenidas en la legislación de emergencia adoptada por el Estado para hacer frente al fenómeno del terrorismo, y en particular los Decretos-Leyes Nos. 25.475 y 25.659, aplicados a las víctimas en el presente caso, infringen el artículo 2 de la Convención, por cuanto el Estado no ha tomado las medidas adecuadas de derecho interno que permitan hacer efectivos los derechos consagrados en la

<sup>21</sup> Que trata de la Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie A, núm. 14, párr. 36.

misma y así lo declara la Corte. El deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Evidentemente, el Estado no ha llevado a cabo, en lo que atañe a las disposiciones aplicables al juicio de los inculpados, lo que debiera realizar a la luz del artículo 2 de la Convención. [...]

Puntos resolutiveos: [...]

14. ordena al Estado adoptar las medidas apropiadas para reformar las normas que han sido declaradas violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la presente sentencia y asegurar el goce de los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos a todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, sin excepción alguna.

La Corte ha hecho lo propio respecto de leyes de amnistía, perdón e indulto, en donde es emblemático el *Caso Barrios Altos vs. Perú* (Sentencia de Fondo de 3 de septiembre de 2001):

44. Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú. [...]

Decide: [...]

4. Declarar que las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos.

También en el punto resolutiveo 11 del *Caso Gelman vs. Uruguay* (Sentencia de 24 de febrero de 2011) se lee:

El Estado debe garantizar que la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, al carecer de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir u obstaculizar la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos, no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia de autos y para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos, de conformidad con los párrafos 253 y 254 de la Sentencia.

No menos importante ha sido lo hecho por la Corte respecto de las normas que establecen pena de muerte a partir del *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago* (Sentencia de 21 de junio de 2002):

116. La Corte estima que aun cuando no se ha ejecutado a 31 de las presuntas víctimas en este caso, es posible declarar una violación del artículo 2 de la Convención, en virtud de que la sola existencia de la Ley de Delitos contra la Persona es per se violatoria de esa disposición convencional. Dicha posición está conforme con la Opinión Consultiva OC-14/94 de esta Corte, de acuerdo con la cual “en el caso de las leyes de aplicación inmediata, [...] la violación de los derechos humanos, individual o colectiva, se produce por el solo hecho de su expedición”.

117. De lo anterior se infiere que en virtud de que Trinidad y Tobago no ha adecuado su legislación a la Convención, ha incumplido la obligación impuesta a los Estados partes por el artículo 2 de la misma. [...]

Puntos resolutivos: [...]

8. que el Estado debe abstenerse de aplicar la Ley de Delitos contra la Persona de 1925 y, dentro de un plazo razonable, debe modificarla adecuándola a las normas internacionales de protección de los derechos humanos, en los términos expuestos en el párrafo 212 de la presente Sentencia;

Pero no solo han sido objeto de control de convencionalidad normas internas de carácter administrativo o legislativo, sino también constitucionales, como la que establecía la Constitución chilena sobre censura previa (art. 19, num. 12) y que generó el *Caso La Última Tentación de Cristo vs. Chile*, en el que la Corte IDH decidió que “4. el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película ‘La Última Tentación de Cristo’, y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto” (Sentencia de 5 de febrero de 2001).

## 2.2. Control y *corpus iuris* de derechos humanos

A pesar de que en la Opinión Consultiva OC-16/99 se habla de *corpus iuris* del DIDH, no parece descaminado sugerir que, para efectos del control de convencionalidad, ese *corpus iuris* cobije, además, el DIH, el derecho penal internacional y el derecho de los refugiados –según alguna clasificación adicional que suele hacerse–. Para simplificar, se usará la expresión *corpus iuris* de DD. HH.

En el actual estado de la evolución del control de convencionalidad, parece claro que además de las normas pertinentes, la jurisprudencia y la doctrina autorizada hacen parte del conjunto de herramientas jurídicas de las que se sirve quien ejer-

ce el control. Con frecuencia, la Corte IDH recurre no solo a normas del sistema interamericano, sino a las de otros sistemas –universal y europeo, p. ej.– y, por supuesto, a los entendimientos que autoritativamente se han dado a las mismas en la jurisprudencia y doctrina pertinente.

De otro lado, para la Corte IDH está superado el debate acerca de si los Estados partes deben obedecer solo las sentencias que le conciernen –cosa juzgada internacional– o todas las proferidas en asuntos contenciosos. Al efecto parece suficiente citar lo dicho por la Corte en la Resolución de marzo 20 de 2013 en la Supervisión de Cumplimiento de Sentencia dentro del *Caso Gelman vs. Uruguay*:

68. [...] cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia.

69 [...] en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana.

Con todo, no está de más recordar que no todos los Estados parte de la Convención tienen el mismo entendimiento que al tema le da la Corte, como lo muestra el caso colombiano en la sentencia que se cita adelante (nota 26).

### **2.3. El control “en el ámbito de sus competencias”**

Esta precisión hecha por primera vez en el *Caso Trabajadores Cesados del Congreso* (supra nota 8) es de suma importancia, pues está directamente dirigida a

las autoridades locales a cuyo cargo se encuentra en primer lugar el control de convencionalidad y no es otra cosa que, como antes se indicó, el reconocimiento por la Corte IDH de los límites jurídicos con los que eventualmente deben lidiar quienes apliquen el control.

Aunque en el voto razonado a la sentencia del *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, párr. 39, el juez Eduardo Ferrer-MacGregor no ve una limitante en el tema sino una manera de graduar el control de convencionalidad –concretamente lo que denomina el control difuso de convencionalidad–, a la postre el resultado de su razonamiento conduce a que el control de convencionalidad, al ser aplicado en un Estado parte, se encuentra limitado: “el grado de intensidad del ‘control difuso de convencionalidad’ disminuye en aquellos sistemas donde no se permite el ‘control difuso de constitucionalidad’ y, por consiguiente, no todos los jueces tienen la facultad de dejar de aplicar una ley al caso concreto” (párr. 37).

El asunto toca entonces directamente con el modelo de control jurídico que posee cada país miembro de la OEA. Y si bien la Corte IDH ha recordado que “[l]a Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad”,<sup>22</sup> de modo que el mismo se puede ejercer aun por países que no posean tribunales constitucionales, es claro que un modelo de control amplio, flexible y garantista facilita más la tarea que uno inexistente o estrecho, rígido y formalista.

Así, Estados parte como Colombia ven favorecida la aplicación del control de convencionalidad por la existencia de un control mixto de constitucionalidad, en donde esa mixtura se expresa de varias formas: de un lado, el control normativo concentrado es compartido por dos altas cortes –la Corte Constitucional (competencia taxativa) y el Consejo de Estado (competencia residual)– y, de otro, el control difuso es ejercido por cualquier autoridad –especialmente los jueces de todas las jerarquías: desde la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado hasta los jueces municipales–. Del mismo modo y como adelante se mostrará, el control de convencionalidad suele estar presente en los escenarios de control concentrado y difuso en las altas cortes colombianas.<sup>23</sup>

No es difícil imaginar que en aquellos Estados en donde el modelo de control normativo sea más restringido –v. gr. en Bolivia, Chile, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Panamá o Paraguay y Uruguay en donde el control solo es concentrado–, el control de convencionalidad por fuera de las altas esferas judiciales puede dificultarse, lo que no indica que sea imposible. El modo como opera entonces el control de constitucionalidad en cada Estado parte puede ser un buen medidor de lo que

---

<sup>22</sup> *Caso Liakat Ali Alibus vs. Suriname*, Sentencia de 30 de enero de 2014.

<sup>23</sup> Faltan estudios e información acerca de la forma como operan en otros niveles de la jerarquía judicial, lo que no quiere decir que no se haga.

podría pasar con el control de convencionalidad y no se ve que uno pueda avanzar sin el otro. De ahí que el debate en este punto se vea un tanto estéril.<sup>24</sup>

En suma, puede decirse que actualmente el control de convencionalidad ejercido por la Corte IDH se identifica, básicamente, por lo siguiente:

- Es un control objetivo, en la medida en que apunta al ajuste de los ordenamientos jurídicos internos –con afectación de su validez o de su hermenéutica–, por ser contrarios a la CADH. El ajuste puede ser *por acción* –cuando se declara la incompatibilidad de una norma interna con la Convención–, *por omisión* –cuando se ordena legislar en algún tema– o *por corrección* –cuando se dispone interpretar en el sentido en que lo hace la Corte IDH–.
- No solo las partes contendientes pueden activarlo, sino que también puede ser objeto de ejercicio oficioso.
- Tiene vocación expansiva en la medida en que no es de uso exclusivo de la Corte IDH, sino de las autoridades y en especial de los jueces de los Estados que han suscrito la CADH y muy particularmente aquellos sometidos a la jurisdicción de la Corte.
- Dicha expansión, sin embargo, está fuertemente asociada al modelo de control de normas –control de constitucionalidad, especialmente– que cada Estado parte posea.
- Tiene vocación comprehensiva pues no se agota en la sola CADH, sino que abarca todo el *corpus iuris* de derechos humanos.
- El carácter subsidiario del sistema interamericano de DD. HH. comporta que los jueces nacionales sean los primeros en hacer uso del control de convencionalidad, sin perjuicio de que otras autoridades internas igualmente lo apliquen.
- La pretensión integradora del sistema interamericano de DD. HH. impone que, *prima facie*, el entendimiento autorizado dado por la Corte IDH a la CADH sea tomado en consideración por los jueces internos, sin perjuicio de un diálogo jurisprudencial simétrico.

### **3. ¿En qué sentido debe afirmarse que hay control de convencionalidad en Colombia?**

La Constitución Política de 1991 impuso un importante giro normativo relativo al peso del DIDH en Colombia, el que fue particularmente desarrollado por la Corte Constitucional a través del bloque de constitucionalidad, figura que permitió aplicar articuladamente tanto las normas de derecho interno como las internacionales. No son pocos los casos en los que la Corte colombiana, desde su entrada en funcionamiento en 1992, ha utilizado los tratados de derechos humanos para

<sup>24</sup> Con todo, la fuerza de este debate puede verse en Brewer-Carías, *op. cit.*, pp. 62 a 65.

ejercer el control abstracto de constitucionalidad, esto es, respecto de normas de rango legal y reglamentario.<sup>25</sup> Un ejemplo reciente de este uso puede verse en la Sentencia C-500 de 2014,<sup>26</sup> en donde, además, la Corte Constitucional avanzó en dos cosas importantes: dedujo de los argumentos de la demanda el cargo de inconvencionalidad (párr. 7.1.1) y consideró viable, aunque excepcionalmente, la obligatoriedad de los fallos de la Corte IDH en los que el Estado colombiano no haya sido parte (conclusión 2.6):

7.1.1. A pesar de que en la formulación de los cargos el demandante no invoca como vulnerado el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el contenido de la argumentación evidencia que su ataque se funda en esa infracción y, por esa vía, en la violación del 93 de la Constitución.

[...]

2.6. Finalmente, en relación con el último de los problemas planteados, este Tribunal concluyó que los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos solo pueden obligar al Estado colombiano cuando éste ha sido parte en el respectivo proceso. No obstante, podría considerarse hipotéticamente la posibilidad de reabrir un asunto previamente examinado por la Corte Constitucional, en aquellos casos en los cuales: (i) el parámetro

---

<sup>25</sup> Para un recuento del avance del control normativo por la vía del bloque de constitucionalidad, ver Rodrigo Uprimny Yepes, “El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”, en Daniel O’Donnell, Margarita Inés Uprimny Yepes y Alejandro Valencia Villa (comps.), *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional*, vol. I, Bogotá, OACNUDH, 2001, pp. 97 a 154. En contraste, antes de la Constitución de 1991 la aplicación judicial de tratados de derechos humanos era “casi inexistente”, como lo demostró la investigación por muestreo hecha en Bogotá por el inmolado magistrado colombiano Carlos E. Valencia García, “Legislación y jurisprudencia colombiana en los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos”, en Gustavo Gallón Giraldo (comp.), *Espacios internacionales para la justicia colombiana*, Bogotá, Comisión Andina de Juristas, Seccional Colombiana, pp. 109 a 119. De hecho, la propia Corte Suprema de Justicia colombiana, entonces a cargo del control abstracto de constitucionalidad, llegó a afirmar: “En los procesos de inexistencia la confrontación de las normas acusadas para calificar su validez sólo puede ser hecha con las disposiciones de la Carta Constitucional y nunca con normas de derecho internacional, pues la infracción de éstas es extraña a la jurisdicción nacional de la Corte, plantea problemas interestatales, que escapan a su competencia y no implican violación directa de la Constitución” (Sentencia de 10 de diciembre de 1981, reiterada en sentencias de agosto 15 de 1985 y diciembre 1 de 1988; citada en el texto de Valencia García, p. 111).

<sup>26</sup> Allí concluyó la Corte colombiana: “2.5. La decisión de declarar conforme a la Constitución, una competencia disciplinaria para imponer la sanción de destitución e inhabilidad general en los supuestos previstos por el numeral 1 del artículo 44 de la Ley 734 de 2002, constituye un desarrollo directo del deber constitucional e internacional del Estado de adelantar las actuaciones necesarias para afianzar la moralidad administrativa y enfrentar eficazmente la corrupción. Al respecto se consideraron en el análisis la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por el Congreso mediante la Ley 412 de 1997 y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción aprobada por el Congreso mediante la Ley 970 de 2005”.

de control haya sido una norma integrada al bloque de constitucionalidad en sentido estricto; (ii) los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hayan variado radicalmente y de forma clara el sentido de la norma; (iii) la nueva interpretación resulte compatible con la Constitución Política; (iv) ofrezca un mayor grado de protección a los derechos, que el otorgado por la Constitución; (v) se integre a la *ratio decidendi* de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y (vi) sea uniforme y reiterada. Así, el planteamiento del demandante según el cual la decisión adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “López Mendoza vs. Venezuela”, impone variar la decisión adoptada en la sentencia C-028 de 2006, no se ajusta a las exigencias antes expuestas, por lo cual la hipótesis de reexaminar las disposiciones amparadas por la cosa juzgada constitucional, no resulta considerable.

Este puede considerarse el sentido fuerte de uso del control de convencionalidad –o control en sentido estricto, o tesis normativa del control–, en el que un juez interno, en el marco de su competencia de control abstracto de normas jurídicas –Corte Constitucional o Consejo de Estado–, a través de una acción pública –como la acción de inconstitucionalidad o la acción de nulidad por inconstitucionalidad en Colombia–, utiliza los tratados internacionales –v. gr., la CADH– y su interpretación por órganos autorizados –p. ej., la Corte IDH–, como parte del bloque de constitucionalidad que debe enfrentar la norma objeto de control.

A la categoría de control en sentido estricto pertenece igualmente la inaplicación de normas jurídicas a través de la llamada excepción de inconstitucionalidad o de inconvencionalidad, realizada con un procedimiento semejante al que se toma en cuenta al aplicar el bloque de constitucionalidad, pero ahora, como se sabe, con efectos concretos e inter partes. Un par de ejemplos recientes ilustran lo dicho. En la Sentencia T-111 de 2015, la Corte inaplicó una norma del régimen carcelario que regulaba la visita de los detenidos en los siguientes términos:

Teniendo en cuenta que en este asunto la aplicación de la disposición referida genera efectos inconstitucionales y que se está desconociendo de manera directa los artículos 5, 42 y 44 de la Constitución Política y los artículos 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 10 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; esta Sala considera que, en este caso concreto, debe inaplicarse el artículo 74 de la Ley 1709 de 2014 que adicionó el artículo 112A de la Ley 65 de 1993, que establece que las personas privadas de la libertad podrán recibir visitas de niños, niñas o adolescentes que sean familiares de estas en el primer grado de consanguinidad, sin tener en cuenta que pueden existir eventos, como el del accionante, en que a pesar de no tener ese vínculo exigido en la disposición, sí se ha conformado un lazo o unión familiar que debe ser igualmente protegido y garantizado por el Estado.



También el Consejo de Estado inaplicó una regla del procedimiento civil colombiano que establece el rito para otorgar valor probatorio a ciertas pruebas:

No obstante, la Sala advierte que para casos como el presente donde está valorándose la ocurrencia de una ‘ejecución extrajudicial’ no puede seguir aplicándose lo establecido en el CPC ajeno al respeto de las garantías de los derechos humanos, dado que se estaría vulnerando la Convención Americana de Derechos Humanos al no garantizarse el acceso a la justicia en todo su contenido como derecho humano reconocido constitucional y supraconstitucionalmente, tal como se sostuvo en la sentencia del caso Manuel Cepeda vs. Colombia.<sup>27</sup>

En esta misma categoría pueden incluirse las aplicaciones directas de los tratados internacionales que afectan el ordenamiento interno. Uno de los casos emblemáticos de este escenario lo constituye la decisión de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia colombiana que resolvió el caso de la masacre de 43 personas –y lesiones a 45 más– ocurrida en el municipio de Segovia-Antioquia en 1988. En la decisión preliminar que le permitió a la Corte Suprema avocar el conocimiento del caso, se afirmó la configuración de un crimen de lesa humanidad –Auto de mayo 13 de 2010–, para lo que argumentó que “sería posible aplicar el contenido de un tratado internacional reconocido por Colombia respecto de algún delito allí prohibido y sancionado, aún sin existir ley interna previa en dicho sentido, sin atentar contra el principio de legalidad”.

La definición del caso como crimen de lesa humanidad permitió a continuación a la Corte declarar su no prescriptibilidad, para lo cual aplicó la *Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad*, de 1968, a pesar de que el Estado colombiano no había ratificado dicho tratado, ni entonces ni ahora. Razonó así la Corte Suprema:

Debe tenerse en cuenta que las normas relativas a los derechos humanos hacen parte del gran grupo de disposiciones de derecho internacional general, las cuales son reconocidas como normas de *ius cogens*, razón por la cual, aquellas son inderogables, imperativas (no dispositivas) e indisponibles, situación que acontece con el principio de derecho internacional “sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad”, cuya vocación es universal, de donde se colige que la no adhesión al mismo por parte de un

---

<sup>27</sup> Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 19 de octubre de 2011, C. P. Jaime Orlando Santofimio, Exp. 20241. Si bien en la parte resolutoria de la sentencia no se declaró formalmente la inaplicación –como habría sido lo esperado–, la consecuencia material de admisión de las pruebas en el caso concreto, aplicando la CADH, permite afirmar que se trata de un ejemplo de excepción de inconvencionalidad.

Estado no lo sustrae del cumplimiento de una norma internacional como compromiso *erga omnes* adquirido para prevenir y erradicar graves violaciones a los derechos humanos que desconocen la humanidad y su dignidad.<sup>28</sup>

En suma, el control en sentido estricto se predica del ejercicio de competencias internas de jueces habilitados tanto para sustraer normas del ordenamiento jurídico –control abstracto– como para inaplicarlas en casos particulares –control concreto–, por considerarlas, en ambos eventos, contrarias a normas internacionales a las que está obligado el Estado.<sup>29</sup> Se trata de un control objetivo en el sentido más conocido del término, a saber, el que simplemente compara la extensión, jerarquía y sentido de los términos de cada una de las normas objeto de análisis.

Este es el entendimiento genuino de la expresión *control de convencionalidad*, pues se trata de hacer valer la CADH y su interpretación autorizada por la Corte IDH frente a los ordenamientos internos. Y es genuino también porque los primeros llamados a hacer uso del control son los jueces internos, y sus decisiones tienen la potestad de impactar directa e inmediatamente el ordenamiento jurídico local –v. gr., cuando en ejercicio del control convencional, como se vio, se inaplica una norma interna–. Esto debe ser resaltado en la medida en que las órdenes impartidas por la Corte IDH no solo no son de aplicación inmediata, sino que aún deben enfrentar la eventual pausa política que suele imponerse a la ejecución de sus sentencias.

Colombia entonces aplica como el que más el control de convencionalidad en el sentido indicado. En este punto solo resta desear que el impulso dado por las altas cortes colombianas, no solo debe mantenerse sino fortalecerse y ampliar su cobertura, de modo que los demás jueces y autoridades públicas hagan lo propio cuando ello sea necesario.

#### 4. Aplicación de la Convención en Colombia

Hay usos diferentes de la CADH en Colombia y que han sido considerados, equivocadamente, como control de convencionalidad. Si como se demostró –supra apartado 2–, lo realizado por la Corte IDH es un control en sentido estricto, no debe confundirse el control de convencionalidad con la aplicación de la Convención. Cuando los jueces internos aplican la Constitución, no por ello se dice que ejercen un control constitucional. Para evitar trivializar la expresión *control de convencionalidad*, debe preservarse bajo el significado de control en el sentido estricto ya expuesto. Y lo que no quede cubierto por ese entendimiento debe entenderse como *uso o aplicación de la Convención*.

---

<sup>28</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de 13 de mayo de 2010, Rad. 33.118, ponente: María del Rosario González de Lemos.

<sup>29</sup> Control que bien puede llevar también a declarar la compatibilidad normativa.

El uso de la Convención en la adjudicación judicial –y por extensión del *corpus iuris* de derechos humanos, se insiste–, no tiene mucha diferencia del uso de la Constitución local. Se trata de un uso argumentativo que le da mayor legitimación a la decisión, y que normalmente se expresa citando no solo una determinada norma, sino lo que de ella se ha dicho por los órganos autorizados como la Corte IDH. Pero ello no es genuinamente un control de convencionalidad.

Y si bien no son asuntos excluyentes, es necesario distinguir los dos escenarios de uso de la Convención: uno como parte o expresión del control de convencionalidad y otro como categoría argumentativa o de fundamentación de una cierta decisión. No hacerlo, ha llevado a que en Colombia se hable equívocamente de control de convencionalidad en un típico escenario argumentativo:

*Así las cosas, al llevar a cabo un control de convencionalidad sobre la conducta del Estado, reflejada en una omisión a su deber de protección y vigilancia, se concluye por un lado, un quebrantamiento normativo internacional; y por el otro, un desconocimiento a un precedente internacional, amen, de la violación palmaria del orden jurídico interno. Y es que el juez, al juzgar este tipo de conflictos debe, por imperativo internacional, ejercer este control, no solo en virtud del mandato de la Convención Interamericana, sino además, por constituir aquella, fuente de derecho a nivel nacional, en razón del artículo 230 de la Constitución Política, lo que es posible, gracias a la articulación del sistema interamericano al ordenamiento jurídico, a través del artículo 93 de la misma Carta, permitiéndose con ello, una declaratoria de la responsabilidad extracontractual por los daños antijurídicos padecidos por los demandantes.<sup>30</sup> (Énfasis agregado)*

De vieja data el Consejo de Estado ha utilizado como apoyo argumentativo normas de carácter internacional, sin que por ello se hable de control de convencionalidad:

Dicha conducta está proscrita en disposiciones de orden internacional ratificadas por el Estado, como en el artículo 2° del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), realizado en Ginebra el 8 de junio de 1977, incorporado a la legislación interna por la Ley 171 del 16 de diciembre de 1994 y por el artículo 75 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de Agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I). El artículo 2 de la Convención Interamericana sobre la Desaparición

---

<sup>30</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 21 de noviembre de 2013, Exp. 29764, C. P. Enrique Gil Botero.

Forzada define esta conducta como “la privación de la libertad a una o más personas.”<sup>31</sup>

Y a pesar de que son muchos los casos en donde las altas cortes colombianas repiten esta fórmula, esto es que se apoyan argumentativamente en el *corpus iuris* de derechos humanos, sin afirmar que ejercen el control de convencionalidad,<sup>32</sup> alguna doctrina interna insiste en calificar como tal dicho ejercicio. Así, en un estudio hecho sobre el control de convencionalidad y la responsabilidad del Estado, luego de citar varios casos de condena al Estado colombiano en donde se dan razones apoyadas en distintas normas internacionales y entendimientos autorizados de las mismas, “supuestos en los que se ha dado cumplimiento al control de convencionalidad material en la jurisprudencia en la que se declara la responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado” –señala el autor–, concluye afirmando: “El control de convencionalidad, entendido como principio, o como herramienta a disposición del juez interno de cada Estado, tiene una multiplicidad de escenarios de aplicación cuando se trata de establecer la responsabilidad estatal.”<sup>33</sup>

El uso argumentativo de la Convención podría entenderse como una suerte de control de convencionalidad en sentido lato o débil a efectos de admitir la categoría de control subjetivo, que algún sector de la doctrina ha querido incluir. Pero esta categoría también suele utilizarse para identificar lo que antes se llamó control estricto en la modalidad de control concreto, esto es, cuando con el apoyo de la Convención se inaplica una norma interna en un caso con efectos *inter partes* y no *erga omnes* como ocurre con el control abstracto.

De modo que lo más apropiado parece ser abandonar las distinciones de control estricto y lato –fuerte/débil–, y también las de objetivo y subjetivo, por la multiplicidad de entendimientos que pueden tener, y reemplazarlas por las de *control de convencionalidad* –a secas– y *aplicación de la Convención*, para entender con el primero el control normativo genuino ya explicado y con el segundo el uso argumentativo de la Convención. Parece una noción más acorde no solo con nuestras intuiciones,

---

<sup>31</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 28 de noviembre de 2002, Exp. 12812, C. P. Ricardo Hoyos Duque.

<sup>32</sup> No es exagerado afirmar que en la mayoría de sentencias de revisión de acciones de tutela, la Corte Constitucional suele apoyar sus argumentos en normas y jurisprudencia internacional; y es una tendencia cada vez más fuerte que hagan lo propio tanto el Consejo de Estado como la Corte Suprema de Justicia en los ámbitos de sus respectivas competencias.

<sup>33</sup> Jaime Orlando Santofimio Gamboa, “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática”, en *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*, *op. cit.*, pp. 128 a 350. Los casos referidos aparecen en el apartado V: Breve estudio de la responsabilidad del Estado y de la aplicación del control de convencionalidad (pp. 316 y ss.) y la conclusión que se cita en la p. 349. Hay que agregar que, en conversación personal con este autor, afirmó haber atemperado su posición, lo que será objeto de explicación en una publicación de próxima aparición.

sino con los entendimientos que suelen darse a instituciones semejantes como el control de constitucionalidad y con la práctica constitucional de países que, como Colombia, poseen un control normativo mixto.<sup>34</sup>

A manera de conclusión de todo lo dicho, lo decisivo es afirmar que tanto el control de convencionalidad como la aplicación del *corpus iuris* de derechos humanos en Colombia gozan de buena salud. Es necesario, sin embargo, que todas las autoridades y en especial los jueces en general, encuentren en lo hecho por las altas cortes colombianas un incentivo para avanzar en la adjudicación judicial en línea con el derecho internacional.

## Bibliografía

- BAZÁN, Víctor, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconventionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2014.
- BOURDIEU, Pierre, *La fuerza del derecho. Elementos para una sociología del campo jurídico*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Uniandes, 2000.
- BREWER-CARÍAS, Allan R., “El control de convencionalidad, con particular referencia a la garantía del derecho a la protección judicial mediante un recurso sencillo, rápido y efectivo de amparo de los derechos humanos”, en *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.
- CASTILLA JUÁREZ, Karlos, “Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional”, *Derecho del Estado*, núm. 33, julio-diciembre de 2014, pp. 149-172.
- CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Sentencia de 28 de noviembre de 2002, Exp. 12812, C. P. Ricardo Hoyos Duque.
- \_\_\_\_\_, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 19 de octubre de 2011, Exp. 20241, C. P. Jaime Orlando Santofimio.
- \_\_\_\_\_, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 21 de noviembre de 2013, Exp. 29764, C. P. Enrique Gil Botero.

<sup>34</sup> Quizá se reconozca aquí un parecido de familia con la idea expresada por Karlos Castilla Juárez, “Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional”, *Derecho del Estado* núm. 33, julio-diciembre de 2014, pp. 149-172. La diferencia esencial estriba, me parece, (i) en el carácter espurio que le atribuye al control de convencionalidad cuando está a cargo de los jueces nacionales –lo que con el caso colombiano demostré como posible y auténtico en el sentido estricto de la noción– y (ii) en que la (mera) aplicación de la Convención –o del derecho internacional– corre por cuenta de los jueces nacionales, pero también está a cargo de la Corte IDH. En suma, a diferencia de Castilla, considero que tanto los jueces nacionales como la Corte IDH pueden, según sea el caso, aplicar genuinamente o el control de convencionalidad o simplemente la Convención –y por extensión el *corpus iuris* de derechos humanos–.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-500 de 2014 de 16 julio de 2014, M. P.: Mauricio González Cuervo.

\_\_\_\_\_, Sentencia T-111 de 2015 de 2 de marzo de 2015, M. P.: Jorge Iván Palacio Palacio.

CORTE IDH, *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, Sentencia de Fondo de 12 de noviembre de 1997.

\_\_\_\_\_, *Caso Castillo Petruzzi vs. Perú*, Sentencia de Fondo de 30 de mayo de 1999.

\_\_\_\_\_, *Caso Olmedo Bustos y otros "La Última Tentación de Cristo" vs. Chile*, Sentencia de 5 de febrero de 2001.

\_\_\_\_\_, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, Sentencia de Fondo de 3 de septiembre de 2001.

\_\_\_\_\_, *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, Sentencia de 21 de junio de 2002, Fondo, Reparaciones y Costas.

\_\_\_\_\_, *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Sentencia del 25 de noviembre de 2003, Fondo, Reparaciones y Costas.

\_\_\_\_\_, *Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

\_\_\_\_\_, *Caso Tibi vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Sentencia de 7 de diciembre de 2004, Fondo, Reparaciones y Costas.

\_\_\_\_\_, *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, Sentencia del 26 de septiembre 2006, Fondo, Reparaciones y Costas.

\_\_\_\_\_, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

\_\_\_\_\_, *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, Sentencia de 12 de agosto de 2008, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

\_\_\_\_\_, *Caso Radilla Pacheco vs. México*, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

\_\_\_\_\_, *Caso Manuel Cepeda vs. Colombia*, Sentencia de 26 de mayo de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

\_\_\_\_\_, *Caso Fernández Ortega y Otros vs. México*, Sentencia de 30 de agosto de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

\_\_\_\_\_, *Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México*, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

\_\_\_\_\_, *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, Sentencia de 1 de septiembre de 2010, Fondo, Reparaciones y Costas.

\_\_\_\_\_, *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, Sentencia de 24 de noviembre de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

\_\_\_\_\_, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Sentencia del 26 de noviembre de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

\_\_\_\_\_, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Sentencia del 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones.

- \_\_\_\_\_, *Caso López Mendoza vs. Venezuela*, Sentencia de 1 de septiembre de 2011, Fondo, Reparaciones y Costas.
- \_\_\_\_\_, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Sentencia del 24 de febrero de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas.
- \_\_\_\_\_, *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, Sentencia de 31 de agosto de 2012, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- \_\_\_\_\_, *Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala*, Sentencia del 20 de noviembre de 2012, Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas.
- \_\_\_\_\_, *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, Sentencia de 30 de noviembre de 2012, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones.
- \_\_\_\_\_, *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*, Sentencia de 14 de mayo de 2013, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones.
- \_\_\_\_\_, *Caso Liakat Ali Alibus vs. Suriname*, Sentencia de 30 de enero de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- \_\_\_\_\_, *Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Mapuche) vs. Chile*, Sentencia del 29 de mayo de 2014, Fondo, Reparaciones y Costas.
- \_\_\_\_\_, *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, Sentencia del 28 de agosto de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- \_\_\_\_\_, *Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*, Sentencia del 14 de octubre de 2014, Fondo, Reparaciones y Costas.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Auto de 13 de mayo de 2010, Rad. 33.118, ponente: María del Rosario González de Lemos.
- DULITZKY, Ariel E., “An Inter-American Constitutional Court? The invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights”, *Texas International Law Journal*, vol. 50, Issue 1, 2015, pp. 45 a 93.
- HITTERS, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación”, en *Estudios Constitucionales*, año 7, núm. 2, 2009, pp. 109-128.
- NASH, Claudio, *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7: Control de convencionalidad*, Corte IDH, Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33825.pdf>.
- QUINCHE, Manuel Fernando, *El control de convencionalidad*, Bogotá, Temis, 2014.
- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y el principio de convencionalidad como pilar de su construcción dogmática”, en *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.
- UPRIMNY YEPES, Rodrigo, “El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal”, en Daniel O’Donnell, Margarita Inés Uprimny Yepes y Alejandro Valencia Villa (comps.), *Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Derechos humanos*,

*derecho internacional humanitario y derecho penal internacional*, vol. I, Bogotá, OACNUDH, 2001.

VALENCIA GARCÍA, Carlos E., “Legislación y jurisprudencia colombiana en los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos”, en Gustavo Gallón Giraldo (comp.), *Espacios internacionales para la justicia colombiana*, Bogotá, Comisión Andina de Juristas, Seccional Colombiana.



VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

**Néstor Pedro Sagüés\* (Argentina)**

## **Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad\*\***

### **RESUMEN**

El poder ejecutivo y la administración pública en general también deben, y de oficio, realizar control de convencionalidad, según jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ese control se aplica tanto en la emisión como en la aplicación de normas. En este último ámbito puede ser “constructivo”, cuando el operador realiza selección de interpretaciones o construcción de interpretaciones del derecho doméstico, para amoldarlo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, o “represivo”, en el caso en que inaplique reglas nacionales opuestas a estos parámetros de convencionalidad.

**Palabras clave:** control de convencionalidad, control ejecutivo, control administrativo, control represivo, control constructivo, control difuso, control concentrado, selección de interpretaciones, construcción de interpretaciones.

### **ZUSAMMENFASSUNG**

Nach der Rechtsprechung des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte sind die Exekutive und die öffentliche Verwaltung generell verpflichtet, eine Prüfung der Vertragskonformität von Amts wegen vorzunehmen. Diese Kontrolle gilt sowohl für den Erlass als auch die Anwendung von Normen. Im zweiten Fall kann sie „konstruktiven Charakter“ haben, wenn sie für die Wahl zwischen verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten oder bei der Entscheidung über die richtige Auslegung des nationalen Rechts herangezogen wird, um dieses an die Amerikanische Menschenrechtskonvention und die Rechtsprechung des Interamerikanischen Gerichtshofs

---

\* Catedrático de la Universidad de Buenos Aires y Pontificia Universidad Católica Argentina. Presidente honorario del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. npsagues@gmail.com.

\*\* El presente trabajo se integra al Programa de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario de la Universidad Católica Argentina.

für Menschenrechte anzupassen, oder „repressiven“, wenn nationale Rechtsnormen, die im Widerspruch zu den Parametern der Vertragskonformität stehen, nicht angewendet werden.

**Schlagwörter:** Kontrolle der Vertragskonformität; Exekutivkontrolle; administrative Kontrolle; repressive Kontrolle; konstruktive Kontrolle; diffuse Kontrolle; konzentrierte Kontrolle; Wahl zwischen Auslegungsmöglichkeiten; Auslegungsentscheidung.

## ABSTRACT

Abstract: According to the case law of the Inter-American Court of Human Rights, the Executive Power and public administration in general should carry out conventionality control of their own accord. This control applies both to the approval and the application of norms. With relation to the latter, it may be “constructive” control, when the agent chooses between different interpretations or formulates an interpretation of domestic law in order to adjust it to the American Convention on Human Rights and the case law of the Inter-American Court, or it may be “repressive” control when it decides against the application of national rules which clash with the standards in the convention.

**Keywords:** Conventionality control, executive control, administrative control, repressive control, constructive control, diffuse control, concentrated control, choice of interpretations, construction of interpretations.

## Introducción

El objeto de este trabajo es, primero, distinguir las funciones *represivas* de las *constructivas* de la doctrina del control de convencionalidad dispuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para abordar después uno de los sujetos que el mismo tribunal demanda que practique ese control: el poder ejecutivo. En tal sentido, se distinguirán los distintos papeles que en este quehacer puede asumir ese órgano del Estado, y la administración pública en general, esto es, como *emisores* de normas y como *aplicadores* o, en su caso, *inaplicadores* de normas.

### 1. Los roles represivos y constructivos del control de convencionalidad

La misión clásica del control de convencionalidad que deben practicar los jueces nacionales a partir de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada en 2006 en el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, consistió en cumplir un papel típicamente *represivo*: inaplicar las reglas de derecho interno opuestas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San

José de Costa Rica)<sup>1</sup> y a la doctrina sentada por la propia Corte Interamericana. Esa función se extendió como un deber “de oficio” de dichos jueces sobre todas las normas nacionales (*Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*) y, finalmente, ejercitable por todos los órganos del Estado, especialmente los vinculados más estrechamente a la administración de justicia, dentro del marco de sus respectivas competencias y aun respecto de leyes que tuvieran convalidación popular a través, v. gr., de referéndums o plebiscitos (por ejemplo, *Gelman vs. Uruguay*, 2011, con referencia a la llamada “ley de caducidad”, o de extinción de la pretensión punitiva del Estado por delitos como secuestros, desapariciones o torturas perpetrados por militares durante la última dictadura).

Junto a dicho rol represivo, el control de convencionalidad ha asumido otro, *constructivo* o *positivo*, que en última instancia produce un *reciclaje de la norma nacional*, sea constitucional o subconstitucional. Esta posibilidad es muy clara a partir del *Caso Radilla Pacheco vs. México* (párr. 340), donde la Corte Interamericana subraya –si bien escuetamente– la necesidad de que las *interpretaciones constitucionales y legislativas* locales se adecuen a los principios establecidos por la jurisprudencia de aquel tribunal (la tesis se repite, por ejemplo, en *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (párr. 233), y sus citas de *Fernández Ortega vs. México* y *Rosendo Cantú*), lo que implica pensar, interpretar y hacer funcionar todo el derecho interno, en consonancia con las pautas del Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En definitiva, ello implica realizar la “interpretación conforme” del derecho doméstico, con estos dos últimos parámetros de control (Pacto y jurisprudencia).

Ello conduce a practicar –sostenemos–, de ser necesario, las siguientes operaciones: (i) de *selección de interpretaciones*, prefiriendo aquellas exégesis del derecho doméstico compatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, y desechando las incompatibles con tales parámetros; (ii) de *construcción de interpretaciones*, mediante interpretaciones del derecho nacional *mutativas por adición* (cuando se *agrega* algo al mensaje normativo del precepto normativo local, para tornarlo potable con el Pacto y jurisprudencia citados), *mutativas por sustracción* (al revés, si se *quita* algo a ese contenido, igualmente para compatibilizarlo con el Pacto y tal jurisprudencia), o *mutativas mixtas, por sustracción-adición* (también llamadas “sustitutivas”), donde el operador *extrae* algo y *añade* algo al contenido de una norma constitucional o infraconstitucional,

<sup>1</sup> En rigor de verdad, el control de convencionalidad no se limita a asegurar la primacía del Pacto de San José de Costa Rica, sino de todos los tratados sobre derechos humanos ratificados por un Estado, los que conforman, para el mismo, una especie de bloque de convencionalidad, como agudamente lo denomina, v. gr., Eduardo Ferrer Mac-Gregor [cf. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Alejandro Saiz Arnaz y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa*, México, D. F., Porrúa-UNAM, 2012, pp. 109, 92].

siempre para tornarla compatible con el Pacto y la jurisprudencia mencionados.<sup>2</sup> El tema se vincula así con la doctrina de las sentencias constitucionales atípicas, también llamadas (no en sentido peyorativo) *manipulativas* o modulativas (asimismo, “interpretativas”).

En particular, mediante los mecanismos de reciclaje del derecho interno, el intérprete-operador local evita choques frontales entre el Pacto de San José de Costa Rica, sumado a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, con la constitución (y todo el derecho) nacional, así como la declaración de invalidez, por inconvencionalidad, de esas reglas domésticas, adaptándolas como reglas convencionales. Naturalmente, todo este manojito de variables alerta que la tarea del intérprete-operador actual es mucho más trabajosa que años atrás, a la par que demanda en quien la haga cualidades especiales de olfato jurídico, perspicacia, imaginación y acierto. Es mucho más sencillo invalidar un precepto, antes que reciclarlo. Pero esta última operatoria es necesaria, antes de destruir o inaplicar reglas locales, máxime si ellas son constitucionales.

En definitiva, es el concepto mismo de constitución nacional el que puede alterarse. Hoy día, como instrumento jurídico, la constitución no es ella sola, sino que se encuentra “convencionalizada”, es decir, completada, conformada y reciclada con y por los tratados internacionales de derechos humanos, como el de San José de Costa Rica, y por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Paralelamente, debe tenerse presente que el control de convencionalidad tiene que verificarse tanto en la *emisión* como en la *aplicación* de normas (*Gelman 2*, 20 de marzo de 2013, párr. 69).

## 2. Los sujetos convocados para practicar control de convencionalidad

Quienes primero fueron llamados para trabajar como operadores del control interno o nacional de convencionalidad fueron los jueces, como se desprende, por ejemplo, de *Almonacid Arellano vs. Chile*. Este fallo, de 2006, fue ampliado posteriormente para involucrar en ese trabajo a todos los órganos del Estado, “especial-

<sup>2</sup> Derivamos también al lector a nuestros estudios anteriores: Néstor Pedro Sagüés, “Derechos constitucionales y derechos humanos. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada”, en Humberto Nogueira Alcalá (coord.), *La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos*, Santiago de Chile, Librotecnia – Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2014, pp. 15 y ss., y *Jurisprudencia Argentina*, 2013-IV-1342; Néstor Pedro Sagüés, “Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. La ‘constitución convencionalizada’”, en Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan y Mariela Morales Antoniazzi (comps.), *Estudios avanzados de derechos humanos*, Río de Janeiro, Elsevier, 2013, pp. 617 y ss.; Néstor Pedro Sagüés, *La interpretación judicial de la Constitución. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada*, México, D. F., Porrúa, 2013, p. 356.

mente los más vinculados con la administración de justicia”. La apertura se registra ya, por ejemplo, en *Cabrera García y Montiel Flores v. México* (2010, párr. 225) y después se consolida reiteradamente. Por ejemplo, en *Gelman 2* (20 de marzo de 2013, párr. 69) se convoca, respecto del Estado, a “todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos sus niveles”.

El listado, pues, se agiganta y presenta nuevos escenarios. Por ejemplo, el de los sujetos legisferantes,<sup>3</sup> entre los que cabe hoy mencionar: a) al poder constituyente; b) desde luego, al congreso; c) al poder ejecutivo, cuando pronuncia normas; d) al judicial, en los casos en que emite, v. gr., directrices jurisprudenciales que implican reglas obligatorias para jueces u otros entes estatales, muchas veces a través de “sentencias exhortativas” que en verdad, de vez en cuando, se transforman en “sentencias legislativas”; e) en ciertos lugares, al consejo de la magistratura, habilitado de vez en cuando por la constitución para expedir normas (en Argentina, por ejemplo, art. 114, inc. 5, para “dictar reglamentos relacionados con la organización judicial y los que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia”), etc. Incluso cabe preguntarse si particulares generadores de normas, como los empresarios y trabajadores que establecen convenios colectivos de trabajo, obligatorios incluso para quienes no hayan intervenido en su aprobación, no se encuentran también comprendidos en esta esfera del control legisferante de convencionalidad, interrogante al que respondemos afirmativamente. Un convenio colectivo laboral, v. gr., no debería incluir cláusulas opuestas al Pacto referido y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Tal control legisferante obliga a los órganos del caso, en el ámbito de sus competencias, a no sancionar normas opuestas al Pacto de San José de Costa Rica y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, y a modificar las existentes, y en casos extremos a eliminarlas, para concordarlas con estos baremos.

### **3. El control ejecutivo (y administrativo en general) de convencionalidad. Dimensiones**

El tema tiene importancia cotidiana e innegable. No obstante, no abundan los trabajos dedicados al asunto, que parten del supuesto, erróneo por cierto, de que el control de constitucionalidad es tarea básica y casi exclusiva de jueces. Pero hay felices excepciones.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Nos remitimos a Néstor Pedro Sagüés, “Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 12 de noviembre de 2014, p. 104.

<sup>4</sup> Recomendamos la lectura de Lucas L. Moroni Romero, “El control administrativo de convencionalidad”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 9 de octubre de 2013, p. 47, cuyos aportes compartimos y seguimos en buena parte de este trabajo.

En concreto, en materia del control de convencionalidad realizado por el poder ejecutivo, cabe distinguir estas regiones.

### **3.1. El poder ejecutivo (y los entes administrativos en general) como órganos de emisión de normas**

Tal es el caso del poder ejecutivo cuando emite normas, que son de variada especie; a título de ejemplo: a) decretos leyes, o de necesidad y urgencia, que atienden asuntos, por excepción, propios del poder legislativo; b) decretos reglamentarios de una ley; c) decretos autónomos en las áreas que le son constitucionalmente propias y exclusivas; d) decretos delegados, expedidos en virtud de leyes de delegación sancionadas por el congreso, en materias de este último, y dentro de los márgenes constitucionales que lo permitan. A lo expuesto habría que agregar la multitud de resoluciones ministeriales, ordenanzas, decretos, decisiones, comunicados, etc., emitidos por los diferentes órganos de la administración pública.

En estos supuestos, rigen las pautas propias del control legisferante de convencionalidad, en su doble versión de que tales normas deben conformarse con el Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y de que cabe corregir (y de ser necesario, dejar sin efecto) las existentes que colisionen con estos dos parámetros de convencionalidad.

### **3.2. El poder ejecutivo (y los entes administrativos en general) como órganos de aplicación de normas**

Aquí cabe formular dos distinciones, recordando que tal control también debe realizarse de oficio (por ejemplo, *Caso Gelman 1*, 24 de febrero de 2011, párr. 193), y que en los procedimientos y procesos administrativos rigen también las reglas esenciales del Pacto de San José de Costa Rica que garantizan el debido proceso (v. gr., *Caso Baena*, 2 de febrero de 2001, párr. 129).

#### ***3.2.1. Control constructivo de convencionalidad***

En este terreno, *todos* los órganos de la administración deben hacer funcionar la normatividad que aplican, constitucional, legal y sublegal, en consonancia con el Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según la doctrina de la “interpretación conforme” ya reseñada. En otras palabras (ver *supra*, 1), tendrán que escoger de entre las interpretaciones posibles de la norma nacional que efectivizan, las que se concilien con los parámetros internacionalistas indicados; y de ser necesario, realizar “construcción de interpretaciones” por adición, sustracción o mixtas, para lograr el empalme de las reglas domésticas con el citado Pacto y jurisprudencia regional.

En este sentido, bien puede hablarse de un control *difuso* de convencionalidad, de tipo, volvemos a repetirlo, *constructivo*. Por ejemplo, practicado por autoridades universitarias, como decanos y consejos directivos de una universidad oficial, en torno a la acreditación de una asignatura para una alumna, o la falta de evaluación de un docente mientras se encontraba pendiente la sustanciación de un juicio académico.<sup>5</sup>

### 3.2.2. *Control represivo de convencionalidad*

En esta variable, de fracasar el control constructivo de convencionalidad, que siempre debe intentarse primero, el órgano administrativo en cuestión inaplica o desaplica la regla local que contraviene el Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia regional.

En ese trabajo emergen serios obstáculos e interrogantes. Si es el propio órgano de emisión de la norma el que advierte que inexorablemente no se concilia con el sistema interamericano de derechos humanos, él mismo podría dejarla sin efecto.

Si se trata de un ente administrativo subordinado a quien emitió la norma (piénsese, v. gr., en un director de administración que se encuentra ante un decreto del poder ejecutivo, en principio irremediamente opuesto al Pacto de San José de Costa Rica), no siempre estará autorizado, por sí mismo, para inaplicar el decreto en cuestión. Tendrá que utilizar los mecanismos internos de la administración para articular su problema.

La cuestión es más compleja cuando un jefe de Estado, v. gr., entiende que una ley (a la que se encuentra constitucionalmente subordinado) choca irremisiblemente con el Pacto o la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Por supuesto, primero debe agotar los dispositivos de control constructivo de convencionalidad para realizar una “interpretación conforme”, según apuntamos (a través del método de selección y construcción de interpretaciones); pero si estos mecanismos le resultan infructuosos, la incógnita es si él podría, por sí mismo, realizar el control represivo de convencionalidad e inaplicar la ley en cuestión.

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como ya anticipamos, ese control represivo de convencionalidad tiene que practicarse según el marco de las reglas de competencia y de las normas procesales del ente que lo verifica (v. gr., *Caso Gelman 1*, 24 de febrero de 2011, párr. 193). Por el paralelismo entre el control de convencionalidad y el de constitucionalidad, podría concluirse así: el órgano ejecutivo y administrativo que está habilitado para realizar el control de constitucionalidad, por sí mismo, también tendría facultades para realizar allí control de convencionalidad. En cambio, si no es competente para consumar control represivo de constitucionalidad, tampoco estaría habilitado para realizar control represivo de convencionalidad, y tendría que derivar el caso al órgano estatal pertinente para realizar el control represivo de constitucionalidad-convencionalidad.

---

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 51, en actuaciones seguidas ante la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

El tema es discutido, sobre todo en aquellos países donde el poder ejecutivo, conforme la jurisprudencia prevaleciente, no tiene aptitud para declarar por sí la inconstitucionalidad de una ley (todo ello con base en el principio de división de los poderes y ante el temor de que si se le permitiese tal cosa, el poder ejecutivo podría evadirse de cuanta ley no le gustase), ni tampoco cuenta con legitimación, según la misma jurisprudencia que, aunque cuestionable, es la predominante para plantear ante los tribunales la inconstitucionalidad de las leyes sancionadas por el Congreso (tal es el caso de Argentina, por ejemplo).<sup>6</sup>

En rigor de verdad, la Corte Interamericana ha extremado la aplicación de la doctrina del control de convencionalidad por parte de los órganos del Estado, judiciales, legislativos y administrativos. Si uno de estos últimos se encuentra ante la disyuntiva de inaplicar una ley contraria al Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y el método de la interpretación “conforme”, portador del control constructivo de convencionalidad, no le es suficiente o exitoso, a la par que no puede decidir por sí mismo la inconstitucionalidad del precepto legal en juego, es forzoso reconocerle legitimación procesal para plantear el asunto ante quien sí está habilitado para ejercer control de constitucionalidad para que él resuelva el tema del control represivo de convencionalidad.

En definitiva, lo que no es admisible es que el poder ejecutivo o el ente administrativo del caso tengan bloqueados todos los conductos de acceso para (i) decidir por sí mismo, o (ii) para plantear ante un órgano apto para resolver el control represivo de constitucionalidad, su reclamo de control represivo de convencionalidad, respecto, v. gr., de una ley.

#### 4. Recapitulación

El poder ejecutivo y la administración pública tienen importantes tareas que cumplir en materia de control de convencionalidad.

- a) En cuanto a la emisión de normas, deben cuidarse, de oficio, de expedir reglas acordes con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, así como de modificar o derogar las que se opongan a ambas.

---

<sup>6</sup> El tema ha sido tratado con mayor extensión en Néstor Pedro Sagüés, *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, 4ª. ed., Buenos Aires, Astrea, 2013, t. 1, pp. 127 y 233. La jurisprudencia que impide que el Poder Ejecutivo alegue ante los tribunales la inconstitucionalidad de leyes invoca en Argentina los conceptos de unidad del Estado, el bien del Estado mismo, la lealtad y buena fe del Estado frente a la comunidad, y el bien común. Tal argumentación, aunque sólida, no es en definitiva convincente. Si el Estado ha sancionado una ley inconstitucional, no es incorrecto que el Poder Ejecutivo requiera su inaplicación ante los tribunales, más allá de las reparaciones que esa declaración de inconstitucionalidad dé lugar frente a los particulares.



- b) Respecto de la aplicación de normas domésticas, tienen siempre que realizar de oficio un control *constructivo* (difuso, pues), en el sentido de empalmar, mediante interpretaciones adecuadas, tales reglas con los parámetros de convencionalidad aludidos (Pacto y jurisprudencia de la Corte Interamericana).
- c) De subsistir el problema de compatibilidad, deberán trabajar –igualmente de oficio– por la inaplicación de las reglas nacionales (control *represivo*). Según sea el régimen de control de constitucionalidad imperante en un país, en algún caso podrán inaplicarlas por sí mismos, pero en otros deberán ocurrir a los órganos adecuados para ejercer control de constitucionalidad represivo y requerir ante ellos la descalificación (y consecuente inaplicación) por inconventionalidad del material normativo local opuesto al Pacto y a la jurisprudencia citados. En algunas naciones, entonces, este control represivo es difuso, y en otras, concentrado.

## Bibliografía

- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Alejandro SAIZ ARNAZ y Eduardo FERRER MAC-GREGOR (coords.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa*, México, D. F., Porrúa-UNAM, 2012.
- MORONI ROMERO, Lucas L., “El control administrativo de convencionalidad”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 9 de octubre de 2013.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. La ‘constitución convencionalizada’”, en Armin VON BOGDANDY, Flavia PIOVESAN y Mariela MORALES ANTONIAZZI (comps.), *Estudos avançados de direitos humanos*, Río de Janeiro, Elsevier, 2013.
- \_\_\_\_\_, *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, 4ª. ed., Buenos Aires, Astrea, 2013.
- \_\_\_\_\_, *La interpretación judicial de la Constitución. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada*, México, D. F., Porrúa, 2013.
- \_\_\_\_\_, “Derechos constitucionales y derechos humanos. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada”, en Humberto NOGUEIRA ALCALÁ (coord.), *La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos*, Santiago de Chile, Librotecnia - Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2014.
- \_\_\_\_\_, “Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 12 de noviembre de 2014.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Víctor Manuel Collí Ek\* (México)

## De la supremacía literal de la Constitución a la material en el nuevo paradigma jurisprudencial de defensa de derechos humanos en México\*\*

### RESUMEN

En México se está consolidando un nuevo paradigma para la defensa de los derechos humanos, que comenzó con la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, y continuó con profundos y esenciales cambios entre tal año y 2014. Dentro de los elementos de evolución involucrados en el nuevo paradigma, hay dos logros que derrumban valladares de larga y sólida tradición en la doctrina constitucional y jurisprudencial mexicana: primero, el tránsito del control constitucional concentrado, a un modelo mixto concentrado y difuso de constitucionalidad y convencionalidad; segundo, hipótesis central del presente estudio, la emergencia de una concepción material de la Constitución, entendida como el reconocimiento pleno, efectivo y real de los derechos humanos, sin frenarse por fuentes normativas, que lleva en el estandarte lo que la Corte mexicana ha denominado: “parámetro de regularidad constitucional”.

**Palabras clave:** derechos humanos, bloque de constitucionalidad, supremacía constitucional, control constitucional, control de convencionalidad.

---

\* Investigador de la Universidad Autónoma de Campeche. Entre sus publicaciones recientes se encuentran estudios sobre el nuevo paradigma de derechos humanos en México, independencia judicial y federalismo judicial. vimcolli@uacam.mx.

\*\* El presente estudio es un producto del proyecto de investigación “La vigencia de la Constitución en la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como tribunal constitucional” (154998), financiado por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT-SEP) a través del Fondo de Ciencia Básica, del que el autor es líder. Agradezco la colaboración de la licenciada Mariana Guadalupe Casas Collí, egresada de la Facultad de Derecho, y de mis compañeros del cuerpo académico “Derechos Humanos y Problemas Constitucionales”, sin cuya intervención no hubiera sido posible la conclusión de este trabajo.

## ZUSAMMENFASSUNG

In Mexiko konsolidiert sich ein neues Paradigma zum Schutz der Menschenrechte, insbesondere durch die Verfassungsreform vom 10. Juni 2011 sowie einige weitgehende und tiefgreifende Prozesse zwischen jenem Jahr und 2014. Vor allem die Fortschritte in zwei Bereichen, die das neue Paradigma ausmachen, haben dazu beigetragen, einige seit langer Zeit bestehende, traditionelle Bollwerke der mexikanischen Verfassungs- und Rechtsprechungsdoktrin zu Fall zu bringen. Das ist einerseits die Abschaffung des Bundesvorbehalts bei der Überprüfung der Verfassungskonformität durch das neue Modell der gerichtlichen Überprüfung der Verfassungs- und Vertragskonformität. Das zweite ausgelöste Haupthindernis - das 2014 überwunden wurde und das Gegenstand der Haupthypothese dieser Untersuchung ist - ist die Konzeption vom Vorrang des Verfassungstextes, an deren Stelle als Ergebnis dessen, was der oberste Gerichtshof Mexikos als „Parameter der verfassungskonformen Ordnungsmäßigkeit“ bezeichnet, der materielle Vorrang der Verfassung im Sinne der umfassenden, effektiven und faktischen Anerkennung der Menschenrechte ohne normativ begründete Einschränkungen getreten ist.

**Schlagwörter:** Menschenrechte; Verfassungsblock; Verfassungsvorrang; Überprüfung der Verfassungskonformität; Überprüfung der Vertragskonformität.

## ABSTRACT

A new paradigm for the defense of human rights is gaining force in Mexico, led by the constitutional amendment of 10 June 2011 and followed by decisive developments between that year and 2014. Within the elements involved in the new paradigm, two achievements demolished longstanding barriers in Mexican constitutional doctrine and case law. The first of these is that constitutionality control, which used to be exercised exclusively by federal judicial bodies, has now gradually evolved to a new model under which constitutionality and conventionality control may be carried out by all federal and state judges. The second great barrier which has been demolished—in 2014, and which serves as the main hypothesis of this study—is the concept of supremacy of the constitutional text. This is giving way to the material supremacy of the Constitution, understood as the full, effective and actual acknowledgement of human rights, unfettered by normative constraints, and a result of what the Supreme Court of Justice calls the ‘standard of constitutional regularity’.

**Keywords:** Human rights, set of rules with constitutional hierarchy, constitutional supremacy, constitutionality control, conventionality control.

## Introducción

En México se está consolidando un nuevo paradigma para la defensa de los derechos humanos (DD. HH.); a la cabeza, la reforma constitucional en derechos humanos (RDH) de 10 de junio de 2011, con profundos y esenciales procesos entre

tal año y 2014. Ahora, dentro de estos elementos involucrados en el nuevo paradigma, hay dos logros que derrumban valladares de larga y sólida tradición en la doctrina constitucional y jurisprudencial mexicana. El primero de ellos, el desvanecimiento de la reserva federal del control constitucional, por el nuevo modelo de control constitucional y convencional difuso, que incluye a todos los jueces del país.<sup>1</sup> El segundo gran obstáculo derrumbado –que verá su ocaso justamente en 2014 y motivo central del presente estudio– es la concepción de la supremacía del texto constitucional, que está dando paso a una supremacía material de la Constitución mexicana (CPEUM), entendida sencillamente –aunque sencillo no fue el camino que llevó a ella– como el reconocimiento pleno y efectivo –este es un punto importante– de los DD. HH., sin frenarse por fronteras normativas, resultado de lo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) denominará “parámetro de regularidad constitucional”.

Justamente, la unión de esos tres elementos señalados –RDH y valladares derrumbados– nos muestra un cambio claro en la defensa de los DD. HH. en el ámbito jurisdiccional, que lleva al discurso del nuevo paradigma. En esta evolución, por supuesto, por su naturaleza, ha tenido un papel protagónico el tribunal constitucional mexicano, esto es, la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Como veremos, la unión entre RDH y actividad jurisdiccional de la SCJN ahora parece indudable que reposiciona la supremacía, que privilegia el principio constitucional por sobre el texto, llevando a la materialidad de la supremacía, que abarca no sólo el texto, sino todas aquellas normas internacionales que proclaman los DD. HH.

Esto se puede observar, claramente, en el momento de centrar nuestra atención en la yuxtaposición de los siguientes elementos: el texto del artículo 1º constitucional, la doctrina de las restricciones constitucionales, la doctrina del “parámetro de regularidad”, un derecho defendido en concreto cual es el derecho a la consulta y la aportación de los ministros de la Corte, apoyados en el nuevo diseño implementado gracias a la RDH.

En ese sentido, el presente artículo afirma que efectivamente existe un *momentum* para la mejor defensa de los DD. HH. en México, en específico la nueva concepción de la supremacía material de la Constitución consolidada en 2014. Para esto, revisa los instantes en donde el Pleno de la Corte cambia el discurso para, apuntalándose en el principio pro persona, lograr derogar la tradición “textualista” de la supremacía constitucional.

Para exponer lo anterior, el artículo se divide dos partes: en la primera, de contextualización, se exponen a grandes rasgos las principales instituciones de la RDH que

---

<sup>1</sup> He tenido oportunidad de referirme a este cambio en el artículo “Derechos humanos en México 2011-2013. El surgimiento de un nuevo paradigma jurisprudencial. Análisis a propósito del premio de ONU”, *Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 48, junio de 2014. Disponible en: <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/view/10.2436-20.8030.01.27>. Todas las páginas electrónicas que se citan en el presente estudio fueron revisadas al día 17 de septiembre de 2014.

tendrán un impacto clave para el cambio que queremos mostrar; al mismo tiempo, da un repaso de posicionamiento conceptual sobre el primer gran logro efectivo de la RDH, el derrumbamiento del primer valladar tradicional que resultaba lesivo a la defensa de los DD. HH. en México, el control concentrado de constitucionalidad, lo que fue posible en el estudio de la SCJN del *Caso Radilla*, detonado por la sentencia emitida a México por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). En la segunda parte se expone el rompimiento o resquebrajamiento del segundo gran valladar lesivo a la defensa de los DD. HH. en México, el entendimiento de la supremacía constitucional *literae*, o sea la supremacía del texto –con las restricciones constitucionales a la vanguardia– y, en consecuencia, la emergencia de la supremacía material de la Constitución.

A fin de mostrar con claridad lo anterior, se analizan tres fases de este segundo cambio fundamental. Esta “muestra” es concreta, el artículo examina tres casos, donde se ve cómo se van venciendo las resistencias, hasta llegar al momento en que no hay duda, el entendido de la supremacía ha cambiado y el campeón de la supremacía literal ha sido vencido, la jurisprudencia mexicana ha logrado un gran salto cualitativo que actualiza dos de las principales potencialidades de la RDH: el principio pro persona y la adopción de los estándares internacionales de DD. HH.

Resulta aún más interesante y aleccionador que en los casos muestra de la evolución del concepto de supremacía converjan dos elementos coincidentes, que permiten apreciar con mayor claridad el cambio: primero, el derecho analizado (el derecho a la consulta de los pueblos indígenas) y, segundo (la voz principal de la reflexión), los proyectos serán presentados por la misma Ministra, ya sea como ponente o como relatora. Esto, como se verá, facilita observar el desenvolvimiento de nuestro concepto analizado y la confirmación de nuestra hipótesis.

No sobra subrayar que estos cambios verdaderamente cualitativos se han dado en México, gracias a la labor de la SCJN; a fin de cuentas, hablamos de la defensa de los DD. HH. en sede jurisdiccional, a través del actor definitivo dentro de las fronteras mexicanas, que es el Pleno de la Corte.

## **1. La gran reforma y el primer valladar derrumbado**

### **1.1. La reforma constitucional en derechos humanos de 2011**

En este apartado analizaremos de manera sintética las principales instituciones aportadas por la RDH,<sup>2</sup> aquellas que darán paso al resquebrajamiento de los dos pilares tradicionales que socavaban la mejor defensa de los DD. HH. en México.

---

<sup>2</sup> Fecha de su publicación en el *Diario Oficial* de la Federación. Disponible en: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM\\_ref\\_194\\_10jun11.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_194_10jun11.pdf). Cf. Víctor Manuel Collí Ek, “Improving Human Rights in Mexico, Constitutional Reform, International Standards and

### 1.1.1. Cambio de denominación

El primer gran cambio de la RDH fue de denominación; se sustituyó la referencia que por décadas se hizo de ‘garantías individuales’<sup>3</sup> por ‘de los derechos humanos y sus garantías’. Nos explicamos.

Durante el proceso de discusión se analizaron tres términos posibles de adoptar: a) garantías individuales, b) derechos fundamentales, c) derechos humanos.

El poder revisor de la CPEUM se decantaría por la denominación de ‘derechos humanos’, pues atendía a una deficiencia fundamental en la defensa de los DD. HH. en México –el arraigado sentido fuerte de la supremacía constitucional y la concentración de la defensa de los DD. HH. en el Poder Judicial Federal–, pretendiendo mantener un sistema abierto de protección de DD. HH., al redimensionar su goce, pues su objetivo no era sólo remitirse a los derechos declarados desde la CPEUM, sino que permitiera la observancia directa de DD. HH. en TI, buscando una protección más efectiva.<sup>4</sup>

### 1.1.2. De individuos a personas

El “corazón de la reforma”, como se bautizaría durante el proceso de reforma constitucional, son las modificaciones al artículo 1º constitucional.<sup>5</sup> Un elemento bási-

---

New Requirement for Judges”, *Human Rights Brief*, vol. 20, Issue 1, 2012, pp. 7-14. Disponible en: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/hrbrief/vol20/iss1/2/>. Igualmente, Víctor Manuel Collí Ek, “La doctrina constitucional sobre la independencia judicial estatal en México. Voz de la Suprema Corte”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, núm. 20, 2012, pp. 124-125. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/ReformaJudicial/20/rjf/rjf6.pdf>. Al ser una reforma constitucional, la RDH tuvo el procedimiento establecido en el artículo 135 de la carta fundamental mexicana: el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes del Congreso de la Unión (Cámara de Diputados y Cámara de Senadores) y el voto afirmativo de la mayoría de las legislaturas de los estados (dieciséis de ellas). En este caso, veintiún legislaturas estatales aprobaron la RDH.

<sup>3</sup> Como lo señalaba el Capítulo I del Título Primero de la Constitución mexicana desde 1917, en que se creó por el constituyente convocado por Venustiano Carranza.

<sup>4</sup> Así se diría durante el proceso de reforma constitucional: “La reforma al artículo 1º propone distinguir claramente entre derechos humanos y garantías. La modificación protege cabalmente los derechos y garantías individuales, por lo que ya no existiría distinción entre los derechos humanos reconocidos en la Constitución y los derechos reconocidos por el Estado mexicano vía los tratados internacionales” (*Diario de los Debates de la Cámara de Diputados*, año III, segundo periodo, 23 de abril de 2009, vol. III, sesión núm. 27, p. 360. Disponible en: <http://cronica.diputados.gob.mx/PDF/60/2009/abr/090423-3.pdf>).

<sup>5</sup> El nuevo texto constitucional indica: “Artículo 10. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

co se encuentra en el cambio de referencia del propietario de los DD. HH., pues la CPEUM previamente lo identificaba como ‘individuo’ y ahora lo reconocía como ‘persona’.

### 1.1.3. *Tratados internacionales*

Aquí precisamente radicaría el gran poder potencial de cambio de la RDH, con la inclusión de dos elementos que sacudirían los cimientos de décadas de tradición en México.

Primero, la introducción de los términos ‘De los derechos humanos y sus garantías’ abrió<sup>6</sup> la ventana para una relación más directa de los derechos de las personas de fuente exclusivamente constitucional y los DD. HH. señalados en cualquier tratado internacional (TI)<sup>7</sup> del que México fuere parte. Esto último fue reflexionado y resultó en una ventaja de la RDH, al no restringirse sólo a aquellos tratados especiales de DD. HH., como originalmente se proponía.<sup>8</sup> Segundo, como regla de interpretación se estableció el principio pro persona, que significa la aplicación prioritaria del derecho humano mejor protegido. En México sucedía lo contrario; la protección, aunque fuera menor, siempre era la aplicación estricta del texto constitucional.

Por eso, junto al principio pro persona, en el párrafo segundo del citado artículo 1º, se establecía que todas las normas deberán encontrarse conforme con la CPEUM y los TI; esto hacía un estándar de protección mucho más amplio.

Sin embargo, que la RDH prometiera la adopción de los DD. HH. en TI y que igualmente exigiera un criterio de interpretación para la mejor defensa de los mismos, no se traducía en una realidad ineludible en la práctica mexicana. Dos grandes retos enfrentaría la efectividad de la RDH y ambos vendrían de una tradicional forma

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”.

<sup>6</sup> Ricardo Labardini, “Proteo en México. Un nuevo paradigma: derechos humanos y Constitución”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 133, México, 2012, p. 352. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/133/el/el11.pdf>.

<sup>7</sup> Héctor Fix-Zamudio, “Las reformas constitucionales mexicanas de junio de 2011 y sus efectos en el sistema interamericano de derechos humanos”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Manuel González Oropeza (comps.), *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*, vol. 1, México, D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2011, p. 426. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3065/18.pdf>.

<sup>8</sup> Cf. Víctor Martínez Bullé Goyri, “Reforma constitucional en materia de derechos humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 130, 2011, p. 411. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/derechocomparado/130/el/el12.pdf>.

de entender el artículo 133 de la CPEUM, aquel en donde se declara el principio de supremacía constitucional.

Se necesitaría la intervención de la SCJN para superar dos retos importantes de la RDH, en búsqueda de cambiar la concepción de la supremacía constitucional: primero, acabar con la facultad reservada al Poder Judicial Federal de ejercer control constitucional y ahora convencional. Segundo, cambiar de un sentido literal –que cohibía el pleno reconocimiento de los DD. HH. en TI, frente al caso límite de las restricciones constitucionales– a un sentido material que privilegia los DD. HH. por sobre su fuente normativa.

## 1.2. Primer valladar caído: la emergencia del control de constitucionalidad y convencionalidad difuso

Con la RDH de horizonte, en la jurisprudencia de la SCJN<sup>9</sup> se activaría un mecanismo de desarrollo de consecuencias profundas para la defensa de los DD. HH. En primer lugar, la aparición de más autoridades para defender derechos humanos, paso dado sobre el análisis del llamado control de convencionalidad *ex officio* que, a México y en especial a los tribunales, exigía la Corte IDH, de la cual el país reconoce la jurisdicción contenciosa.

El detonante fue la responsabilidad de México por el *Caso Radilla*<sup>10</sup> decidido por la Corte IDH y el concepto que esta abordó en tal decisión: el llamado control difuso de convencionalidad *ex officio*.<sup>11</sup> La responsabilidad generada para México

<sup>9</sup> Debo señalar tres cosas para entender mejor el funcionamiento de la Corte mexicana: primero, la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana funciona de dos formas: en pleno (todos los ministros, así se denominan los jueces de la Corte) y en dos salas. La SCJN es el órgano jurisdiccional más alto del país, por lo que todos los asuntos que se comentan fueron decididos en esta instancia. Segundo, los ministros de la Corte son 11; actualmente, Juan Silva Meza (presidente); Primera Sala: Jorge Pardo Rebolledo, José Cossío Díaz, Alfredo Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero, Arturo Zaldivar Lelo de Larrea; Segunda Sala: Sergio Valls Hernández, Luis María Aguilar Morales, José Franco González Salas, Margarita Luna Ramos y Alberto Pérez Dayán. Tercero, las sesiones del Pleno a que se hará referencia en el presente estudio (SCJN, VT) son transcritas de su versión taquigráfica (VT) y colgadas en la página web de la Corte, por lo que todas son fácilmente consultables en la siguiente dirección, de donde se observaron para la integración del presente estudio: [http://www.scjn.gob.mx/pleno/paginas/ver\\_taquigraficas.aspx](http://www.scjn.gob.mx/pleno/paginas/ver_taquigraficas.aspx). Igualmente, Carlos Castilla, “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia Radilla Pacheco”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011, pp. 593-624. Disponible en: <http://www.journals.unam.mx/index.php/amdi/article/view/23627>. Ver igualmente, Walter F. Carnota, “La diferencia entre control de constitucionalidad, control de convencionalidad y control de compatibilidad”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 15, 2011, pp. 51-66.

<sup>10</sup> Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 209. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_209\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_ing.pdf).

<sup>11</sup> Sobre el desarrollo de este concepto en la Corte IDH, ver Diego García Sayán, “The Inter-American Court and Constitutionalism in Latin America”, *Texas Law Review*, núm. 7,



en el *Caso Radilla* haría que la SCJN abriera dos asuntos especiales<sup>12</sup> (aunque el realmente importante sería el segundo de ellos) con el objetivo de acordar cuáles eran las obligaciones que la Corte IDH había determinado para el Poder Judicial mexicano, en especial de la lectura del párrafo 339 de la sentencia Radilla:

En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.<sup>13</sup>

La sesión de la SCJN del martes 12 de julio de 2011 es histórica, porque en ella se resolvería el expediente Varios 912/2010 y con ello un nuevo modelo de defensa ju-

---

2011, pp. 1839-1840. Se refiere a dos pasos en el desarrollo de esta interacción entre las cortes nacional y la interamericana: “A first step in this long and complex process was the affirmation of the thesis that international jurisdictional decisions should serve as interpretation guidelines for the domestic courts [...] Another fundamental step was taken by some of the most important courts in the region when they established the principle that the Interamerican Court’s judgments were binding on all domestic courts”. Disponible en: <http://www.texasrev.com/89-texas-1-rev-1835/>. Igualmente, *Voto razonado del Juez Ad Hoc, Eduardo Ferrer MacGregor Poisot, en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México de 25 de noviembre de 2010*. Disponible en: [http://dof.gob.mx/nota\\_detalle\\_popup.php?codigo=5193703](http://dof.gob.mx/nota_detalle_popup.php?codigo=5193703).

<sup>12</sup> Esta discusión proviene de una consulta hecha por el entonces presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el ministro Guillermo Ortiz Mayagoitia, sobre el trámite que debía darse a la Sentencia de la Corte IDH en el *Caso Rosendo Radilla contra los Estados Unidos Mexicanos*, y fue originalmente registrado como el asunto Varios 489/2010, en el que se concluyó que la Corte podía analizar las obligaciones que se generaran de esta sentencia, aunque no hubiera notificación formal al Poder Judicial de la Federación. Posteriormente, la apertura del expediente Varios 912/2010, derivado del anterior, discutiría, entre otras cosas, el papel de los jueces de la nación en torno a la defensa de los derechos humanos, el valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, etc.

<sup>13</sup> *Supra* nota 10.

risdiccional de DD. HH. en México,<sup>14</sup> distribuyendo nuevas facultades para decidir, diseñado como se señala a continuación.<sup>15</sup>

En primer lugar, el poder “concentrado” de control o defensa: “Esto corresponde al Poder Judicial de la Federación y únicamente puede hacerse en amparo, en controversias y en acciones de inconstitucionalidad con los fundamentos constitucionales que se están dando ahí”.

En seguida, el “control difuso”, que “significa desaplicación de la norma general que el juzgador estima inconstitucional, al caso concreto”. Este control difuso, para su ejercicio tendría dos fuentes y tipos de autoridades: primero, “lo que puede hacer el Tribunal Electoral en términos del párrafo sexto del artículo 99 constitucional”; segundo, “lo que puede hacer el resto de los tribunales del país por vía del artículo 133 constitucional más el 1º”. Aquí está el punto revolucionario, la apertura a que todos los jueces del país puedan defender derechos humanos; esto hubiera sido imposible de pensar sin la RDH.<sup>16</sup>

Por último, la otra novedad importante y que le da sentido a todo este nuevo sistema de control constitucional y convencional y defensa de DD. HH.: “la interpretación más favorable<sup>17</sup> como lo decía bien la Ministra Sánchez Cordero bajo el principio *pro homine*”.

Este modelo emergente era totalmente novedoso<sup>18</sup> porque rompía de frente una tradición fuertemente arraigada en México: la defensa jurisdiccional de los DD.

---

<sup>14</sup> Se generó la siguiente jurisprudencia: “Sistema de control constitucional en el orden jurídico mexicano”, P. LXX/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro III, diciembre de 2011, p. 557. Disponible en: <http://www.mgps.com.mx/espanol/noticias/precedentes/PDF2011/diciembre/constitucional/160480.pdf>.

<sup>15</sup> Es la explicación que dio el ministro José Ramón Cossío, SCJN, VT, 11 de julio de 2011, pp. 33-36.

<sup>16</sup> Esta revolución de autoridades judiciales para defender DD. HH. potencializa muchas instituciones en el país, en especial el entendido y el funcionamiento del federalismo judicial, que nos lleva a la pregunta, ¿hacia dónde evolucionará? Cf. Víctor Manuel Collí Ek, “Federalismo judicial en México. Concepciones, evolución y perspectivas”, *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, núm. 17, 2013. Disponible en: [http://governacio.gencat.cat/web/.content/iea/documents/publicacions/rea/2013/17/arxiu\\_reaf\\_17/\\_reaf17\\_colli.pdf](http://governacio.gencat.cat/web/.content/iea/documents/publicacions/rea/2013/17/arxiu_reaf_17/_reaf17_colli.pdf).

<sup>17</sup> SCJN, VT, 11 de julio de 2011, p. 38.

<sup>18</sup> Una decisión más se tomaría respecto de los compromisos de defensa de los DD. HH. devenidos de fuente internacional, y que se retomaría en la segunda fase del desarrollo que estamos analizando. Esto es, el grado de reconocimiento de la jurisprudencia de la Corte IDH. En esta ocasión, la SCJN decidiría que la jurisprudencia de la Corte IDH sería obligatoria para México, pero sólo en los casos donde el país hubiera sido parte. Se adoptaron dos jurisprudencias: Primera, “Criterios emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando el Estado mexicano no fue parte. Son orientadores para los jueces mexicanos siempre que sean más favorables a la persona en términos del artículo 10. de la Constitución federal”, P. LXVI/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro III, diciembre de 2011, p. 550. Disponible en: <http://www.mgps.com.mx/espanol/noticias/precedentes/PDF2011/diciembre/constitucional/160584.pdf>. Segunda, “Sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Son vinculantes en sus términos cuando el Estado mexicano

HH. estuvo siempre reservada al Poder Judicial Federal, y ahora la introducción de la dimensión difusa autorizaba y obligaba a todos los jueces –federales y estatales– a intervenir.

## **2. Segundo valladar caído y la evolución a la supremacía material de la Constitución**

Dado este primer paso para aceptar que el control de constitucionalidad y de convencionalidad era compatible con un diseño de defensa jurisdiccional difuso en México, que involucrara a todos los jueces del país, a partir de la aplicación del principio pro persona, o mejor defensa del derecho, el siguiente reto de este principio instrumentado en la RDH era ya no de estructura de ejercicio del poder, sino de defensa material del derecho humano en un México globalizado, por afirmarlo de una manera gráfica.

Responder a la pregunta ¿qué autoridad?, llevaba a las siguientes interrogantes: ¿Qué norma? ¿Cuáles derechos aplicar: los reconocidos en la Constitución mexicana o los radicados en TI? ¿Qué pasa cuando la CPEUM declara un derecho de una manera más estricta que un tratado internacional? En la materialidad del derecho humano, ¿cómo defender si el mejor posicionamiento se encuentra en un TI? Estas son las interrogantes del papel de las restricciones constitucionales para la defensa de los DD. HH. en el nuevo paradigma de derecho humano en México.

Primeramente, la RDH ya contaba entre sus logros haber dejado de lado la tradición arraigada del control jurisdiccional concentrado de la CPEUM. A pesar del texto del artículo, esta era una victoria de inmensa trascendencia, tanto por lo que había derribado como por lo que prometía; ahora, pasábamos a la discusión del diseño de defensa de los DD. HH. en el texto constitucional, su literalidad, frente a los TI.

Como veremos, este tema también evolucionará, enfrentando resistencias inicialmente y logrando avanzar hacia una mejor defensa de los DD. HH. en México. El primer paso, como siempre, es inseguro, dubitativo, tentador, como veremos en el asunto del municipio de Santa Catarina. El segundo paso es más sólido, crea la base para el posterior desarrollo, aprende del primero y aporta firmeza para el porvenir; es la discusión de la Contradicción de Tesis 293/2011. El tercer paso es maduro, abigarrado, muestra la segunda gran victoria del nuevo paradigma de DD. HH. en México, derriba el otro gran reto que tenía que afrontar y construye un modelo de defensa de DD. HH. que añoraba el cambio constitucional iniciado en 2011.

---

fue parte en el litigio”, P. LXV/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro III, diciembre de 2011, p. 556.

## 2.1. Primer paso: la supremacía del texto constitucional. No hay obligación de consulta

En el primer asunto que analizaremos, en concreto, se trataba de determinar qué implicaciones tiene el derecho a la consulta dentro de los derechos indígenas reconocidos en México, tratándose de la afectación a sus usos y costumbres. Pero para efectos del desarrollo del nuevo paradigma de DD. HH. suponía un enfrentamiento entre la dimensión nacional e internacional de los derechos humanos, que podría resolverse con el principio *pro persona*.<sup>19</sup>

Conocido los días 11, 15 y 16 de octubre de 2012, el Pleno de la SCJN analizó, por solicitud del municipio de Santa Catarina Lachatao de Oaxaca,<sup>20</sup> si la reforma de la Constitución local de Oaxaca, que introdujo mecanismos de democracia directa como el plebiscito, el referéndum, la revocación de mandato y el cabildo abierto, había respetado este derecho de consulta<sup>21</sup> que poseía, por ser un municipio indígena.<sup>22</sup> Lo que argumentaba el municipio era que, efectivamente, no fue consultado en una reforma que afectaba los usos y costumbres de los pueblos indígenas que lo habitan.

En ese sentido, debía definirse si la reforma constitucional oaxaqueña afectaba los derechos indígenas, a través de su derecho a ser consultados sobre decisiones que modificaran sus usos y costumbres; el conflicto específico era la figura del cabildo abierto, que no era practicado por el municipio indígena.

Para valorar esta posible afectación, había dos normas de referencia: la CPEUM y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

El problema radicaba en que cada norma ofrecía un criterio diverso de obligación a la consulta.

La CPEUM tiene lo que la SCJN llamó “normas prohibitivas o que establezcan excepciones” –en otras palabras, “restricciones constitucionales”–, porque la consulta sólo es obligatoria, de acuerdo con su artículo 2º, cuando se trate de “la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los estatales y municipales y, en su caso incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen”, que no era el caso.

---

<sup>19</sup> Ver Víctor Manuel Collí Ek, “¿Atentado a los derechos humanos?”, *Diario Reforma*, viernes 26 de octubre de 2012, p. 14. Disponible en: [http://media.wix.com/ugd/8cd442\\_3a29c5a1d76542a5ba14a5a5d85dcc50.pdf](http://media.wix.com/ugd/8cd442_3a29c5a1d76542a5ba14a5a5d85dcc50.pdf).

<sup>20</sup> Es la Controversia Constitucional 63/2011, resuelta el 16 de octubre de 2012. Disponible en la página web de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=129006>.

<sup>21</sup> Estos derechos se encuentran establecidos en el artículo 2º de la Constitución mexicana.

<sup>22</sup> La figura del “municipio indígena” formalmente no existe en la Constitución mexicana, lo que ha generado una discusión rica en la jurisprudencia de la Corte, la cual ha aceptado su existencia para efecto de promover medios de control constitucional a través del reconocimiento que se hace en el artículo 2º constitucional sobre el derecho de autodeterminación y autogobierno de los pueblos indígenas de México.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), por su parte, posee una cláusula abierta que obliga a la consulta en cualquier caso de afectación a usos y costumbres,<sup>23</sup> incluyendo modificaciones legislativas.

Ante esta disyuntiva, la resolución de la SCJN debía responder cuál estándar aplicar. Siguiendo esta línea argumentativa y de aplicación del principio pro persona, la pregunta planteada tendría una solución simple: ¿cuál estándar aplicar? Aquel que tenga un mejor reconocimiento de DD. HH.; en este caso, si hay algo que está afectando al municipio indígena y, por tanto, a los pueblos representados en él (tal y como señalaría el ministro Arturo Zaldívar: “No creo que los pueblos indígenas, cuando se organizan, como municipios indígenas, dejan de ser pueblos”), es claro que aquel estándar que obliga a la consulta sin establecer restricciones, esto es, el TI.

Pero la propuesta del proyecto y de la ministra presentadora era en el sentido contrario: superponer el texto constitucional al TI, aunque en el último encontráramos un estándar de mayor protección. Esto era posible debido a dos interpretaciones que había realizado la Segunda Sala de la SCJN. La primera sostenía la supremacía constitucional, relegando los TI a un segundo plano, porque el reconocimiento de DD. HH. en TI “en modo alguno controvierte el principio de supremacía constitucional”.<sup>24</sup> La segunda inhibía la aplicación del principio pro persona<sup>25</sup> cuando se trate de “cláusulas restrictivas o que establezcan excepciones”, como estaba sucediendo en el caso concreto.

Para sustentar su posición, la ministra ponente –Margarita Luna Ramos–, al definir su postura en la sesión del 16 de octubre, vuelve a hacer referencia a que el constituyente mexicano decidió restringir el derecho a la consulta y aboga por una interpretación que indica que el 169 de la OIT debe ser “flexibilizado”<sup>26</sup> por los países. El ministro presidente reconoce que en cuanto a la figura del cabildo abierto sí hay afectación a usos y costumbres.

En este asunto, como se puede ver con claridad, se abordaría la discusión en torno a las restricciones constitucionales y la relación entre DD. HH. en la CPEUM y en TI, pero a pesar de que esto se haría al nivel de las discusiones en el Pleno, en la sentencia final no se dice nada, salvo el voto concurrente del ministro Aguirre Anguiano, quien mantiene la postura de que bajo el principio de supremacía consti-

---

<sup>23</sup> Artículo 6º. Disponible en: <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang--en/index.htm>.

<sup>24</sup> “Supremacía constitucional. La reforma al artículo 10. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de 10 de junio de 2011, respeta este principio”, 2a. LXXV/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XIII, octubre de 2012, vol. 3, p. 2038.

<sup>25</sup> “Principio pro persona o *pro homine*. Forma en que los órganos jurisdiccionales nacionales deben desempeñar sus atribuciones y facultades a partir de la reforma al artículo 10. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el 10 de junio de 2011”, 2a. (10ª.), LXXXII/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XIV, noviembre de 2012, vol. 2, p. 1587.

<sup>26</sup> SCJN, VT, 16 de octubre de 2012, p. 13.

tucional, debe atenderse al texto constitucional, máxime si se trata de una restricción deliberadamente colocada por el poder revisor de la Constitución.

Analicemos la sesión del 15 de octubre de 2012, donde en exclusiva se abordaría esta problemática.

A pesar de que el proyecto fue elaborado por el ministro Fernando Franco debido a su ausencia en la sesión de esta fecha, es la ministra Luna Ramos quien presenta el proyecto. En su primera intervención, la ministra presentadora comienza reconociendo la capacidad del municipio para promover la controversia constitucional, al ser una jurisdicción cuyas autoridades fueron electas atendiendo los usos y costumbres de sus pueblos indígenas, y esto se hizo de acuerdo con el marco normativo vigente en el Estado.

La ministra ofrece un abundamiento del argumento del proyecto –de no reconocer el derecho a la consulta– en el sentido de que el constituyente permanente mexicano había decidido, a pesar de haber reflexionado sobre una cláusula abierta del derecho a la consulta, reconocer sólo este derecho cuando se tratara de los planes nacional, estatales o municipales de desarrollo.<sup>27</sup> Lo anterior, en su reflexión, generaba la existencia de una restricción constitucional, máxime que el 169 de la OIT al parecer ofrecía una cláusula abierta, pero que, en la lectura detallada, dejaba a la interpretación de los países su aplicación, lo que daba paso a la legitimidad de la restricción constitucional.

Igualmente, insistía, la Constitución de Oaxaca refiere al derecho a la consulta pero para planes de desarrollo y programas, pero no para la modificación de leyes.

Más adelante, en otra intervención, la ministra Luna Ramos trataría el tema del principio pro persona implementado por la RDH y su impacto en la supremacía constitucional, afirmando que supone la validez de las restricciones, de tal modo que de acuerdo con lo establecido en el artículo 1º constitucional a partir de la reforma del 10 de junio de 2011, el constituyente instituyó un método de interpretación depositada en el juzgador, mas no significa la posibilidad de elegir si se aplicará la CPEUM o no.

Entonces, la ministra Luna Ramos y el proyecto que se estaba analizando mantenían la postura de que el texto constitucional no incorpora la obligación de consultar a los pueblos indígenas acerca de la elaboración de algún ordenamiento de carácter legislativo, al conceder la fuerza a la restricción constitucional. Por lo contrario, el ministro Cossío Díaz, en su intervención, en primer lugar diferencia los pueblos y

---

<sup>27</sup> La ministra se refiere a las dos hipótesis planteadas por el poder revisor de la Constitución al discutir sobre las posibilidades de aplicación del derecho a la consulta: “Una, el autodesarrollo de las propias comunidades indígenas, quienes deben determinar sus proyectos y programas de desarrollo, por eso se estima pertinente incorporar en las legislaciones local y federal, los mecanismos idóneos que propicien la participación de los pueblos indígenas en la planeación y desarrollo a todos los niveles; y, por otro lado, también se dijo de estos Acuerdos que debería hacerse la consulta de acuerdo a las políticas, leyes, programas y acciones públicas que tengan relación con los pueblos indígenas” (SCJN, VT, 15 de octubre de 2012, p. 7).

los municipios. Dado lo anterior, el ministro expone que si bien es cierto la Constitución del Estado de Oaxaca no envía a los municipios indígenas para que puedan participar en el proceso de aprobación de las reformas constitucionales locales cuando les afecten sus usos y costumbres, sin embargo, al no dárseles esta participación, existe un desconocimiento de la Convención 169 de la OIT. Este ministro menciona que existe una violación indirecta de la CPEUM, pero señala que este no es un problema de violación de derechos humanos, sino meramente competencial, precisamente porque se trata de un municipio indígena.

Otra de las intervenciones importantes fue la del ministro Zaldívar Lelo de Larrea, que agrega al marco normativo la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, proponiéndola por su contenido amplio en interpretación y de mayor relevancia. Puntualiza la armonía entre el Convenio de la OIT y el artículo 2° constitucional y refuta la idea de que se trata de un problema de jerarquía, maximizando que la aplicación de la norma será de acuerdo con la que en su interpretación proteja y beneficie con mayor amplitud a la persona.

Otra ministra que manifiesta su postura sobre el asunto es Sánchez Cordero, y de nueva cuenta haciendo mención del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT. Para esta ministra, aunque la Constitución del Estado de Oaxaca no prevé un proceso de reforma constitucional que contemple a los municipios, el estado de Oaxaca deberá aplicar lo señalado en el Convenio, ya que los parámetros de la RDH, y en especial la aplicación del principio pro persona y los estándares internacionales de DD. HH., obligan a los diferentes órganos de gobierno del Estado mexicano a su cumplimiento.

Hasta aquí la discusión en la sesión del 15 de octubre. Sólo existiría una sesión más en la Corte donde se abordó este tema, donde básicamente se reiterarían las posturas, pero, más importante, igual para neutralizar la problemática, ya que bajo el argumento de retomar el proyecto en “blanco y negro”, no se votaría sobre lo discutido el 15 –la importancia de las restricciones constitucionales–, sino la problemática se traduciría en cuestiones competenciales relativas a la procedencia de la controversia constitucional tratándose de municipios indígenas. Esto último, como se verá, tendrá un impacto en el contenido de la sentencia, ya que en ella se omitirá el análisis del derecho a la consulta, las restricciones constitucionales, la supremacía y la defensa de usos y costumbres. El tema aun era complicado para la SCJN. Sin embargo, aun esta displicencia de la SCJN nos da una lectura interesante porque en ese momento del desarrollo del nuevo paradigma de DD. HH. en México, el tema sigue lleno de aristas, lo que pronto cambiará con el desarrollo de nuevos elementos de discusión. Esta evolución daría un giro en 2013, cuando la SCJN retomó la discusión de las consecuencias de la RDH y dio un nuevo paso importante para consolidar sus contenidos, abordando de nuevo, aunque con consecuencias más profundas, el tema del papel que desempeñan los DD. HH. en TI y su defensa, en relación con el constitucionalismo mexicano.

## 2.2. La emergencia del “parámetro de regularidad constitucional”

Esta indefinición descrita arriba sobre la afirmación de la supremacía del texto constitucional y el entendido no claro de las restricciones constitucionales llevó a la SCJN a tomar una postura firme frente a la nueva realidad, aprovechando la resolución de un asunto concreto, la Contradicción de tesis 293/2011<sup>28</sup> –una cuestión complicada sólo de ver el número de sesiones que llevó a la SCJN resolverlo– y el planteamiento de una pregunta crucial: ¿Cuál es la naturaleza y posición de los DD. HH. en TI? La SCJN tomaría tres votaciones y marcaría un “antes y un después” en la jurisprudencia constitucional y en la consolidación del nuevo paradigma de DD. HH. en México.

La complejidad del asunto, porque implicaba el potencial derrumbamiento del segundo valladar, lo llevó a descomponerlo, para su mejor análisis, en dos partes. En la primera, la resolución llevaría a dos decisiones:

Primera, la emergencia del concepto potencialmente revolucionario: se reconoce que los DD. HH. en TI se integran a la CPEUM, creando una “masa de derechos”,<sup>29</sup> “bloque de derechos” o “parámetro de control de la regularidad constitucional”; esta última denominación es la que adoptaría.

Segunda, la consecuencia natural de la decisión primera –de tal forma revolucionaria que, como aspiraciones de un concepto ahogándose, se resistiría a morir–: se retoma el tema de las “cláusulas de excepciones” o restricciones constitucionales, del caso de derechos indígenas estudiado arriba, pues sostiene que cuando la CPEUM planteara una restricción de un derecho humano que no está así en TI, deberá decidirse de acuerdo con el texto constitucional.

Esto nos llevaría a la pregunta sobre qué cambia en estas decisiones, que las hace revolucionarias, si se está afirmando una vez más la restricción. Dos cosas, la SCJN resolvería que esta segunda decisión no representa una regla, sino, más bien, una cláusula interpretativa, que se ponderaría en cada caso concreto; esto ya significaba un cambio en la concepción del concepto de supremacía constitucional, moría lentamente la literalidad y avanzaba con la misma velocidad hacia la supremacía material de la Constitución. Lo segundo llevaría a la votación siguiente.

---

<sup>28</sup> Es la Contradicción de Tesis 293/2011, resuelta el 3 de septiembre de 2013. Por su naturaleza, tiene el objetivo de definir una interpretación cuando en casos previos y por fuentes jurisdiccionales diversas se han sostenido criterios encontrados. El caso fue conocido los días 12, 13 y 15 de marzo de 2012; 26, 27 y 29 de agosto, 2 y 3 de septiembre de 2013. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/asuntosrelevantes/pagina/seguimientoasuntosrelevantespub.aspx?id=129659&seguimientoid=556>.

<sup>29</sup> Esta afirmación se definiría en las primeras sesiones –en especial la del 12 de marzo de 2012– donde se discutió sobre la bonanza de adoptar el término ‘bloque de constitucionalidad’, concluyéndose que era mejor la otra denominación, ‘control de regularidad’, sin hacer referencia a la fuente.



La tercera votación, menos discutida de primera mano, implicaba un problema práctico de la relación entre la dimensión nacional e internacional, se trataba de determinar el valor de la jurisprudencia emitida por la Corte IDH; sobre esto se expresaría la siguiente jurisprudencia: “La jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona”<sup>30</sup>

La aceptación de la jurisprudencia de la Corte IDH, que ya había sido resuelta de manera restrictiva desde la intervención de la SCJN en el *Caso Radilla*,<sup>31</sup> ahora se estaba ampliando a todos los casos del tribunal internacional. Pero hay un segundo efecto que debía considerarse y que implica una relajación mayor de la segunda votación tomada. Si, por un lado, se decidió el tema de las restricciones constitucionales, la aceptación completa de la obligación de la jurisprudencia de la Corte IDH estaba ofreciendo una vía más de salida a esta inhibición. Pues si una interpretación de un derecho humano en un TI del sistema interamericano fuera más allá de una restricción constitucional, se podría generar responsabilidad internacional por no seguirla.

Como se puede ver, con las tres decisiones tomadas en este caso, la SCJN estaba empezando a rotar la idea de la supremacía constitucional, votar a favor de las restricciones constitucionales no dejaba morir la dimensión literal; pero igualmente estaba creando dos criterios novedosos en el sistema constitucional mexicano, al elegir este parámetro de regularidad y darle preeminencia a la jurisprudencia de la Corte IDH; en el desarrollo futuro, podrían favorecer librar la barrera de la restricción. El tiempo y el desenvolvimiento jurisprudencial dentro de él se decantarían por desvanecer más claramente el concepto de restricción, como veremos a continuación.

### **2.3. La consolidación de la supremacía material de la Constitución. Ahora sí hay obligación de consultar**

Ahora entramos en una fase donde, claramente, tanto en la valoración modélica, y por consiguiente abstracta, como en la valoración concreta, se puede ver el cambio sólido de discurso. La restricción constitucional, que en su origen lesionaba el goce amplio del derecho humano, da paso a la defensa del derecho mejor protegido, lo cual no hubiera sido posible sin la RDH como detonante y la importante –y evolutiva– labor de la SCJN, en especial la Contradicción de Tesis 293/2011.

Un ejemplo muy claro para mostrar la contundencia de este cambio de paradigma de defensa de los DD. HH. en México pasa por analizar estos derechos en ciernes que son los derechos indígenas y, en especial, el derecho a la consulta, que al tratarse de una problemática similar al caso anteriormente analizado, e inclusive

---

<sup>30</sup> SCJN, VT, 3 de septiembre de 2013, p. 30. El término ‘vinculante’ se refiere al establecimiento de criterios mínimos para los jueces mexicanos, como indicaría el ministro Zaldívar. Esto sería aceptado por seis votos.

<sup>31</sup> Supra, nota 28.

ser presentado y defendido el proyecto por la misma ministra –como dijimos en la introducción–, deja ver con claridad qué tanto ha evolucionado el modelo de defensa jurisprudencial de DD. HH. en el diseño planteado por la SCJN.

En este asunto<sup>32</sup> se retomarán los dos temas discutidos en el proyecto de Santa Catarina Lachatao. Primeramente, el papel de la supremacía y restricciones constitucionales en el sistema jurisprudencial mexicano y, en seguida, el grado de reconocimiento del derecho a la consulta en las comunidades indígenas.

¿Competencia o derechos? La discusión giraría en torno a definir si en el caso concreto, la consulta es un derecho o es una competencia de los llamados “municipios indígenas”, una discusión igual de largo calado en el Pleno de la SCJN.

La interrogante la inicia el hecho de que la vía procesal por la que la Corte está analizando el asunto –la controversia constitucional– está directamente ligada a la legitimación de autoridades constitucionales que ven afectada su esfera de competencia por otras autoridades del mismo nivel. Lo singular ahora es que la autoridad que estaba solicitando la controversia constitucional ciertamente era una autoridad constitucional, un municipio, pero con el adjetivo *indígena*, lo que aportaba una esencia nueva, generando una característica que en la discusión se calificaría de sui generis y que llevaría a deliberar sobre qué está defendiéndose por esta autoridad y, por tanto, qué es lo que se está violentando: el derecho a la consulta por su naturaleza indígena o la competencia del municipio de defender su aprobación de cualquier cambio legal, mediante la consulta por afectarse los usos y costumbres de los pueblos indígenas dentro de él.

El cambio de concepción en la SCJN se observa con claridad porque si en el primer caso se discutió el alcance de la afectación que abre la necesidad de la consulta –sólo planes de desarrollo como dice la CPEUM o cualquier caso de afectación como dice el 169 de la OIT–, se superaba este obstáculo, pues CPEUM y TI creaban este “parámetro de regularidad”, y haciendo evidente esta nueva realidad, se discutía si este derecho y la consulta específica pasaban por el filtro de derecho o por el de competencia, y además daban espacio a discutir cómo debía hacerse tal consulta.

En el análisis de las sesiones, lo primero que reconoce la ministra ponente Luna Ramos en su exposición es precisamente este cambio de discurso impulsado por la RDH y directamente con lo decidido en la Contradicción de Tesis 293/2011. Es interesante ver cómo es la misma ministra Luna Ramos quien expondría los dos asuntos que ahora usamos de muestra para nuestra hipótesis –en el primero haciéndose cargo por ausencia del ponente y en el segundo como redactora del proyecto–, pero se ve con claridad el cambio de posición, de la primera –donde sostiene la supremacía

---

<sup>32</sup> Controversia Constitucional 32/2012, ponente ministra Margarita Luna Ramos, sesionada los días 26, 27 y 29 de mayo de 2014. Diez votos. Efectos únicamente al municipio que intervino en el caso. Se analizaba una reforma constitucional de Michoacán de 2012 y los artículos 2º de la CPEUM y 6º del Convenio 169 de la OIT. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=138752>.

del texto Constitucional y la restricción– a la segunda –donde se acepta “el reconocimiento constitucional [sic] lo establecido por los tratados internacionales”;<sup>33</sup> ello, repetimos, gracias a este nuevo entendido de la defensa de DD. HH. y las decisiones de la Corte en la materia.

Esta transición es observada en el siguiente párrafo:

Recordarán ustedes que este asunto se había presentado hace algún tiempo con un proyecto en el que se venía proponiendo que, conforme a lo establecido en el artículo 2º, fracción IX, apartado B, –si no mal recuerdo– de la Constitución, la idea era que los pueblos indígenas, si bien tienen derecho a que se lleven a cabo determinadas situaciones previstas en el artículo 2º constitucional, lo cierto es que cuando se refería a consultas de los pueblos indígenas, la fracción IX del artículo 2º nos decía: “Consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los estatales y municipales y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen”. El primer proyecto que presentamos iba enfocado al análisis justamente de esta fracción exclusivamente del artículo 2º constitucional; sin embargo, recordarán también, que muy cercano a la discusión de ese primer proyecto, se resolvió y se discutió en este Pleno la Contradicción de Tesis 293/2011, en la que se le reconocía a los tratados internacionales igualdad con la Constitución.<sup>34</sup>

Así, la ministra ponente, primero renuente, ahora reconocía un nuevo *statu quo*, la igualdad esencial de los DD. HH. tanto de nivel constitucional como en sede internacional, y, con esto, reconocía formalmente un nuevo entendido de supremacía constitucional, lo inocuo de la restricción y materialmente la amplitud mayor del derecho a la consulta –planes de desarrollo, modificaciones legales y constitucionales, etc.–, lo cual generará un entendido nuevo y más efectivo de este último.

Siguiendo el análisis de las sesiones, la ministra ponente Luna Ramos afirmaría: “[R]econociéndolos como municipio, pero en su calidad de representantes designados a través de sus usos y costumbres”;<sup>35</sup> la reforma constitucional de Michoacán que potencialmente les afecta esos usos y costumbres debió realizar esa consulta,<sup>36</sup> lo que no sucedió, por lo que se viola el Convenio 169 de la OIT.<sup>37</sup> Estas afirmaciones de la ministra son realmente revolucionarias, está aceptando el nuevo entendido de la supremacía, lo cual implica no adhesión ciega al texto, sino a la sustancia que

---

<sup>33</sup> SCJN, VT, 27 de mayo de 2014, p. 5.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>36</sup> El ministro Valls se adhiere a esta postura: “Yo deduzco que sí existe un derecho a la consulta previa en los procesos legislativos que atañen a las comunidades indígenas, el cual en el caso que analizamos no se respetó” (*Ibid.*, p. 16).

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 9.

incluye a los TI; ni el agua más prístina del planeta podría ser más clara que la transparente modificación en la concepción de la ministra sobre un efecto concreto del nuevo paradigma de DD. HH. en México.

Siguiendo la línea de discusión en la sesión respectiva de la SCJN, para el ministro Cossío, el problema debe pasar por el filtro de la competencia<sup>38</sup> del municipio indígena, pues la controversia constitucional no es un medio para el análisis de violación de derechos humanos.<sup>39</sup>

Para este ministro, de lo que se trata es de definir si el derecho a la consulta de los pueblos y comunidades indígenas y su garantía, que resulta responsabilidad de los órganos legislativos y administrativos, persiste en “clave competencial” cuando existe una afectación al municipio indígena.

La vía, para el ministro Cossío, es la transformación en competencia del derecho a la consulta, al tratarse de un municipio integrado por usos y costumbres, y que además tiene participación en el proceso de toma de decisiones; en este sentido, puede haber afectación a su competencia, no a los derechos de la comunidad.

Lo anterior implica un cambio en la participación de los municipios indígenas en reformas constitucionales que les afecten, subrayando que esta participación no se reduce a ejercicio numérico de las mayorías en el procedimiento de reforma. Dicha intervención debe ser en los términos establecidos en el Convenio 169 de la OIT y la interpretación jurisprudencial de la Corte IDH, o sea debe ser previa, de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo;<sup>40</sup> debe ser adecuada, accesible y a través de instituciones representativas, e informada.

Por su parte, el ministro Pérez Dayán imprime a la discusión un elemento que definirá el conducto: “[E]l caso ha marcado una excepcionalidad y se convierte en un claro desafío al orden constitucional”,<sup>41</sup> que empieza por el tratamiento dual del asunto: la naturaleza administrativa y la conformación de usos y costumbres del municipio.

La ministra Sánchez Cordero subraya la necesidad de aludir a los casos *Saramaka vs. Surinam* y *Sarayaku vs. Ecuador*, de la Corte IDH, al igual que retomar los criterios de la Primera Sala de la Corte, entre otros, el Amparo en Revisión 631/2012, donde se definió en qué consiste el derecho a la consulta previa a los pueblos y comunidades indígenas. En ese asunto encontramos que la ministra diría:

---

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>39</sup> Hace referencia a los antecedentes donde la Corte definió esto; los casos de *La píldora del día siguiente*, Controversia Constitucional 104/2009. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=113274>. Igualmente el asunto sobre *El derecho a la vida*, Controversia Constitucional 62/2009. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=110719>.

<sup>40</sup> Elemento que no llegará a aceptarse en la decisión de la Corte.

<sup>41</sup> SCJN, VT, 27 de mayo de 2014, p. 16.

Dicho derecho consiste en garantizar que los miembros del pueblo o la comunidad indígena se beneficien razonablemente de toda medida administrativa o legislativa que se lleve a cabo dentro de su territorio, y que dicho derecho consiste en garantizar que no se emitirá ninguna determinación dentro del territorio de pueblos y comunidades indígenas, a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces bajo la supervisión del Estado realicen un estudio previo de impacto social y ambiental.<sup>42</sup>

Se refiere a las observaciones finales que el Comité de Derechos Humanos hizo, en lo relativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sobre la garantía de la consulta efectiva a los pueblos indígenas.

Y, finalmente, un argumento importante para el efecto de entender la coordinación entre el texto constitucional y de los TI en cuanto a la defensa de los DD. HH., a que no es obstáculo que la Constitución de Michoacán no prevea en el proceso de reforma constitucional esta consulta, ya que el tratado de la OIT obliga a ello y, por tanto, se debe cumplir.<sup>43</sup>

En su intervención, el ministro Aguilar Morales subraya la naturaleza sui generis –un carácter especial, un espacio indígena– del municipio porque “se conformó como reconocimiento a su constitución intrínseca de una comunidad indígena”.<sup>44</sup> Para él, el municipio debe defender no sólo la afectación de su competencia, sino también los derechos de los pueblos indígenas que lo conforman.

El ministro Pardo retoma la circunstancia sui generis de *municipio e indígena* y sostiene la legitimidad para defender derechos “porque si no, les estaríamos cerrando esta posibilidad para hacer valer sus derechos como comunidad indígena”,<sup>45</sup> sosteniendo igualmente que no solo debe reconocerse el derecho, sino definirse la materialidad de la consulta, siguiendo el Convenio 169 de la OIT.

---

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>43</sup> El razonamiento es adelantado y muy protector de DD. HH., al igual que respetuoso del reconocimiento de los estándares y compromisos internacionales en DD. HH. Para la muestra, basta decir que el mismo razonamiento aplicaría la Corte Europea de Derechos Humanos en el *Caso Anchugov and Gladkov v. Russia* (First Section, application n.º 11157/04, 4 de julio de 2013); ante la objeción del Gobierno de que la limitante del derecho al voto para los prisioneros había sido colocada en la Constitución rusa, la Corte Europea respondió lo siguiente: “In the present case, it is open to the respondent Government to explore all possible ways in that respect and to decide whether their compliance with Article 3 of Protocol No. 1 can be achieved through some form of political process or by interpreting the Russian Constitution by the competent authorities – the Russian Constitutional Court in the first place – in harmony with the Convention in such a way as to coordinate their effects and avoid any conflict between them”, o sea, ante la limitante constitucional, debe interpretarse el precepto de tal forma que se evite la “restricción constitucional” y se proteja el derecho planteado a nivel internacional.

<sup>44</sup> VT, 27 de mayo de 2014, p. 14.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 41.

Para el ministro Zaldívar, se trata de “un precedente muy importante para determinar los alcances y la forma como juegan los derechos de los pueblos indígenas cuando estos se constituyen en municipio”.<sup>46</sup> Para él, se trata de una vertiente dual del derecho a la consulta, la afectación de derecho y la afectación de la competencia.

Finalmente, la intervención del ministro presidente resalta el cambio fundamental en la jurisprudencia, la armonización del texto constitucional y del texto convencional:

Precisamente la metodología empleada de hacer el análisis precisamente a partir del artículo 1º. constitucional, que esto no es tampoco ordinario, se ha dicho aquí, empieza a realizarse a partir del contenido del artículo 1º. constitucional, con la presencia de la norma constitucional y el tratado internacional con igual eficacia normativa, con una función de complementariedad que aquí es evidente. Se analiza el artículo 2º. constitucional, en el propio proyecto, y se llega a determinar que tiene una protección de menor calado que los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT, para efecto de reconocer el derecho o los derechos de las colectividades indígenas y en este análisis que se hace del proyecto, se determina congeniando artículos 1º., 2º., 115 y la reglamentación internacional.<sup>47</sup>

Como se puede ver, la Corte ya no posee voces disidentes en cuanto a esta mutación en la concepción de la supremacía –de la literal a la material–, ningún ministro duda de que la restricción que plantea la Constitución mexicana es inaplicable porque al reconocerse el derecho humano, ya no por su sede sino por su contenido esencial –lo que se ha permitido gracias a la aplicación del nuevo paradigma implementado por la RDH, en especial el principio pro persona y la aplicación del estándar internacional de derecho humano–, expulsa todo elemento que merme su disfrute pleno. De tal forma, permite el mayor desarrollo jurisprudencial del derecho, como en este caso, no sólo se reconoce el derecho amplio a la consulta –algo que “no es tampoco ordinario”, como diría el presidente– sino que igualmente valida para abordar la naturaleza y contenido de este derecho, que llevará a su mejor disfrute.

Para la SCJN, ya está claro, la restricción ya ha dejado de ser una columna intocable, ya no se presupone. Es por eso que no se duda del derecho a la consulta en sentido amplio, porque así lo dice el TI, aunque este es más amplio que el texto de la CPEUM. En pocas palabras, el segundo gran reto –el valladar de la supremacía del texto constitucional– del paradigma de la RDH se ha alcanzado, empieza a existir un verdadero parámetro de regularidad constitucional en México, que beneficia el goce del derecho humano con independencia de su sede, y con esto se cambia ya la esencia de la supremacía constitucional en México.

---

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 42.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 50.

### 3. Conclusiones

Como se ha podido ver, entre 2011 y 2014 la defensa jurisdiccional de los DD. HH. en México ha cambiado sustancialmente, todo gracias a los efectos generados a partir de la RDH de 10 de junio de 2011, la cual se abandera de la adopción de los estándares internacionales de DD. HH. y la aplicación del principio pro persona.

En este tránsito, se puede observar cómo el entendido de la supremacía constitucional ha cambiado y derrumbando “verdades” intocables hasta estos años. Dos eran principalmente las barreras infranqueables que han caído: primero, el monopolio del control constitucional a favor de determinados tribunales federales, excluyendo a todos los demás y, segundo, la defensa férrea de los DD. HH. de fuente exclusivamente constitucional.

Esta evolución se puede observar en el siguiente desenvolvimiento histórico.

Primero. El análisis del *Caso Radilla*, en el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, logró romper el primer gran valladar histórico, el monopolio del control constitucional a favor de los tribunales federales, dando paso a un modelo que permite la existencia de control de constitucionalidad y convencionalidad, concentrado y difuso, a favor respectivamente de todos los jueces del país.

Segundo. Con el análisis del caso del municipio de Santa Catarina Lachatao, la Corte tomaría una decisión que podría afectar el desarrollo pleno de las implicaciones de la RDH, al aplicar la doctrina de las restricciones constitucionales como límite al reconocimiento de los estándares internacionales de DD. HH., lo que se corregiría más adelante.

Tercero. La decisión en la Contradicción de Tesis 293/2011 dio un gran paso, de triple efecto: en primer lugar, al hacer emerger la doctrina del “parámetro de regularidad constitucional” o igualmente llamada “masa o bloque de derechos”, que no es otra cosa que la colocación de los DD. HH. en un mismo plano, con indiferencia de su fuente. En segundo lugar, se declararía el reconocimiento de las restricciones constitucionales como una cláusula interpretativa al caso concreto, sustrayéndole con esto su valor de primacía interpretativa. Tercero, de gran trascendencia, se reconoció como vinculante la jurisprudencia de la Corte IDH, siempre que sea más favorable a la persona.

Cuarto. La Controversia Constitucional 32/2012 retoma, en términos fácticos similares, lo discutido en el caso del municipio de Santa Catarina Lachatao, sólo que en esta ocasión la decisión es opuesta, cuando en el caso anterior se decidió sobre la base de las restricciones constitucionales. En dicho caso, la Corte le da un valor formidable a los efectos de la RDH, reconociendo el valor y peso valorativo de los DD. HH. en TI, aduciendo la doctrina del parámetro de regularidad constitucional, al igual que utiliza la doctrina de la Corte IDH para desarrollar más el derecho humano en conflicto.

Como se puede ver, en México estamos en una fase de gran importancia para la defensa de los DD. HH., la emergencia del parámetro de regularidad constitucional

es la última, hasta ahora, de un cambio trascendental a dos tiempos, más autoridades que puede defender y más fuentes normativas de donde tomar los derechos defendidos. Ambos cambios implicaron la aparición de una nueva sustancia en el concepto de supremacía constitucional, que antes era monopólico y ahora incluyente.

## Bibliografía

- CARNOTA, Walter F., “La diferencia entre control de constitucionalidad, control de convencionalidad y control de compatibilidad”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 15, 2011, pp. 51-66.
- COLLÍ EK, Víctor Manuel, “¿Atentado a los derechos humanos?”, *Diario Reforma*, viernes 26 de octubre de 2012, p. 14. Disponible en: [http://media.wix.com/ugd/8cd442\\_3a29c5a1d76542a5ba14a5a5d85dcc50.pdf](http://media.wix.com/ugd/8cd442_3a29c5a1d76542a5ba14a5a5d85dcc50.pdf).
- \_\_\_\_\_, “Improving Human Rights in Mexico, Constitutional Reform, International Standards and New Requirement for Judges”, *Human Rights Brief*, vol. 20, Issue 1, 2012, pp. 7-14. Disponible en: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/hrbrief/vol20/iss1/2/>.
- \_\_\_\_\_, “La doctrina constitucional sobre la independencia judicial estatal en México. Voz de la Suprema Corte”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, núm. 20, 2012, pp. 124-125. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/ReformaJudicial/20/rjf/rjf6.pdf>.
- \_\_\_\_\_, “Federalismo judicial en México. Concepciones, evolución y perspectivas”, *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, núm. 17, 2013. Disponible en: [http://governacio.gencat.cat/web/.content/iea/documents/publicacions/reaef/2013/17/arxiu\\_reaf\\_17/\\_reaf17\\_colli.pdf](http://governacio.gencat.cat/web/.content/iea/documents/publicacions/reaef/2013/17/arxiu_reaf_17/_reaf17_colli.pdf).
- \_\_\_\_\_, “Derechos humanos en México 2011-2013. El surgimiento de un nuevo paradigma jurisprudencial. Análisis a propósito del premio de ONU”, *Revista Catalana de Derecho Público*, núm. 48, junio de 2014. Disponible en: <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/view/10.2436-20.8030.01.27>.
- CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Anchugov and Gladkov v. Russia*, First Section, application n.º 11157/04, 4 de julio de 2013.
- CORTE IDH, *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 209. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_209\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_ing.pdf).
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Las reformas constitucionales mexicanas de junio de 2011 y sus efectos en el sistema interamericano de derechos humanos”, en Eduardo FERRER MAC-GREGOR y Manuel GONZÁLEZ OROPEZA (comps.), *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*, vol. 1, México, D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2011. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3065/18.pdf>.



- GARCÍA SAYÁN, Diego, "The Inter-American Court and Constitutionalism in Latin America", *Texas Law Review*, núm. 7, 2011, pp. 1839-1840. Disponible en: <http://www.texaslrev.com/89-texas-l-rev-1835/>.
- KASTILLA, Carlos, "El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia Radilla Pacheco", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011, pp. 593-624. Disponible en: <http://www.journals.unam.mx/index.php/amdi/article/view/23627>.
- LABARDINI, Ricardo, "Proteo en México. Un nuevo paradigma: derechos humanos y Constitución", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 133, México, 2012. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/133/el/el11.pdf>.
- MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, Víctor, "Reforma constitucional en materia de derechos humanos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 130, 2011. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/derechocomparado/130/el/el12.pdf>.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Sibylle Kessal-Wulf\* (Alemania)

## El Tribunal Constitucional Federal y los tribunales supranacionales: problemas actuales de un sistema multinivel

### RESUMEN

El presente artículo esboza escenarios posibles para responder a la pregunta de si se puede considerar correcta la tesis de la omnipresencia del “poder de los jueces”, teniendo en cuenta la tensión en el ámbito del derecho europeo generada en los últimos tiempos, con un alto impacto público, en especial en el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, el proyecto de adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos y la relación entre los sistemas nacionales de derechos fundamentales, la Carta Europea de los Derechos Fundamentales y el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

**Palabras clave:** tribunal constitucional, gobierno de los jueces, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Federal Constitucional Alemán, protección multinivel de derechos fundamentales.

### ZUSAMMENFASSUNG

Im vorliegenden Beitrag sollen mögliche Szenarien zur Beantwortung der Frage dargestellt werden, ob die These von einer allgegenwärtigen „Herrschaft der Richter“

---

\* Estudió Derecho en la Universidad Christian-Albrecht en Kiel, Alemania. Aprobó los exámenes estatales entre 1982 y 1985 e inició su carrera judicial a finales de 1985 en los tribunales de Flensburg y Kiel del estado de Schleswig-Holstein. En 1991 se vinculó al Tribunal Superior (*Oberlandesgericht*) del mencionado estado federado, y en 1992 fue nombrada magistrada del mismo. En 1995 aprobó su doctorado con el profesor Dieter Reiter en Kiel. En mayo de 2001 fue nombrada magistrada del Supremo Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*) de Alemania, el cual presidió en 2011. Desde ese año se desempeña como magistrada del Tribunal Constitucional de la República Federal.

zutrifft. Dabei wird von den Spannungen ausgegangen, die in jüngster Zeit im Bereich des europäischen Rechts aufgetreten sind und öffentliche Auswirkungen hatten, insbesondere hinsichtlich der Rolle des deutschen Bundesverfassungsgerichts, des geplanten Beitritts der Europäischen Union zur Europäischen Menschenrechtskonvention und der Beziehungen zwischen den nationalen Grundrechtssystemen, der Europäischen Grundrechtscharta und der Europäischen Menschenrechtskonvention.

**Schlagwörter:** Supranationales Verfassungsgericht; Herrschaft der Richter; Europäischer Gerichtshof; Bundesverfassungsgericht.

## ABSTRACT

This article seeks to outline possible scenarios for deciding whether the thesis of the omnipresent “power of the judges” is correct. We consider the tension generated in recent years in the field of European law, which has had a high impact on the public, especially with regard to the German Federal Constitutional Court, the Union’s draft act of accession to the European Convention on Human Rights, and the relations between national fundamental rights systems, the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention on Human Rights.

**Keywords:** Supranational constitutional court, government by judges, Court of Justice of the EU, German Federal Constitutional Court.

## Introducción

*Gouvernement des juges* (El gobierno de los jueces): en 1921, el jurista francés Edouard Lambert eligió este título para un libro<sup>1</sup> que se dedicó al análisis crítico de las tendencias observadas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. La publicación trataba del control constitucional excesivo de la legislación y la función de “legislador sustituto” asumida por el tribunal constitucional en el proceso, con el resultado que el catedrático de teoría del Estado, filósofo del derecho y antiguo juez constitucional alemán Böckenförde<sup>2</sup> ha llamado “la transición del Estado parlamentario al Estado orientado por la jurisprudencia constitucional”.

---

<sup>1</sup> Edouard Lambert, *Le Gouvernement des Juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, M. Giard & Cie, 1921.

<sup>2</sup> E.-W. Böckenförde, *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz* [Sobre el estado de la dogmática de los derechos fundamentales a 40 años de aprobarse la Ley Fundamental], München, Carl Friedrich von Siemens-Stiftung, 1989, pp. 61 y ss.; E.-W. Böckenförde, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt* [El derecho y el poder legislativo], 2ª ed., Berlin, Dunker & Humblot, 1981, p. 402.

“*Gouvernement des juges: ¿maldición o bendición?*” fue también el tema de un simposio organizado por Hillgruber en abril de 2013 en la ciudad de Bonn. En la introducción del volumen de actas que acompañaba el evento<sup>3</sup> se observa: “El ‘gobierno de los jueces’ ya no se limita al Estado-nación. También el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en Luxemburgo, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en Estrasburgo, se han convertido en lugares en los que el poder judicial actúa con mucha confianza”. De esta manera, y a casi 100 años de su publicación, las afirmaciones de Edouard Lambert cobran una actualidad supranacional renovada y, por cierto, inesperada desde la perspectiva del autor.

Pero, ¿puede considerarse correcta la tesis de la omnipresencia del “poder de los jueces”? ¿Qué sucedería si los mencionados “lugares en los que el poder judicial actúa con mucha confianza” entraran en una relación de supuesta o efectiva competencia? Realmente, ¿se puede afirmar<sup>4</sup> que “los tribunales supremos se caracterizan por establecer, en algunas ocasiones, barreras imposibles de franquear por la vía de las decisiones de las mayorías políticas ni por el arte de la diplomacia?”. Una constelación de estas características, ¿“no debería ser causa de preocupación en una Europa que ha optado por confiar sus asuntos, hasta las cuestiones existenciales, al ámbito judicial”?<sup>5</sup>

En los últimos tiempos se han generado varias zonas de tensión en el ámbito del derecho europeo que han causado un fuerte impacto público y, a la vez, desencadenado un debate intenso (y también crítico) a nivel de la ciencia jurídica, en el caso de:

- La primera resolución de remisión al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) en la historia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania (en adelante, BVerfG, por su sigla en alemán) sobre la base del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, como parte del juicio sobre las operaciones de compra de títulos de deuda pública (OMT, por su sigla en inglés).<sup>6</sup>
- El proyecto de adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y el dictamen del TJUE sobre este asunto.
- La relación entre los catálogos nacionales de derechos fundamentales, la Carta Europea de los Derechos Fundamentales y el CEDH.

<sup>3</sup> Christian Hillgruber (comp.), *Gouvernement des juges - Fluch oder Segen* [Gouvernement des juges: ¿maldición o bendición?], t. 4, Paderborn, Schönburger Schriften zu Recht und Staat, 2014.

<sup>4</sup> Christian Tomuschat, “Der Streit um die Auslegungshoheit: Die Autonomie der EU als Heiliger Gral – Das EuGH-Gutachten gegen den Beitritt der EU zur EMRK”, *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 2015, p. 133.

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

<sup>6</sup> Resolución del 14 de enero de 2014 - 2 BvR 2728, 2729, 2731/13 - 2 BvE 13/13.

Analícemos los temas en debate que se acaban de nombrar desde diferentes ángulos: el lugar que ocupan por principio los tres tribunales –BVerfG, TJUE y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)– en el llamado sistema multi-nivel, la imperiosa necesidad de cooperar de la manera más fructífera y armoniosa posible en una Europa cada vez más integrada, y la voluntad permanente de cooperar. Tampoco se pasarán por alto los posibles conflictos que puedan surgir en las intersecciones de las respectivas competencias.

## 1. Competencias del BVerfG a nivel interno

1.1. El BVerfG tiene un mandato claramente definido a nivel nacional que puede ser resumido en una frase: es el garante del cumplimiento de la Ley Fundamental (en adelante, LF) de la República Federal de Alemania. Esto vale especialmente para la implementación de los derechos fundamentales de los ciudadanos individuales; su componente fundamental es el recurso de amparo constitucional individual, a disposición de todos los ciudadanos que consideran que sus derechos fundamentales fueron conculcados por el poder público.<sup>7</sup> No menos importante es la función del tribunal de solucionar las controversias en torno a los derechos y obligaciones constitucionales que surjan entre los órganos constitucionales (conflictos entre organismos estatales), así como las controversias vinculadas al funcionamiento del sistema federal, es decir entre la federación y los Estados federados, los *Länder*.<sup>8</sup>

1.2. El BVerfG es un órgano constitucional. De esta manera se reconoce que el tribunal constitucional debe ser efectivamente independiente para poder cumplir las tareas que se le han encomendado; solo así sus decisiones recibirán el necesario grado de aceptación. La limitación del poder estatal –más específicamente, aquel que ejerce el Poder Ejecutivo– por un tribunal independiente con rango de órgano constitucional, y que justamente por esto está en condiciones de relacionarse “de igual a igual” con los otros órganos constitucionales, es un elemento relevante, constitutivo e indispensable del Estado de derecho.

Sobre esta base, la relación entre los órganos constitucionales nacionales se caracteriza por el respeto mutuo. No obstante, y sin poner en duda este respeto, en el pasado algunas decisiones fueron objeto de cuestionamientos, sobre todo desde filas políticas. Una institución como el BVerfG debe vivir con los cuestionamientos –en tanto expresión de un diálogo jurídico-constitucional crítico, aunque siempre centrado en los hechos– y tenerlos en cuenta, en la medida que corresponda.

---

<sup>7</sup> Cabe agregar la acción de inconstitucionalidad abstracta (a instancias del Gobierno federal, el gobierno de un estado federado o la cuarta parte de los integrantes del *Bundestag*) y concreta a partir de la remisión de un tribunal de instancia.

<sup>8</sup> Los conflictos entre organismos estatales competen exclusivamente a la Segunda Sala, que actúa como tribunal de Estado.

## 2. Las relaciones del BVerfG frente a los tribunales europeos

Sin embargo, en todo momento, el BVerfG debe tener presente la posición y la jurisprudencia de los “tribunales constitucionales europeos”. Esto nos lleva al tema del lugar del tribunal en el entramado institucional supranacional. En la actualidad, se suele hablar de la *interacción* de los tribunales europeos. El término mismo de “interacción” hace referencia a la existencia de cierta interrelación o interconexión entre los tribunales, es decir su *colaboración recíproca*, a diferencia de una relación de coexistencia o antagonismo. Hace algunos años se podría haber hablado, en términos más neutros, de una simple comunidad de derecho<sup>9</sup> y de una “relación” entre la jurisdicción (constitucional) europea y nacional. Han quedado definitivamente atrás los tiempos en que un juez europeo de origen alemán, quien más adelante se convirtiera en presidente del Tribunal Federal de Justicia alemán, caracterizara como “triángulo jurídico de las Bermudas”<sup>10</sup> lo que –desde nuestra perspectiva actual– constituye un escenario de “interacción”. Sin embargo, la expresión “triángulo de las Bermudas” deja en claro que se trata de tres tribunales, dado que nuestro sistema legal está expuesto a la influencia, no solo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sino también del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su jurisprudencia. Solemos referirnos a esta totalidad como una red interconectada de tribunales constitucionales. Sus actores, al igual que los órganos constitucionales a nivel nacional, deben relacionarse sobre la base del respeto mutuo y del reconocimiento de las particularidades de sus respectivos sistemas legales, para colaborar en la creación de la Europa unificada. Esto se desprende también del artículo 4, apartado 2, del Tratado de la Unión Europea de Lisboa, donde se formula: “La Unión respeta la igualdad de los Estados miembros [...], así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos”.

2.1. En este contexto, veamos primero la relación entre el TJUE y nuestro tribunal constitucional. Al respecto, el BVerfG entiende su papel como el de un mediador que debe hacer justicia a dos máximas, con el fin de establecer un equilibrio entre ambas. Como lo ha manifestado el presidente del tribunal, Voßkuhle,<sup>11</sup> podríamos hablar de las dos caras de la misma moneda, o más bien –como me gusta expresarlo

<sup>9</sup> Walter Hallstein, “Die EWG-Eine Rechtsgemeinschaft” [La CEE: una comunidad de derecho], *Europäische Reden*, 1979, pp. 341 y ss.

<sup>10</sup> Günter Hirsch, “Schutz der Grundrechte im ‘Bermuda-Dreieck’ zwischen Karlsruhe, Straßburg und Luxemburg” [La protección de los derechos fundamentales en el ‘triángulo jurídico de las Bermudas’ entre Karlsruhe, Estrasburgo y Luxemburgo], suplemento de *EuR* 1/2006, p. 718.

<sup>11</sup> Cf., entre otros, Andreas Voßkuhle, “Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund” [La interconexión de los tribunales constitucionales europeos], discurso pronunciado el 3 de noviembre de 2009, versión publicada en *Staatlichkeit im Wandel* [El Estado en transformación], núm. 106, 2009; además, *NVwZ* 2010, pp. 1 y ss.

a mí– de un sistema especial de vasos comunicantes. Por un lado, está la apertura hacia el derecho europeo de la LF con la responsabilidad concomitante de la integración, por la cual el BVerfG se debe orientar; a ella corresponde, por el otro lado, la identidad constitucional nacional, cuya salvaguardia también forma parte de las responsabilidades del BVerfG, y cuyo respeto por la Unión quedó consagrado en los tratados, como acabamos de observar.

**2.1.1.** El preámbulo de la LF alemana establece, en el artículo 23, apartado 1, el mandato constitucional de hacer realidad la Europa unida. No solo permite la integración europea, sino que debe ser entendido como un *mandato* constitucional expreso, tal como lo ha decidido la Segunda Sala en su sentencia sobre Lisboa,<sup>12</sup> que debe ser cumplida por el BVerfG, al igual que todos los órganos constitucionales.<sup>13</sup>

**2.1.2.** Por otra parte, existe el *núcleo identitario* material de nuestra Constitución que se desprende del artículo 79, apartado 3, de la LF, y cuya protección compete muy especialmente al BVerfG. Este núcleo identitario, que ni siquiera admite la injerencia del legislador constituyente, pone límites a la autorización, en términos generales, de la transferencia de derechos de soberanía a la Unión Europea conforme al artículo 5, apartado 1, del Tratado de la Unión Europea (TUE); en este sentido, es resistente a la integración. El núcleo identitario de nuestra constitución exige sobre todo que el proceso de integración europea cuente con la legitimación democrática suficiente. En otras palabras: algunas decisiones deben seguir siendo responsabilidad del parlamento alemán, el *Bundestag*; entre esas decisiones, se destaca su responsabilidad presupuestaria.<sup>14</sup> Por lo tanto, el *Bundestag* alemán no está facultado a someterse a mecanismos con incidencia financiera que podrían conllevar cargas imprevisibles para el presupuesto sin su previa autorización constitutiva.

**2.1.3.** Hasta este punto solo se han descrito los dos polos (constitucionales) a nivel *nacional*, sin que esto implique un posicionamiento certero en el sistema multinivel europeo. Para esto, primero habrá que repasar las diferencias que existen entre las perspectivas y las áreas de competencia de los tribunales europeos y nacionales. El TUE cumple su mandato jurisprudencial mediante el examen que se orienta por el derecho comunitario; de esta manera, se hace responsable de la aplicación uniforme del derecho comunitario en los Estados miembros y ejerce la competencia de decisión de última instancia. A diferencia de la posición bastante cómoda del TJUE –por principio, este tribunal no se ocupa de cuestiones que pertenecen a la órbita del derecho nacional–, el BVerfG, actuando a nivel nacional, debe poner en práctica el acto de malabarismo ya descrito: si bien, por un lado, acompaña el proceso de integración, por el otro, puede verse en la situación de tener que ponerle límites a este mismo proceso de integración. Como parte del ejercicio de su función de contralor, el BVerfG evalúa en este contexto si los actos de los órganos e instituciones

<sup>12</sup> Sentencia del 30 de junio de 2009 - 2 BvE 2/08 *et al.*, BVerfGE 123, 267 ss.

<sup>13</sup> BVerfGE 123, 267, 346 s.

<sup>14</sup> Cf. BVerfG 129, 124, 177 ss.; 132, 195, 269 ss.; BVerfG 134, 366, 396 s.

de la Unión Europea afectan el área no transferible de la identidad constitucional protegida por el artículo 79, apartado 3, de la Ley Fundamental –por lo que no se tendrían que haber transferido– o si extransgreden de manera evidente el marco del área correctamente transferida: a partir de la decisión del BVerfG en la causa Honeywell,<sup>15</sup> para que exista un acto *ultra vires* debe determinarse si se produjo una infracción *suficientemente verificada*. Tal infracción presupone –en breves palabras– que la extransgresión de lo actuado por el poder de la Unión sea evidente y que el acto recurrido conlleve un traslado de competencias con incidencia estructural en detrimento de los Estados miembros.<sup>16</sup>

2.1.4. La función de contralor del BVerfG que acabamos de esbozar quedó patente en el auto de remisión de la Segunda Sala relativo a la llamada *Resolución OMT*<sup>17</sup> del consejo de gobierno del Banco Central Europeo (BCE) del 6 de septiembre de 2012. La importancia de la resolución se debe también a otro aspecto: se trata del primer auto de remisión del BVerfG con fundamento en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE). El artículo 267, apartado 3, del TFUE es un instrumento importante y eficaz en el ámbito de la *ingeniería jurídica de la integración* europea; a partir de la remisión *obligatoria* (no solo *opcional*) se asegura que las cuestiones importantes de derecho comunitario que incidan en litigios a nivel nacional, sean efectivamente elevadas al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2.1.4.1. A nivel de los tribunales de instancia, las remisiones de este tipo al TJUE forman parte de la cotidianeidad jurídica. Si no se cumple la obligación de remitir y la causa no se eleva a los jueces (europeos) que en realidad deberían conocer de ella, según la jurisprudencia del BVerfG<sup>18</sup> se podría incluso estar ante la violación del derecho de las partes al juez natural –un derecho equivalente a un derecho fundamental–, de conformidad con la segunda frase del artículo 101, apartado 1, de la LF, lo que constituiría una violación de la Constitución, por lo menos en aquellos casos en que la omisión de la remisión *ya no parece justificable y resulta evidentemente insostenible*.<sup>19</sup> Partiendo de la aplicación e interpretación del derecho material de la Unión, el tribunal de instancia debe llegar a la justificada opinión de que la situación jurídica, o resulta inequívoca a priori (“*acte clair*”), o fue aclarada por la jurisprudencia europea de manera tal que no subsisten dudas razonables (“*acte éclairé*”), por lo que queda sin efecto la obligación de remitir.<sup>20</sup>

2.1.4.2. Volvamos a la *Resolución OMT*. Esta prevé que el sistema europeo de bancos centrales puede comprar sin límites títulos de deuda pública de determina-

<sup>15</sup> BVerfGE 126, 286 ss.

<sup>16</sup> *Ibid.*, pp. 304 y s.

<sup>17</sup> Resolución relativa a *Technical features of Outright Monetary Transactions*; cf. Actas de la 340ª reunión del consejo de gobierno del Banco Central Europeo, celebrada el 5 y 6 de septiembre de 2012, y el comunicado de prensa del 6 de setiembre de 2012.

<sup>18</sup> BVerfGE 73, 339, 366 ss.; 126, 286, 315; 135, 155, 230 ss.

<sup>19</sup> BVerfGE 135, 155, 232 punto 180.

<sup>20</sup> BVerfGE 135, 155, 233 punto 183.



dos Estados miembros.<sup>21</sup> En opinión de la Segunda Sala, se podría estar ante un acto *ultra vires*,<sup>22</sup> si la *Resolución OMT* violara el mandato del Banco Central Europeo y su limitación a la *política cambiaria* o constituyera una infracción de la prohibición del financiamiento de los presupuestos a través de la política monetaria, porque, de conformidad con los tratados europeos, el BCE no tiene el mandato de llevar adelante una política económica independiente, sino, por el contrario, está limitado a *apoyar* la política económica de la Unión. Si se considerase que la *Resolución OMT* debe ser calificada como una medida *independiente* de política económica, dicha resolución atentaría evidentemente contra la asignación de competencias. Este traslado de competencias tendría asimismo un impacto estructural, porque la *Resolución OMT* podría superponerse a las medidas de asistencia en el marco de las “políticas de rescate del euro”, que forman parte de las áreas centrales de la competencia económica de los Estados miembros (cf. artículo 136, apartado 3, del TFUE).

Además, las transacciones podrían resultar en una redistribución considerable entre los Estados miembros y, de esta manera, adquirir rasgos de un sistema de compensación financiera que no está previsto en los tratados europeos. De la misma manera, si la *Resolución OMT* violara la prohibición del financiamiento monetario de los presupuestos (artículo 123, apartado 1, del TFUE), este hecho constituiría una extralimitación evidente y estructuralmente significativa de las competencias. La violación sería evidente, porque el derecho primario de la Unión establece la prohibición en una norma explícita, excluyendo de esta forma, y sin lugar a dudas, cualquier competencia del Banco Central Europeo al respecto. La prohibición del financiamiento monetario de los presupuestos establece asimismo la responsabilidad presupuestaria global del *Bundestag* alemán sobre una base firme. La posibilidad de una violación de la identidad constitucional de la Ley Fundamental por la *Resolución OMT* y su puesta en práctica depende, entre otros aspectos, del contenido y el alcance de la resolución en la interpretación del TUE. El TJUE ya ha dictado su sentencia relativa a las cuestiones prejudiciales que habíamos remitido, a lo cual no me referiré debido a que, desde nuestro punto de vista, el proceso aún no ha concluido. Desde la perspectiva del derecho del proceso constitucional alemán, la remisión es un procedimiento intermedio; aclaradas las cuestiones prejudiciales, se retoma el proceso original, hasta su terminación con la sentencia final por parte del BVerfG.

**2.2.** A continuación, me referiré a la tensión entre los derechos fundamentales nacionales y la protección de estos a nivel de la Unión (Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

**2.2.1.** Hasta hoy, el BVerfG no ha renunciado a su pretensión de tener competencia para examinar la conformidad constitucional de los actos jurídicos de la Unión.

---

<sup>21</sup> En tanto que dichos Estados miembros participen simultáneamente en un programa de reformas acordado con el Fondo Europeo de Estabilidad Financiera (FEEF) o el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE).

<sup>22</sup> BVerfGE 134, 366, 392 ss.

Sin embargo, no ejerce su jurisdicción, en tanto que en el área de la jurisdicción europea estén dadas las garantías para una protección de los derechos fundamentales que sea comparable *en lo esencial* con los estándares asegurados por la LF (la llamada jurisprudencia “*solange*” o “en tanto que”<sup>23</sup>). El BVerfG ha confirmado esta opinión en varias oportunidades, por ejemplo, en la sentencia sobre Maastricht<sup>24</sup> o, últimamente, en la sentencia sobre el Tratado de Lisboa.<sup>25</sup> En consecuencia, la intervención del BVerfG no estaría indicada, en tanto no se produzca un desfasaje *generalizado* en el desarrollo del derecho europeo en comparación con los estándares (nacionales) irrenunciables de los derechos fundamentales. Esta “subsidiariedad voluntaria” puede ser interpretada como otro instrumento del ámbito de la *ingeniería jurídica de la integración*, con el objetivo de garantizar la convivencia sin interferencias en el sistema europeo, sin tener que hacer concesiones con respecto a los estándares nacionales de los derechos fundamentales.

2.2.2. Ante este trasfondo, causaron sorpresa las sentencias en las causas *Åkerberg/Fransson*<sup>26</sup> y *Melloni*,<sup>27</sup> dictadas por el TUE en 2013. El tribunal sueco remitente en la *Causa Åkerberg/Fransson* había consultado al tribunal europeo si era compatible con el derecho comunitario, la práctica judicial nacional que instrúa a los tribunales a seguir aplicando disposiciones que violan un derecho fundamental garantizado por la Carta, cuando la violación no resulta *evidente*. El tribunal rechazó esta interpretación porque una práctica judicial de estas características despojaría al tribunal nacional de su derecho de realizar una valoración *exhaustiva* de la compatibilidad de la disposición en cuestión con la Carta. Agregó que el tribunal nacional que debía conocer de una causa sobre derecho comunitario, y que tenía dudas con respecto al sentido o al alcance de ese derecho, tenía el derecho y, llegado el caso, también la *obligación*, conforme al artículo 267 del TFUE, de remitir sus preguntas relativas a la interpretación de las disposiciones aplicables del derecho comunitario al tribunal de justicia.<sup>28</sup> En este contexto –al igual que en la decisión *Melloni*–,<sup>29</sup> el tribunal postuló, casi sin excepciones, la primacía de la normativa comunitaria sobre el de-

<sup>23</sup> BVerfGE 37, 271, 285; 73, 339, 376, 387.

<sup>24</sup> Sentencia del 12 de octubre de 1993 - 2 BvR 2134/92 y 2 BvR 2159/92 - BVerfGE 89, 155, 174 s.

<sup>25</sup> BVerfGE 123, 267, 335.

<sup>26</sup> TJUE, Gran Sala, Sentencia del 26 de febrero de 2013 C-617/10, ABL EU 2013 núm. C 114, 7 s.; *EuZW* 2013, 302 ss.

<sup>27</sup> TJUE, Gran Sala, Sentencia del 26 de febrero de 2013 C-399/11, ABL EU 2013 núm. C 114, 127; *EuZW* 2013, 305 ss.

<sup>28</sup> Cf. TJUE [nota al pie 26] punto 48.

<sup>29</sup> Cf. TJUE [nota al pie 27] punto 60: “[Si bien] el artículo 53 de la Carta confirma que, al exigir un acto jurídico de la Unión la adopción de medidas nacionales de implementación, las autoridades y los tribunales nacionales continúan teniendo el derecho de aplicar la normativa nacional relativa a los derechos humanos, en la medida en que dicha aplicación no implique un perjuicio al nivel de protección de la Carta en la interpretación del Tribunal de Justicia, ni a la primacía, la unidad y la eficacia del derecho comunitario”.

recho constitucional nacional “en cuestiones relativas al derecho comunitario”. Al adoptar una postura tan rigurosa se ha creado una tensión –hasta ahora no resuelta por el tribunal– con el trato preferencial dispuesto por el artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales que prohíbe expresamente el uso de los derechos fundamentales de la Unión como referencia para menoscabar los niveles de protección alcanzados a nivel nacional.

Poco tiempo después, en la decisión del 24 de abril de 2013,<sup>30</sup> la Primera Sala del BVerfG consideró oportuna la siguiente aclaración: para lograr una relación cooperativa entre el BVerfG y el TJUE, la referida jurisprudencia de este último no debe ser interpretada como un acto evidentemente *ultra vires* o que pondría en peligro la protección o la aplicación de los derechos fundamentales de los Estados miembros en un grado tal que cuestione la identidad del orden constitucional instituido por la LF (primera frase del artículo 23, apartado 1). Por lo tanto, la decisión en la *Causa Åkerberg/Fransson no debe ser interpretada ni aplicada como si cualquier* relación material entre una disposición y el área de aplicación abstracto del derecho comunitario, o meros efectos reales de una disposición sobre este derecho constituyeran una causa suficiente para sujetar los Estados miembros a los derechos fundamentales de la Unión Europea consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales.<sup>31</sup>

En una sentencia dictada el 6 de marzo de 2014,<sup>32</sup> el Tribunal de Justicia de la Unión Europea flexibilizó, hasta cierto punto, su jurisprudencia y adoptó una postura –quizás– más conciliadora. Alegó que el concepto de “aplicación del derecho comunitario” con arreglo al artículo 51 de la Carta exige un “vínculo suficiente”, más allá de la cercanía de las áreas materiales en cuestión o de la posibilidad de que una de ellas pueda ejercer una influencia indirecta sobre la otra. No obstante, el debate no está concluido, y el futuro dirá si los tribunales constitucionales de los Estados miembros están dispuestos a aceptar esta postura del TJUE.

2.3. Centremos ahora nuestra atención en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Así como el Tribunal Constitucional Federal es el garante de la LF, el TEDH lo es del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Por lo general, esta “doble” protección de los derechos fundamentales y humanos opera en sintonía; sin embargo, en algunos casos puede producir resultados divergentes. Un proceso ante el TEDH implica que todas las instancias judiciales a nivel nacional estén agotadas; esto incluye la interposición del recurso de amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional Federal. Por consiguiente, el TEDH está facultado para examinar las decisiones del BVerfG y denunciar como contrario al Convenio cualquier acto de soberanía cuya conformidad con la LF haya sido reconocida por el BVerfG. En el pasado reciente se han dado situaciones como la expuesta.

---

<sup>30</sup> Sentencia del 24 de abril de 2014 “Antiterrordatei” [Base de datos para la lucha contra el terrorismo] - 1 BvR 1215/07 - BVerfGE 133, 277 ss.

<sup>31</sup> BVerfGE 133, 277, 316 punto 91.

<sup>32</sup> Decisión de la 10ª Sala en la causa C-206/13, NVwZ 2014, 575.

Inicialmente, el Tribunal Constitucional Federal clasificó el Convenio –y su consolidación concreta por el TEDH– como una simple ayuda de interpretación para “la determinación del contenido y del alcance de los derechos fundamentales y los principios conformes al Estado de derecho [a nivel nacional]”, sin que esa interpretación tuviera rango constitucional.<sup>33</sup> Esta visión partía del carácter jurídico formal del Convenio, dado que, desde la perspectiva de nuestra LF, los acuerdos celebrados con arreglo al derecho internacional contractual, que se incorporan a la legislación nacional mediante una ley aprobatoria del *Bundestag* alemán, revisten por principio el rango de una ley (federal) común.<sup>34</sup>

En una decisión de principio (*Görgülü*<sup>35</sup>) del año 2004, que hacía referencia a la apertura del orden jurídico alemán al derecho internacional, el BVerfG modificó esta jurisprudencia, por lo menos para el ámbito del CEDH. La decisión se originó en un litigio sobre la custodia de un hijo natural entre su padre biológico y sus padres de acogida, a cuyo cuidado el niño fue entregado pocos días después de nacer. A juicio del TEDH, la negación del derecho de contacto y de la custodia del padre de un hijo natural por los juzgados de familia alemanes constituía una violación del derecho del padre al respeto de su vida familiar (CEDH, art. 8, ap. 1), por lo que dio lugar a su recurso de amparo.<sup>36</sup> Seguidamente, el juzgado de familia competente de Alemania de segunda instancia se negó nuevamente a dictar una sentencia cautelar que permitiera el contacto del padre con el niño, aduciendo que el carácter vinculante de la decisión del TEDH alcanzaría solamente a la República Federal de Alemania como sujeto de derecho internacional, sin incluir sus órganos de jurisprudencia. Otro recurso de amparo constitucional del padre, reprimiendo la implementación deficiente de la sentencia por los juzgados de familia, fue exitoso. El BVerfG fundamentó su decisión en la violación del derecho fundamental del padre conforme al artículo 6 de la LF, en conjunción con la vulneración del principio del Estado de derecho: el juzgado de familia no había respetado plenamente la decisión del TEDH que constataba la violación del Convenio, dado que –y este es el elemento novedoso– los tribunales nacionales tenían la obligación, más allá del principio constitucionalmente fundado de la apertura al derecho internacional, de tomarlo en cuenta para la aplicación e interpretación del derecho común.<sup>37</sup>

De esta manera, el BVerfG fortalece el Convenio al integrarlo al principio de sometimiento de la justicia a la ley, de conformidad con el artículo 20, apartado 3 de la LF, y lo eleva, por lo menos indirectamente, al rango de estándar jurídico-constitucional, en los términos de interpretación y concreción desarrollados por el TEDH. Por lo tanto, su violación puede ser reprimida por la vía del recurso de am-

---

<sup>33</sup> BVerfGE 74, 358, 370.

<sup>34</sup> BVerfGE 74, 358, 370; 82, 106, 120; 111, 307, 316 s., 128, 326, 367.

<sup>35</sup> BVerfGE 111, 307 ss.

<sup>36</sup> Sentencia del 26 de febrero de 2004, TEDH, núm. 74969/01.

<sup>37</sup> BVerfGE 111, 307, 323 s.

paro constitucional contra actos de soberanía alemanes, con referencia al principio de Estado de derecho, y en conjunción con el derecho fundamental en cuestión. Esta profundización de la jurisprudencia ha generado otras consecuencias: en virtud de las diferencias jurisprudenciales entre el BVerfG y el TEDH en torno a la valoración de la detención por seguridad retrospectiva a continuación del cumplimiento de la pena, que el derecho penal alemán prevé para delincuentes reincidentes que cometieron delitos gravísimos, en 2011 el BVerfG dictó otra sentencia en la materia, en la cual incluso concede, en atención a los principios establecidos en la *Resolución Görgülü*, que la fuerza de cosa juzgada de sus propias decisiones es susceptible de revisión en la medida que una decisión *posterior* del TEDH aporte aspectos novedosos a la interpretación de la Ley Fundamental.<sup>38</sup>

### **3. La relación entre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión y el Catálogo de Derechos Fundamentales del Consejo Europeo en el CEDH**

3.1. Hasta el momento, me he limitado a la consideración de las relaciones bilaterales: por un lado, entre el BVerfG en tanto garante de la constitución nacional y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y, por el otro, entre el BVerfG y el TEDH. Pero con ello no se agota el tema porque existe también un vínculo entre la Carta de los Derechos Humanos de la Unión y el sistema de derechos fundamentales del Consejo de Europa, establecido en su Convenio de Derechos Humanos: un vínculo de hecho, por el artículo 6, apartados 1 y 3 del TEU, pero también otro, a partir de la previsión expresa de la adhesión de la Unión al CEDH, conforme al artículo 6, apartado 2 del TEU. Esto conlleva dificultades serias en materia de delimitación jurídica, porque si bien las áreas de aplicación e influencia del derecho comunitario y del Convenio se superponen, no son idénticas. Como es sabido, el Consejo de Europa tiene 47 Estados afiliados, no solo los 28 Estados miembros de la Unión Europea.

En tanto que la Unión Europea no adhiere al Convenio, este no tiene carácter de fuente directa del derecho en el área de la Unión, es decir no es un elemento directo del orden jurídico de la Unión, aunque cumple la función de una fuente del conocimiento jurídico. Esto se desprende del artículo 6, apartado 3, del TEU, según el cual los derechos fundamentales consagrados en el Convenio continúan haciendo parte del derecho comunitario en calidad de principios generales del derecho, incluso después de la entrada en vigor de la Carta de los Derechos Fundamentales. Como indicador adicional del estrecho vínculo entre los derechos fundamentales de la Unión y del Convenio, la primera frase del artículo 52, apartado 3, de la Carta

---

<sup>38</sup> BVerfGE 128, 326, 365.

de los Derechos Fundamentales contiene una *cláusula de armonización*. De esta manera, se intenta asegurar la coherencia de la interpretación y aplicación de aquellos derechos fundamentales de la Carta que corresponden a los derechos consagrados en el Convenio. En ningún caso, el nivel de protección otorgado por los derechos fundamentales de la Unión debe ser inferior al de los derechos fundamentales del Convenio. En cambio, se abre la posibilidad de una protección *mayor* sobre la base de los derechos fundamentales de la Unión; la segunda frase del artículo 52, apartado 3, de la Carta contiene la correspondiente “cláusula de apertura”. Por lo tanto, los derechos fundamentales del Convenio deben ser entendidos como estándares mínimos.

La cláusula de armonización se complementa con la ya mencionada *cláusula de trato preferencial* del artículo 53 de la Carta, que corresponde al artículo 53 del Convenio. En consecuencia, los derechos fundamentales de la Unión no deben servir de base para apartarse de un estándar de protección posiblemente superior de los derechos del Convenio. La interacción entre los respectivos sistemas de derechos fundamentales mediante cláusulas de armonización y trato preferencial aporta, en principio, otro componente eficaz a la reiteradamente mencionada ingeniería jurídica de la integración de sistemas multinivel. No obstante lo anterior, la sentencia en la *Causa Åkerberg/Fransson*<sup>39</sup> –a la que me referí para ilustrar la relación entre los derechos fundamentales de la Unión y los nacionales– dejó en claro que puede ser una fuente de conflictos.

3.2. La primacía del derecho comunitario respecto del derecho nacional que postula el TJUE y su interpretación restrictiva del artículo 53 de la Carta de los Derechos Fundamentales nos llevan a la consideración del dictamen del tribunal relativo al proyecto de acuerdo sobre la adhesión de la Unión al Convenio de Derechos Humanos.<sup>40</sup> En efecto, en lo que atañe a la relación entre el derecho *nacional* y el CEDH, los tribunales constitucionales nacionales podrían seguir refiriéndose sin problemas a un estándar de protección nacional más elevado conforme al artículo 53 del Convenio; en cambio, cuando se trata de la relación entre los derechos fundamentales nacionales y los derechos correspondientes de la Unión en los términos de la interpretación del artículo 53 de la Carta por el tribunal, y teniendo en cuenta su postura que establece la primacía del derecho comunitario, tal referencia ya no es posible sin más. En consecuencia, el dictamen del Tribunal de Justicia<sup>41</sup> critica que el proyecto del acuerdo de adhesión no ofrece la certeza de que el TEDH opte por una interpretación igualmente restrictiva del correspondiente artículo 53 del

---

<sup>39</sup> TJUE, Gran Sala, Sentencia del 26 de febrero de 2013 C-617/10, ABl EU 2013 núm. C 114, 7 s.; *EuZW* 2013, pp. 302 y ss.

<sup>40</sup> Proyecto del 10 de junio de 2013, incluido en el informe final del comité de dirección para derechos humanos del Consejo de Europa de la misma fecha.

<sup>41</sup> Dictamen del 18 de diciembre de 2014, “Adhesión al CEDH II”, C-2/13, Beck RS 2015, 80256.

Convenio para el área de aplicación del derecho comunitario con el fin de asegurar la coherencia de las posturas jurídicas defendidas.

3.3. Como respuesta al dictamen del 18 de diciembre de 2014 y la “pretensión de la decisión en última instancia” reiteradamente sostenida, el TJUE debió enfrentar algunas críticas, pero sobre todo la denuncia de querer impedir que los actos de la Unión –junto con sus sentencias– sean sometidos al control “externo” del cumplimiento de los derechos humanos por el TEDH.

3.3.1. Cabe dejar constancia de que la adhesión –y el control externo– constan expresamente en una disposición del derecho primario, el artículo 6, apartado 2, del TEU, aunque es de suponer que la adhesión se postergará hasta un futuro lejano como consecuencia de la claridad del dictamen y las violaciones del derecho comunitario que se detectaron; en efecto, conforme al artículo 218, apartado 11, del TFUE un dictamen negativo del Tribunal de Justicia impide la entrada en vigor de un acuerdo previsto, a menos que se introduzcan modificaciones a dicho acuerdo o a los tratados europeos.

La preparación del proyecto de acuerdo de adhesión expuso a la Comisión Europea y a los Estados miembros al desafío especial de integrar no solo un estado, sino la totalidad de una organización supranacional con sus complejas estructuras internas, a un sistema de protección de los derechos humanos que descansa en un acuerdo internacional y multilateral. En este contexto, el TJUE podrá haber pensado en la “cuadratura del círculo”, cuando asumió la tarea de examinar la conformidad del proyecto con el derecho comunitario.

3.3.2. De todos modos, es evidente que el proyecto intenta tener en cuenta las particularidades de un sistema multinivel. Su eje es el artículo 3 que introduce un “mecanismo de incorporación a las demandas”, por el cual la Unión o uno de sus Estados miembros podrán incorporarse, en calidad de parte demandada, a los procesos ante el TEDH, en los que no están involucrados directamente. La Unión está afectada en todos los casos en que la violación del Convenio por un Estado miembro que es el objeto de una demanda presentada ante el TEDH está relacionada simultáneamente con cuestiones de compatibilidad del derecho comunitario con el Convenio. Se introduce, asimismo, un “procedimiento de decisión previa”, por el cual se le concede al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la oportunidad de decidir –a menos que ya lo haya hecho– si las disposiciones del derecho comunitario que son el objeto del litigio son compatibles con el Convenio. Una vez más, nos encontramos con instrumentos de la ingeniería jurídica de la integración diseñados para asegurar la colaboración recíproca de los tribunales europeos en condiciones de interferencias mínimas. Habría que agregar que el TEDH ya tiene la posibilidad de incorporar –por la vía del artículo 36, apartado 2, del Convenio– a terceros y de recabar opiniones, por ejemplo, del TJUE.

3.4. Entonces, ¿a qué aspectos se refiere la crítica del Tribunal de Justicia? Más allá de la coordinación –inexistente a criterio del tribunal– entre las dos cláusulas de trato preferencial de los respectivos artículos 53 de la Carta y del Convenio,

expresa la preocupación de que el TEDH conozca de los litigios entre los Estados miembros o entre uno de ellos y la Unión. A primera vista, el TJUE considera que las competencias de control otorgadas a un tribunal fuera de la Unión pondrían en peligro la primacía, unidad y eficacia del derecho comunitario e interferirían en el equilibrio interior de la Unión, aunque un análisis más detenido podría llegar a la conclusión de que en realidad el tribunal podría temer la reducción de su propia influencia y del impacto de su jurisprudencia. La fundamentación de la posición negativa por el Tribunal confirma esta tesis. Se critica que el derecho de incorporación a las demandas no funcione como un “mecanismo automático”, sino que esté sujeto al control de plausibilidad previo del TEDH para verificar la existencia de las condiciones para la adhesión al procedimiento conforme al artículo 3 del proyecto. Además, el Tribunal de Justicia no está de acuerdo con que el procedimiento de decisión previa como tal surja de la iniciativa del TEDH.<sup>42</sup>

No se debe, ni se va a poner en tela de juicio que el TJUE detente por principio el monopolio de la interpretación y desestimación de las normas. No obstante, es de suponer que el “*leitmotiv* de la preservación de la autonomía”, como lo expresa un artículo sobre el tema,<sup>43</sup> implique también que el tribunal se preocupa por sus propios intereses y, conjuntamente con ellos, por la protección de sus competencias. Una contribución de reciente publicación<sup>44</sup> lo formula en estos términos: “El TJUE se esfuerza por fortalecer la UE como un espacio único de derechos humanos que esté sujeto a *su* exclusivo poder de decisión judicial”.

## 5. Conclusiones

Es preciso terminar volviendo a nuestra interrogante inicial sobre “el gobierno de los jueces” en el derecho constitucional nacional y supranacional. La respuesta, si se trata de una “maldición o bendición”, quedará a criterio de cada una y cada uno de ustedes. Simplemente pretendí esbozar los posibles escenarios de conflicto, así como las estrategias para su solución. Sin embargo, los actores judiciales deberían compartir el objetivo de avanzar –y voy a servirme de una imagen de uso común en el debate europeo– de una Europa con un sistema multinivel, al estilo de un “*Schichtkuchen*” (un ponqué en capas), a un perfectamente logrado “*Marmorkuchen*” (un ponqué mezclado de masa clara y oscura), es decir, un sistema interconectado con estructuras heterogéneas, cuyos componentes interactúan de manera homogénea, y cuya receta opera a entera satisfacción de todas las partes. ¡Este es el tipo de desarrollo que deberíamos deseárselo a Europa!

---

<sup>42</sup> *Ibid.* [nota al pie 41] punto 187 ss.

<sup>43</sup> Wendel, *NJW* 2015, 921, 923.

<sup>44</sup> Tomuschat, *op. cit.*, pp. 133 y 139.



## Bibliografía

- BÖCKENFÖRDE, E.-W., *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, 2ª ed., Berlin, Dunker & Humblot, 1981.
- \_\_\_\_\_, *Zur Lage der Grundrechtsdogmatik nach 40 Jahren Grundgesetz*, München, Carl Friedrich von Siemens-Stiftung, 1989.
- COMITÉ PARA DERECHOS HUMANOS, Dictamen del 18 de diciembre de 2014, “Adhesión al CEDH II”, C-2/13, Beck RS 2015, 80256.
- CONSEJO DE EUROPA, COMITÉ PARA DERECHOS HUMANOS, *Informe final*, 10 de junio de 2013.
- \_\_\_\_\_, Proyecto del 10 de junio de 2013.
- CONSEJO DE GOBIERNO DEL BANCO CENTRAL EUROPEO, comunicado de prensa del 6 de septiembre de 2012.
- \_\_\_\_\_, Resolución *Technical Features of Outright Monetary Transactions*, 5 y 6 de septiembre de 2012.
- HALLSTEIN, Walter, “Die EWG-Eine Rechtsgemeinschaft”, *Europäische Reden*, 1979.
- HILLGRUBER, Christian (comp.), *Gouvernement des juges - Fluch oder Segen*, t. 4, Paderborn, Schönburger Schriften zu Recht und Staat, 2014.
- HIRSCH, Günter, “Schutz der Grundrechte im ‘Bermuda-Dreieck’ zwischen Karlsruhe, Straßburg und Luxemburg”, suplemento de *EuR* 1/2006.
- LAMBERT, Edouard, *Le Gouvernement des Juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, M. Giard & Cie, 1921.
- TOMUSCHAT, Christian, “Der Streit um die Auslegungshoheit: Die Autonomie der EU als Heiliger Gral – Das EuGH-Gutachten gegen den Beitritt der EU zur EM-RK”, *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 2015.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DE ALEMANIA, Sentencia del 12 de octubre de 1993.
- \_\_\_\_\_, Sentencia del 30 de junio de 2009.
- \_\_\_\_\_, Resolución del 14 de enero de 2014.
- \_\_\_\_\_, Sentencia del 24 de abril de 2014 “Antiterrordatei”.
- \_\_\_\_\_, Decisión de la 10ª Sala en la causa C-206/13, NVwZ 2014, 575.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, Sentencia del 26 de febrero de 2004, 74969/01.
- \_\_\_\_\_, Gran Sala, Sentencia del 26 de febrero de 2013.
- VOSSKUHLE, Andreas, “Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund”, *Staatlichkeit im Wandel*, núm. 106, 2009.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

**Víctor Eduardo Orozco Solano\* (Costa Rica)**

## **Aproximación al principio de supremacía constitucional y sus implicaciones en el sistema de justicia constitucional costarricense: estudio comparado**

### **RESUMEN**

El presente artículo desarrolla los alcances del principio de supremacía de la constitución desde una perspectiva comparada y, en particular, sus implicaciones en el sistema de justicia constitucional costarricense. También se desarrollan algunas líneas sobre la interpretación conforme a la Constitución y el papel que en este marco realiza el control de convencionalidad, impulsado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el ejercicio de sus competencias.

**Palabras clave:** supremacía de la constitución, derecho comparado, interpretación conforme.

### **ZUSAMMENFASSUNG**

Der Beitrag behandelt aus rechtsvergleichender Sicht den Geltungsbereich des Grundsatzes der Verfassungsvorrangs und geht dabei insbesondere auf seine Bedeutung für das Verfassungsgerichtssystem Costa Ricas ein. Dazu werden Argumentationslinien zur verfassungskonformen Auslegung entwickelt, sowie zu der Rolle, die in diesem Zusammenhang der Konventionskontrolle zukommt, wie sie vom Interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte im Rahmen seiner Zuständigkeiten gefordert wird.

**Schlagwörter:** Verfassungsvorrang; Rechtsvergleichung; verfassungskonforme Auslegung.

---

\* Doctor en Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla-La Mancha. Letrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica; coordinador de la Maestría en Justicia Constitucional de la Universidad de Costa Rica. victorozcocr@gmail.com.

## ABSTRACT

This paper examines the scope of the principle of supremacy of the Constitution from a comparative point of view and, especially, its implications for the Costa Rican constitutional judicial system. We also put forth some ideas on interpretation according to the Constitution and the role of conventionality control in that context, as promoted by the Inter-American Court of Human Rights in exercise of its powers.

**Keywords:** Supremacy of the constitution, comparative law, interpretation consistent with the Constitution and the Inter-American Convention on Human Rights.

## Introducción

En términos generales, el propósito de estas notas es examinar, con algún grado de profundidad, el principio de supremacía de la Constitución y sus implicaciones en los ordenamientos jurídicos estatales, particularmente en lo que atañe al sistema de justicia constitucional costarricense. Con este objetivo, se analizará la forma en que ha sido proclamada la supremacía de la norma fundamental en el ordenamiento alemán, norteamericano, español, entre otros, para luego determinar lo que concretamente sucede en Costa Rica.

Además, se dedicarán unas líneas a algunas de las consecuencias en que se traduce dicho principio, es decir, la obligación del juez ordinario y constitucional de interpretar las normas infraconstitucionales conforme al derecho de la constitución. Esta función ha cobrado especial relevancia en los últimos años, sobre todo en el marco de la aplicación del método concretado de control de constitucionalidad, como el caso nacional, donde la Sala Constitucional goza del monopolio del rechazo para expulsar del ordenamiento jurídico una norma que no es compatible con la Constitución. De este modo, se ha sostenido, en principio, que el juez ordinario únicamente participa del control de constitucionalidad en la medida en que puede promover la cuestión de inconstitucionalidad o la consulta judicial, en aras de que sea la Sala la que determine finalmente si la norma cuestionada se adecua o no a la Constitución. Ya veremos, sin embargo, que la participación del juez ordinario en este marco es mucho más amplia, pues en ese sentido, y en el ejercicio de la interpretación conforme, puede eventualmente descartar todas aquellas posibles interpretaciones de una norma legal que lesionen la norma fundamental, y de ellas hacer prevalecer la que sí se ajusta a los lineamientos constitucionales.

De modo que el juez ordinario únicamente debería plantear la consulta cuando no sea posible interpretar la norma legal conforme a la constitución política. También cobra especial relevancia la interpretación conforme a los supuestos del control de convencionalidad que ha impulsado la Corte Interamericana de Derechos Humanos con respecto a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como de las interpretaciones que con respecto a esa norma realiza dicho tribunal.

Pues bien, y como ha sido advertido, el principio de supremacía de la constitución, el reconocimiento de la constitución como norma jurídica constituyen un aporte del constitucionalismo norteamericano, así como de los criterios doctrinales y jurisprudenciales que culminaron en la famosa sentencia dictada por el juez John Marshall, en 1803, en el asunto *Marbury vs. Madison*. Dichas ideas no fueron bien recibidas por el constitucionalismo europeo sino hasta 1920 a través de los criterios expuestos por el mayor jurista del siglo XX, el filósofo austriaco Hans Kelsen. Con anterioridad a ese momento, aunque existía cierto consenso en Europa acerca del valor normativo de la constitución, lo cierto es que, como se expuso en algún trabajo anterior, las constituciones francesas y alemanas del siglo XIX son expresiones de un “constitucionalismo sin constitución”, justamente porque no contaban con mecanismos jurídicos de defensa de la constitución.

Es así como a partir de las ideas de Hans Kelsen, y después de la Segunda Guerra Mundial, se prevén en Italia (1948), Alemania (1949), Francia (1958), Portugal (1976) y España (1978), los tribunales constitucionales, a los que se ha encomendado no solo la defensa de los preceptos constitucionales frente a las actuaciones y las omisiones de los poderes públicos que vulneran la norma fundamental, sino además la interpretación última y privilegiada de las normas constitucionales.

A continuación se estudiará entonces qué se ha entendido por el principio de supremacía de la norma fundamental, del cual sin duda alguna el control de constitucionalidad por omisión supone su mayor alcance. Bajo esta tesitura, no sólo se controlan únicamente aquellos supuestos en que se viola la constitución de manera positiva, mediante el dictado de normas o actos que claramente infringen los preceptos constitucionales, sino también el cumplimiento de esos poderes públicos de las llamadas normas constitucionales de ejecución diferida (mal llamadas normas programáticas), las cuales, aunque sí gozan al igual que las normas de ejecución inmediata de contenido normativo y exigible, requieren precisamente un desarrollo normativo infraconstitucional ulterior para poseer eficacia plena.

De esta forma, muchas veces el propio poder constituyente, originario o derivado, al emitir la norma constitucional, ha dejado un plazo expreso al poder legislativo para emitir la normativa legal de desarrollo, caso en el cual la inobservancia de ese plazo produce una grosera violación de la norma fundamental, que desde ningún punto de vista puede ser soslayada por el tribunal constitucional. En tal hipótesis, es claro que el juez constitucional, si se niega a exigir por parte del poder constituido el desarrollo de la norma fundamental, altera su texto a tal grado que lo reforma y lo despoja de todo contenido normativo. Se trata –diría un autor alemán que se ha analizado en un estudio previo– de un supuesto de anulación de la constitución, o bien de una mutación constitucional que no se adecua a la teoría normativa de la constitución política.

Es distinto si no se establece un plazo para la aprobación de la normativa infraconstitucional de desarrollo, en cuyo caso, el juez constitucional debe ponderar la inactividad del poder legislativo, o del órgano encargado de suplir el mandato cons-

titucional, bajo un criterio de proporcionalidad y razonabilidad. En este supuesto, el juez constitucional sí puede analizar las circunstancias en que fue aprobada la norma constitucional, así como la obra que en función de esta han desplegado los poderes constituidos para determinar si dicha actividad es o no inconstitucional. De esta forma, y bajo tales supuestos, se examinará concretamente qué se entiende por el principio de supremacía de la Constitución.

## 1. Aproximación al principio de supremacía constitucional

De acuerdo con Konrad Hesse, el derecho constitucional (la constitución) se encuentra en una situación de supremacía con respecto de todo el ordenamiento, en cuanto constituye un orden jurídico fundamental de la comunidad. Por este motivo, la constitución no puede ser derogada ni reformada por leyes ordinarias (en atención al principio de rigidez constitucional), ni sus disposiciones pueden ser contrariadas por ningún otro acto de los poderes públicos, ni por el legislativo, que se encuentran vinculados por la norma fundamental.<sup>1</sup> Así, en el sistema alemán, el principio de supremacía de la Constitución puede ser inferido del contenido de los artículos 20.3 y 1.3 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana.<sup>2</sup>

De este modo, y en el ámbito singular de los derechos fundamentales, Otto Bachof explica el cambio de perspectiva que suponen las fórmulas contempladas en la ley fundamental por sobre la Constitución de Weimar, lo que Hebert Krüger ha mencionado de una manera tópica, y algo exagerada: “[A]ntes los derechos fundamentales sólo valían en el ámbito de la ley, hoy las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos fundamentales.”<sup>3</sup> Lo anterior, considerando los alcances del principio de supremacía de la constitución, consagrados por las normas supra mencionadas.

Por otra parte, desde ningún punto de vista es posible soslayar la cláusula de supremacía (*supremacy clause*) consagrada en el artículo VI, párrafo 2º, de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, la cual dispone: “Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que se hagan en su consecuencia, y todos los tratados hechos, o que se hagan, bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán ley suprema

<sup>1</sup> Konrad Hesse, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 9.

<sup>2</sup> Estas normas establecen:

“Artículo 1º [...]

3. Los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los tribunales a título de derecho directamente aplicable.”

“Artículo 20º [...]

3. El Poder Legislativo estará vinculado al orden constitucional y el Poder Ejecutivo y el Judicial estarán sujetos a la ley y al derecho. [...].”

<sup>3</sup> Otto Bachof, *Jueces y constitución*, Madrid, Civitas, p. 41.

del territorio y los jueces de cada estado estarán por ella obligados, sin perjuicio de cualquier disposición en contrario de la Constitución o de las leyes de los estados”.<sup>4</sup>

Asimismo, Bidart Campos y Carnota observan que si bien en los Estados Unidos de América rige el principio de supremacía de la Constitución, en Gran Bretaña, por el contrario, pervive la pauta (aunque matizada con la aparición del derecho comunitario europeo) de la *primacía del Parlamento*.<sup>5</sup> De otro lado, Isidre Molas sostiene que la Constitución española de 1978 no sólo es norma jurídica, sino también suprema, teniendo en cuenta que en su artículo 9.1 se le otorga una posición diferenciada y destacada por sobre las otras disposiciones que integran el ordenamiento jurídico.<sup>6</sup> En palabras de este autor, “como expresión del poder constituyente, es una norma jerárquicamente superior a todas las restantes, a ella deben sujetarse los poderes constituidos para ejercer las potestades que le han sido asignadas. Todo el ordenamiento jurídico queda sometido a la Constitución y se organiza a partir del principio de constitucionalidad”<sup>7</sup>

Lo anterior también es explicado por Fernández Segado del siguiente modo:

[A]rrancando de la heterogeneidad de las normas constitucionales y de su diferente fuerza vinculante, y teniendo en todo momento presente esta peculiaridad de las disposiciones constitucionales, podemos pasar a abordar, con carácter general, la fuerza normativa de nuestra Constitución. Tal fuerza normativa se deduce sin ningún esfuerzo de la determinación del artículo 9.º.1 de nuestra Constitución de conformidad con lo cual: “Los ciudadanos y los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”<sup>8</sup>

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional Español, en la Sentencia 16/1982 de 28 de abril (Sala Segunda), señaló:

<sup>4</sup> Sobre los alcances de esta cláusula de supremacía, Edward S. Corwin ha sostenido que ese párrafo es “la esencia de la Constitución”, en la medida en que combina al Gobierno nacional y a los estados con una misma organización gubernamental: el Estado Federal. De ahí que si bien el Gobierno nacional es uno de los poderes enunciados, si se trata de sus atribuciones prevalece por sobre los poderes contrarios de carácter estadual. Por lo tanto, en palabras del autor, “cuando se suscita una colisión entre la ley nacional y la estadual, la única cuestión que debe resolverse generalmente es si la primera corresponde a una definición justa de las atribuciones del Congreso” (Edward Corwin, *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, Buenos Aires, Fraterna, 1978, pp. 353-354).

<sup>5</sup> German Bidart Campos y Walter Carnota, *Derecho constitucional comparado*, vol. I, Buenos Aires, Ediar Ediciones, 2001, p. 96. En la actualidad, este principio de primacía del parlamento ha sufrido profundas transformaciones, todo lo cual exige la existencia de igualmente profundas investigaciones que exceden el alcance de estas notas.

<sup>6</sup> Isidre Molas, *Derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 2005, p. 214.

<sup>7</sup> *Idem*.

<sup>8</sup> Francisco Fernández Segado, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, p. 74.

Conviene no olvidar nunca que la Constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, y en cuanto tal, tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos, y por consiguiente también los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial, están sujetos a ella (artículos 9.1 y 117.1 C. E.). Por ello es indudable que sus preceptos son alegables ante los tribunales (dejando al margen la oportunidad o pertinencia de cada alegación de cada precepto en cada caso), quienes, como todos los poderes públicos, están además vinculados al cumplimiento y respeto de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del título primero de la Constitución (artículo 53.1 C. E.), entre los que se cuentan, por supuesto, los contenidos en el artículo 24, cuya vulneración se cuestiona por el demandante en amparo.<sup>9</sup>

De esta forma, y siguiendo al profesor Leguina Villa, la posición del Tribunal Constitucional Español con respecto al principio de supremacía de la Constitución puede ser esbozada de la siguiente manera:

1.a La Constitución es la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico, cualitativamente distinta y superior a todas las demás, porque “incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico”, que ha de ser interpretado de conformidad con la misma (STC 9/81; STC 125/83). 2.a La Constitución no sólo es la norma que fundamenta la organización política de la comunidad y el ordenamiento jurídico entero, sino que es también una norma de ejecución y efectos inmediatos, singularmente en lo que concierne a los preceptos contenidos en los artículos 14 a 30, por ser objeto del proceso de amparo (STC 22/84, de 17 de febrero), preceptos que tienen eficacia directa e inmediata sin necesidad de esperar a que resulten desarrollados por el legislador (STC 81/82, de 21 de diciembre). 3.a La Constitución no es un mero catálogo de principios orientadores, carentes de obligatoriedad e insusceptibles de ser cumplidos hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, sino que es siempre y en todo caso una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal, tanto los ciudadanos, como todos los poderes públicos, están sujetos a ella (STC 16/82, de 28 de abril; STC 101/83, de 18 de noviembre). 4.a La Constitución es un conjunto normativo en el que cada precepto adquiere su pleno valor y sentido en relación a los demás, lo que postula una interpretación sistemática de la misma (STC 67/1984; STC 175/85).

---

<sup>9</sup> Cabe mencionar que el principio de supremacía de la Constitución también ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional Español en las siguientes decisiones: 22/1984 de 17 de febrero, 15/1982 de 28 de abril y 101/1983 de 18 de noviembre, entre otras.

5.a La Constitución tiene eficacia derogatoria de todas las leyes y disposiciones anteriores que, no pudiendo ser reconducidas por vía interpretativa al marco constitucional, se opongán a la misma, perdiendo tales normas su vigencia para regular situaciones futuras, de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Derogatoria 3.a (STC 4/1981, de 2 de febrero; STC 9/81, de 31 de marzo; STC 10/81, de 6 de abril; STC 29/81, de 24 de julio; STC 31/82, de 3 de junio; STC 8/1983, de 18 de febrero; A. 147/83, de 13 de abril). 6.a En lo que concierne a los derechos fundamentales y libertades públicas, la Constitución tiene además eficacia retroactiva, en el sentido de poder afectar a actos posteriores a su vigencia que deriven de situaciones creadas con anterioridad al amparo de leyes válidas en aquel momento, en cuanto tales actos sean contrarios a la Constitución, siempre que dichas situaciones no hayan agotado sus efectos con anterioridad a la promulgación de esta última (STC 9/81; STC 67/85, de 15 de noviembre; STC 125/83, de 26 de diciembre).<sup>10</sup>

Es claro entonces que el principio de supremacía de la constitución también constituye (además de los mecanismos y los instrumentos de control de constitucionalidad) una garantía sustancial de su reconocimiento como norma jurídica dotada de coercitividad y exigible a la actuación de los poderes públicos. En este orden, dicho principio parte de la existencia de un ordenamiento jurídico jerarquizado (sobre el cual se comentará más adelante), en que la constitución es su punto de partida, en tanto que la unidad de ese ordenamiento también nace o se expresa en la unidad de la constitución. Este carácter fundamental de la constitución, siguiendo a Muñoz Machado, se traduce jurídicamente en el hecho de que es la norma superior respecto de las otras, de tal forma que no puede ser modificada mediante simples decisiones del legislador ordinario;<sup>11</sup> lo anterior por estar situada en la cúspide del ordenamiento jurídico y en aplicación del principio de rigidez constitucional,<sup>12</sup> infra aludido.

Pero también puede ser explicado el carácter supremo y superior de la constitución, en la medida en que, por una parte, sirve de base o brinda legitimidad a la actuación de los poderes constituidos y, por otra, establece el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico, y regula los procedimientos para la producción de las otras normas. De ahí que sirva también como criterio de validez formal y material de todas las fuentes del derecho<sup>13</sup> posteriores a ella.

De esta manera, según Isidre Molas, el carácter supremo y privilegiado de la constitución tiene dos implicaciones: una formal, que se traduce en el carácter

---

<sup>10</sup> Jesús Leguina Villa, "Principios generales del derecho y constitución", *Revista de Administración Pública*, núm. 114, septiembre-diciembre, 1987, pp. 17 y 18.

<sup>11</sup> Santiago Muñoz Machado, *Constitución*, Madrid, Iustel Publicaciones, 2004, p. 12.

<sup>12</sup> Sobre las implicaciones del principio de rigidez constitucional, ver James Bryce, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998.

<sup>13</sup> Molas, *op. cit.*, p. 215.



rígido de su reforma; y otra material, que consiste en la posibilidad de interpretar todo el ordenamiento jurídico de acuerdo con los preceptos constitucionales, así como el control de constitucionalidad sobre los actos y las omisiones de los poderes públicos que lesionan el derecho de la constitución.<sup>14</sup> En este sentido, el profesor Pérez Tremps indica que la supremacía del tribunal constitucional en materia de garantías constitucionales no es una imposición derivada solamente de criterios de confianza, sino una imposición de lógica jurídica; de modo que al existir “un tribunal constitucional y siendo la constitución la norma suprema del ordenamiento, que le da coherencia y unidad, ha de ser el tribunal constitucional este supremo órgano jurisdiccional; otra cosa, conduciría a un ilógico que podría generar lo que con licencia se ha calificado de esquizofrenia jurídica, al permitir un doble frente de interpretación última de la Constitución.”<sup>15</sup>

En suma, la constitución, al estar colocada en el puesto superior del derecho positivo, tiene como función primordial designar a los órganos encargados de emitir o producir las otras normas jurídicas, así como los mecanismos o los procedimientos por los cuales se realiza esta situación. De ahí que una norma jurídica sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera indicada por la norma superior.<sup>16</sup>

Otra conclusión que se infiere de todo lo anterior es la necesidad de implementar garantías o controles para asegurar la observancia efectiva y oportuna de las disposiciones constitucionales, así como la supremacía de la carta magna. De lo contrario, la supremacía de la constitución por sobre las otras fuentes del ordenamiento jurídico queda, realmente, al paio, pues no existe entonces ninguna protección o tutela frente a las transgresiones del legislador o de los otros poderes públicos.<sup>17</sup>

## **2. Los alcances del principio de supremacía de la Constitución en el ordenamiento jurídico costarricense**

De este modo, la superioridad normativa de la constitución no es sino la expresión del principio de la supremacía constitucional como parámetro de interpretación del ordenamiento, de modo tal que vincula los actos de todas las autoridades,

---

<sup>14</sup> *Idem.*

<sup>15</sup> Pablo Pérez Tremps, “El tribunal constitucional y juez ordinario. Una deuda pendiente del legislador”, en *Autonomía y Justicia y Cataluña*, Barcelona, VII Seminario Organizado por el Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña, Consejo General del Poder Judicial de España y Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, GESMAX, SL, 2003, p. 90.

<sup>16</sup> Ricardo Haro, “El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, vol. I, Fundación Konrad Adenauer, 2004, pp. 47 y 48.

<sup>17</sup> Santiago Muñoz Machado, *Constitución*, Madrid, Iustel Publicaciones, 2004, pp. 12 y 13.

las cuales no pueden excusarse del cumplimiento de sus disposiciones. En este sentido, el principio de supremacía de la constitución supone en el ordenamiento jurídico costarricense:<sup>18</sup>

- La observancia preceptiva de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos vigentes en la República, en tanto así lo reconoce el artículo 48 de la Constitución Política –teniendo en cuenta, desde luego, que los derechos humanos son anteriores y superiores al Estado, en virtud de que proceden de la propia dignidad del ser humano–, en cuanto la Sala Constitucional, en la Sentencia N° 2313-95, de 9 de mayo, señaló: “como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de derechos humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución (vid. sentencia N° 3435-92 y su aclaración, N° 5759-93). Por eso algunos estudiosos han señalado que la reforma constitucional de 1989, sobre la jurisdicción constitucional, es tal vez la mayor conquista que desde el punto de vista jurídico ha experimentado Costa Rica, en los últimos cincuenta años”.<sup>19</sup> Cabe mencionar que en el ordenamiento jurídico costarricense, a diferencia del criterio mayoritariamente sostenido en el sistema de justicia constitucional europeo (particularmente en los casos de Alemania, Italia y España), los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, poseen un carácter normativo indiscutible y constituyen verdaderas reglas jurídicas (no así meros criterios de interpretación de los derechos reconocidos en las distintas constituciones), motivo por el cual los particulares pueden exigir directamente su cumplimiento ante las autoridades públicas (por ejemplo, mediante la interposición de un recurso de amparo ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia) aunque no estén reconocidos de manera positiva y en forma expresa en la Constitución de la República de Costa Rica. Se trata entonces de una construcción efectuada por la Sala Constitucional a partir de los alcances del artículo 48 de la Constitución Política, y que ha sido plasmada en reiteradas decisiones, entre ellas: la N° 1147-90 de 21 de septiembre, N° 1739-92 de 1° de julio, N° 3435-92 y su aclaración: N° 5759-93, N° 2313-95, de 9 de mayo, N° 2000-09685 de 1 de noviembre, N° 2002-10693 de 7 de noviembre, y la N° 2007-1682 de 9 de febrero de 2007.

<sup>18</sup> Silvia Patiño Cruz y Víctor Orozco Solano, *La inconstitucionalidad por omisión*, San José, Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 35 y 37.

<sup>19</sup> Rodolfo Piza Escalante, *Justicia constitucional y derecho de la Constitución*, San José, Juricentro, 1993, p. 30.

- La aplicación directa de las normas orgánicas del derecho de la Constitución que regulan la relación entre los poderes, órganos y entes del Estado, de las que les atribuyen competencias y de las que establecen controles a su actuación. Todas estas normas orgánicas del derecho de la Constitución están dotadas de plena coercitividad, justamente en cuanto gozan de garantía jurisdiccional, particularmente la que es desplegada por la Sala Constitucional en estricto apego al artículo 10 de la Constitución Política y en sus distintas modalidades, previo y a posteriori.
- La vinculación de parte de los órganos encargados del manejo de los fondos públicos hacia las normas y principios que integran el derecho de la Constitución, en particular, los relativos al control sobre la hacienda pública.
- La obligación de que las leyes y, en general, las demás normas del ordenamiento jurídico se adecuen a la Constitución Política, lo que comprende, por una parte, la necesidad de que sean dictadas conforme a los criterios que la Constitución –y en el caso costarricense, el Reglamento de la Asamblea Legislativa– estipula; por otra, el que su contenido no sea contrario a los principios que componen el derecho de la Constitución, dentro de lo que se incluye, como se dijo supra, el derecho internacional de los derechos humanos.
- La obligación de interpretar las normas del ordenamiento de conformidad con la Constitución Política, y demás normas que componen en el ordenamiento jurídico costarricense el bloque de constitucionalidad.
- El control sobre los silencios del legislador y de las demás autoridades públicas que violan el derecho de la Constitución.<sup>20</sup> Como se dijo con anterioridad, dicha afirmación supone el mayor alcance del reconocimiento de la Constitución como norma jurídica y a tal grado que, lejos de suponer una infracción del principio de separación de poderes y división de funciones, más bien tiende a reforzar la sujeción de todos los poderes públicos a los preceptos de la norma fundamental.

---

<sup>20</sup> Sobre los alcances del principio de supremacía de la Constitución, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia 2001-09384 de 19 de septiembre, señaló: “Sobre el fondo: La jurisprudencia constitucional ha reconocido a la Constitución Política su carácter normativo supremo (principio de supremacía) del cual se derivan una serie de consecuencias entre las que está, el deber de remoción de todo obstáculo para su plena efectividad. Para eso se han creado mecanismos procesales conducentes a hacer valer y respetar los principios y valores en ella contenidos, entre ellos, el *habeas corpus* y el amparo, contra actos, y la inconstitucionalidad y consulta judicial, como vías para la anulación de normas de rango inferior que contradigan la normativa constitucional y sus principios. Naturalmente que el principio de supremacía de la Constitución, implica su eficacia directa, es decir, vinculante sin necesidad de intermediación de ninguna otra norma. De ahí deriva precisamente, la capacidad de toda autoridad para aplicar, desarrollar y proteger los derechos fundamentales contenidos en la Constitución Política. De no ser así toda argumentación acerca de la máxima jerarquía de la Constitución, no pasaría de ser una declaración de buena voluntad”.

- La derogación de las disposiciones preconstitucionales que resultan incompatibles con la Norma Fundamental.<sup>21</sup> Lo anterior, a partir de la añeja distinción entre la validez y vigencia de una norma jurídica, así como entre la derogación y el control de constitucionalidad. Así, la sanción que la teoría del derecho aparea para aquella norma preconstitucional que resulta incompatible con la nueva Constitución es su derogación, entre la segunda está dotada de plena fuerza normativa y, como tal, deroga todo el derecho anterior que se le opone. Esta derogación bien puede ser decretada sea por los tribunales ordinarios o por el Tribunal Constitucional, en cuanto constituye una potestad inherente a la de todo órgano jurisdiccional justamente determinar si el derecho que se ha de aplicar se encuentra o no vigente. Dicho examen de vigencia de una norma jurídica siempre es anterior al de validez, entendido este último como un juicio de adecuación, en un plano vertical, de una norma inferior a otra de rango superior, en cuyo supuesto, la sanción que se produce es la sanción de inconstitucionalidad y la declaración de invalidez del precepto impugnado. De ahí que el control de constitucionalidad únicamente se puede desarrollar sobre las normas postconstitucionales, o sobre los efectos ultraactivos de las normas preconstitucionales que previamente han sido derogadas por la fuerza normativa de la Constitución. Toda esta construcción es posible en el ordenamiento jurídico costarricense de la interpretación armónica de los artículos 10 y 197 de la Constitución Política.

### 3. La interpretación de las normas conforme al derecho de la constitución<sup>22</sup>

Uno de los mayores aportes del reconocimiento de la constitución como norma y del principio de supremacía, es el deber de interpretar las normas conforme al texto fundamental. Tal obligación, según García de Enterría, se desprende del “proceso de constitucionalidad de las leyes (de modo tal que) antes de que una ley sea declarada inconstitucional, el juez que efectúa el examen tiene el deber de buscar en vía interpretativa una concordancia de dicha ley con la constitución”.<sup>23</sup>

Esta facultad le permite al operador jurídico la posibilidad de evitar la formación de lagunas en el ordenamiento, a causa de la anulación por inconstitucional

---

<sup>21</sup> Sobre este último extremo se puede consultar Víctor Eduardo Orozco Solano, *La fuerza normativa de la Constitución frente a las normas preconstitucionales*, México, D. F., UBIJUS-CEAD, 2012.

<sup>22</sup> Patiño Cruz y Orozco Solano, *op. cit.*, pp. 39 y 40.

<sup>23</sup> Eduardo García de Enterría, *La constitución como norma jurídica y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 1983, pp. 96 y 97.

de una norma jurídica. Lo anterior, por cuanto en ese caso puede ser interpretada y modular su aplicación según los principios que contiene la ley fundamental, la cual no sólo obliga a los órganos encargados de velar por la adecuación de las normas a la constitución, sino a los demás órganos jurisdiccionales cuando deban valorar la aplicación de la norma interpretada.

De acuerdo con Konrad Hesse, este principio supone la imposibilidad de declarar nula una ley, cuando pueda ser interpretada de acuerdo con la norma fundamental. Esta “consonancia” o conformidad no sólo se produce cuando es posible apreciar de una norma una interpretación compatible con la constitución, sino también cuando un contenido ambiguo o indeterminado de la ley resulta precisado en razón de los contenidos constitucionales.<sup>24</sup>

Ello es particularmente evidente en el ordenamiento costarricense, en el cual la jurisprudencia de la Sala Constitucional, de acuerdo con el artículo 13 de la ley que rige esta jurisdicción, produce efectos *erga omnes*, por lo que los tribunales ordinarios tienen la obligación de observar, en todo momento, la jurisprudencia de la sala, aun en el supuesto de que sólo interprete y no anule la norma que va a ser aplicada, aunque se trate de un asunto distinto del que dio base al juicio de inconstitucionalidad. Esta posibilidad está regulada en el artículo 3° de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (Ley 7135 de 11 de octubre de 1989), el cual establece: “Artículo 3°. Se tendrá por infringida la Constitución Política cuando ello resulte de la confrontación del texto de la norma o acto cuestionado, de sus efectos, o de su interpretación o aplicación por las autoridades públicas, con las normas y principios constitucionales”.<sup>25</sup>

De acuerdo con García de Enterría, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América ha relacionado este principio con una “presunción de constitucionalidad de las leyes”, que implica no sólo la afirmación de que las leyes se consideran válidas hasta que se declare su inconstitucionalidad, sino también la presunción que el Poder Legislativo observa e interpreta de manera oportuna los principios que integran el derecho de la Constitución. Lo anterior supone, por una parte, la imposibilidad de anular una ley por inconstitucional si no hasta el momento en que exista “duda razonable” en cuanto a su adecuación a la norma fundamental y, por otra, la prohibición de toda construcción jurídica o interpretación de una norma que produzca una violación de la Constitución. Todo ello permite sostener la pre-

---

<sup>24</sup> Konrad Hesse, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, CEPC, 1992, pp. 50 y 51.

<sup>25</sup> Sobre el particular, la Sala Constitucional, en la Sentencia 2996-92 de 6 de octubre, consideró: “[E]s función de esta Sala, en los casos en que puede una norma ser interpretada conforme al texto de la Carta Magna, señalar esa forma de interpretación, a la que deben atenerse los tribunales de justicia al aplicarla, no reconociéndose en este caso la inconstitucionalidad, pero señalando cuál es la forma correcta de interpretarla. No cualquier enfrentamiento entre la norma y la Constitución conlleva el acogimiento de la acción, debe la Sala, según se indicó, establecer si resulta posible interpretar la primera en forma que se ajuste a los principios que informan la segunda y si ello es posible, debe aportar por esta solución a efecto de mantener la vigencia de la ley”.

sunción de que el legislador ha querido la preeminencia de la interpretación que se adecua a la carta magna.<sup>26</sup>

Cabe mencionar, sin embargo, que la utilización de las sentencias interpretativas (y aditivas) por parte de los tribunales constitucionales ha sido objeto de gran controversia. En este sentido, se ha considerado que el uso ilimitado de esta facultad puede llevar a los tribunales constitucionales a asumir funciones que corresponden con exclusividad al legislador o a la jurisdicción ordinaria. En este orden, se ha sostenido:

[P]ues bien, la cuestión de si estas decisiones pueden adoptarse sin extra-limitarse de las funciones constitucionales del tribunal comprende a mi juicio dos aspectos centrales. Primero, si las mismas realizan funciones que debieran corresponder a los jueces y tribunales ordinarios; y segundo, si invaden las competencias del legislador. Aparentemente, la primera cuestión incide más de lleno en las sentencias interpretativas “en sentido estricto” (que eligen estas interpretaciones alternativas) mientras que la segunda se plantea especialmente en relación con las sentencias materialmente aditivas. Creo que ello es cierto, pero no supone que las sentencias aditivas no incurran también en dudas en relación con la invasión de funciones jurisdiccionales, ni que las sentencias interpretativas que no son aditivas ni manipulativas no puedan ser acusadas de realizar funciones legislativas.<sup>27</sup>

Es claro que en el ejercicio o en el dictado de estas sentencias interpretativas no resulta válido que el juez ordinario, o el juez constitucional, altere o modifique el sentido o el marco diseñado por la norma que es objeto de la interpretación. Es decir, de las múltiples interpretaciones posibles que admite una norma, el juez debe desechar aquellas que resultan incompatibles con la Constitución, y escoger la que respeta los parámetros constitucionales. Así, de no ser posible la elección de una determinada interpretación, el juez ordinario tiene la obligación en el ordenamiento jurídico costarricense de plantear la consulta judicial de constitucionalidad, para que sea el Tribunal Constitucional el que realice el juicio último de constitucionalidad de la norma y, si es del caso, la expulse del ordenamiento jurídico con efectos *erga omnes*.

Pero esta obligación de interpretar las normas conforme a la Constitución no es exclusiva con respecto a las normas constitucionales. En este sentido, es claro que en el marco del bloque de constitucionalidad que comprende el ordenamiento jurídico costarricense, los instrumentos internacionales de derechos humanos también forman parte de este bloque o parámetro, y en ese marco, la interpretación conforme también se debe realizar con respecto a esas disposiciones. No en vano se habla de la interpretación conforme a la Constitución y conforme a la Convención

---

<sup>26</sup> García de Enterría, *op. cit.*, p. 96.

<sup>27</sup> Francisco Javier Díaz Revorio, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Valladolid, Lex Nova, S.A., 2001, p. 225.

Americana sobre Derechos Humanos, y las demás normas que componen el derecho internacional de los derechos humanos.

De esta forma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en algunas sentencias, ha insistido en que los jueces ordinarios deben realizar, de oficio, un control de convencionalidad con respecto a las normas del ordenamiento jurídico. A partir de estas afirmaciones, se podría erróneamente sostener que ello supone una ruptura del monopolio del rechazo del que goza la Sala Constitucional para expulsar del ordenamiento jurídico una norma jurídica, es decir la anulación con efectos *erga omnes*, por razones de inconstitucionalidad o de inconventionalidad. Frente a ello, la misma Corte Interamericana ha aclarado en sus decisiones:

[L]os jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, *en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes*. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (*Caso Atalá Riffo vs. Chile*).

Con lo cual, el juez ordinario, en el marco del modelo de justicia constitucional concentrado o hiperconcentrado que configura el artículo 10 de la Constitución Política, si tiene dudas fundadas acerca de la compatibilidad con la Constitución Política y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la norma que ha de aplicar para resolver un conflicto de intereses, y en el ejercicio del control de constitucionalidad y convencionalidad, debe plantear la consulta judicial de constitucionalidad para que sea la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia la que determine si finalmente esa norma se adecua al derecho de la Constitución, y al derecho internacional de los derechos humanos.

En este marco, también se discute si la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para los jueces constitucionales y ordinarios, sobre todo en aquellos casos en que Costa Rica no es parte del precedente cuya aplicación se reclama. En estos supuestos, y bajo la observancia del principio pro persona, el juez constitucional, o el juez ordinario, debe escoger la norma o el criterio jurisprudencial que sea más favorable de cara a los intereses del particular. Es decir, si el estándar de protección del derecho interno es superior al convencional, no existe por parte del país la obligación de acatar la jurisprudencia de la Corte aludida. Es claro que este punto resulta muy polémico y suscita profundas reflexiones que exceden los propósitos de este trabajo.

## 4. Conclusiones

En estas líneas se ha pretendido analizar, desde una perspectiva comparada, los alcances del principio de supremacía constitucional y, en concreto, lo que supone en el ordenamiento jurídico costarricense. Es claro que el reconocimiento de este principio, así como la noción de la constitución normativa, exigen la existencia de garantías jurídicas y políticas para hacerla valer frente a las acciones y las omisiones de los poderes públicos.

También es claro que a partir de la jurisprudencia de la Sala Constitucional tendiente a reconocer el carácter supraconstitucional a los instrumentos internacionales de derechos humanos, el bloque o el parámetro de constitucionalidad se ha ampliado. En este marco, la idea del derecho de la Constitución comprende no solo el texto de la norma fundamental, sino también el derecho internacional de los derechos humanos, cuyo contenido bien se puede hacer valer ante la jurisdicción ordinaria, y ante la jurisdicción constitucional.

De otro lado, dentro de los métodos y los modelos que el derecho comparado ha configurado para respetar la concepción normativa y la supremacía de la constitución, la costarricense se ha decantado por un método concentrado o hiperconcentrado de control de constitucionalidad. En este diseño, el juez ordinario únicamente participa de dicho control en cuanto goza de la facultad de plantear la consulta judicial de constitucionalidad, si tiene dudas fundadas acerca de la conformidad a la Constitución que ha de aplicar para resolver un caso concreto. A pesar de lo anterior, también resulta inherente a la labor jurisdiccional la posibilidad, o la obligación, de interpretar la norma conforme a la Constitución, antes de formular la consulta. También se puede, como se ha expuesto en otros trabajos previos, tener por derogada la norma preconstitucional que le es incompatible con la Constitución, teniendo en cuenta que de acuerdo con el artículo 197 constitucional, el juicio de las normas preconstitucionales con respecto a la Constitución no es uno de validez sino de vigencia y, en este caso, no existe el monopolio del rechazo.

Otro punto que vale resaltar, con respecto a la actividad del juez ordinario, es que con motivo de sus decisiones también tiene la obligación de defender y salvaguardar los derechos fundamentales del particular. En este sentido, aunque en materia de control de constitucionalidad la competencia es exclusiva de la Sala de acuerdo con el artículo 10 de la norma fundamental, el juez ordinario debe respetar y proteger en todo momento los derechos fundamentales en los distintos procesos jurisdiccionales que le corresponde conocer. De ahí que la protección de los derechos fundamentales proclamados en la Constitución Política, como en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, no es exclusiva de la Sala, sino que también es compartida por las demás jurisdicciones, incluso la electoral que bien realiza el Tribunal Supremo de Elecciones. Así, la función exclusiva de la Sala Constitucional es con respecto al control de constitucionalidad, por fuerza del artículo 10 constitucional. Es, precisamente, el ejercicio de esta función el que le brinda a la Sala el carácter de



tribunal constitucional en toda su dimensión. Esta noción de la Sala Constitucional como tribunal constitucional no es compartida, ni por asomo, por el Tribunal Supremo de Elecciones, teniendo en cuenta que en nuestro sistema el monopolio del rechazo únicamente lo tiene la Sala; es decir, la Sala es la única que puede expulsar del ordenamiento jurídico y por motivos de validez (adecuación material y formal con respecto a la Constitución) una norma jurídica. La protección de los derechos fundamentales, por el contrario, sí es compartida por la Sala, por los tribunales ordinarios y por el TSE en el ejercicio de sus competencias constitucionales y legales. En este orden, el ejercicio de los procesos relativos a la justicia electoral, que podrían ser encomendados a los tribunales ordinarios, o a la Sala Constitucional, no hacen del Tribunal Supremo de Elecciones un tribunal constitucional en materia electoral, pues el control de las normas en esta materia lo sigue teniendo la Sala, por fuerza del artículo 10 constitucional.

En este orden, Víctor Ferreres, en su libro *Una defensa del modelo europeo del control de constitucionalidad*, clasifica los tribunales constitucionales en puros e impuros, dependiendo de si realizan con exclusividad, y de manera única o no, el control de constitucionalidad. Dentro de estas categorías, no se puede incluir al Tribunal Supremo de Elecciones, sencillamente porque no realiza control de constitucionalidad. La defensa de los derechos fundamentales, en cambio, no es una función que determine, por sí misma, la noción de un órgano jurisdiccional como tribunal constitucional.

Es claro entonces que la idea de la supremacía de la Constitución, así como de su fuerza normativa, ha calado ampliamente en el funcionamiento de los poderes públicos, justamente a partir de su defensa efectiva tanto por la jurisdicción constitucional especializada como por los tribunales ordinarios. En este orden de ideas, cabe preguntarse si el funcionamiento de la Sala Constitucional en el sistema de justicia constitucional costarricense como intérprete último y privilegiado de la Constitución ha propiciado o no un proceso de constitucionalización de todo el ordenamiento jurídico. Una respuesta positiva se impone en razón de lo anterior.

## Bibliografía

- BACHOF, Otto, *Jueces y constitución*, Madrid, Civitas, 1985.
- BIDART CAMPOS, Germán y Walter CARNOTA, *Derecho constitucional comparado*, vol. I, Buenos Aires, Ediar Ediciones, 2001.
- BRYCE, James, *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, Madrid, CEPC, 1998.
- CARRILLO Marc y Roberto ROMBOLI *La reforma del recurso de amparo*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2012.
- CORWIN, Edward, *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, Buenos Aires, Fraterna, 1978.
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Valladolid, Lex Nova, S.A., 2001.

- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992.
- FERRERES COMELLA, Víctor, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La constitución como norma jurídica y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 1983.
- HARO, Ricardo, “El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. I, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2004.
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *Derecho procesal constitucional*, San José, Juriscentro, 1995.
- HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, CEPC, 1992.
- \_\_\_\_\_, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2001.
- JINESTA LOBO, Ernesto, *Derecho procesal constitucional*, San José, Ediciones Guayacán, 2014.
- LEGUINA VILLA, Jesús, “Principios generales del derecho y constitución”, *Revista de Administración Pública*, núm. 114, septiembre-diciembre, 1987.
- MOLAS, Isidre, *Derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 2005.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Constitución*, Madrid, Iustel Publicaciones, 2004.
- OROZCO SOLANO, Víctor, *La fuerza normativa de la constitución*, San José, Investigaciones Jurídicas, 2008.
- \_\_\_\_\_, *La fuerza normativa de la Constitución frente a las normas preconstitucionales*, México, D. F., UBIJUS-CEAD, 2012.
- PATIÑO CRUZ, Silvia y Víctor OROZCO SOLANO, *La inconstitucionalidad por omisión*, San José, Investigaciones Jurídicas, 2004.
- PÉREZ TREMP, Pablo, “El tribunal constitucional y juez ordinario. Una deuda pendiente del legislador”, en *Autonomía y Justicia y Cataluña*, VII Seminario Organizado por el Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña, Consejo General del Poder Judicial de España y Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, GESMAX, SL, 2003.
- PIZA ESCALANTE, Rodolfo, *Justicia constitucional y derecho de la constitución*, San José, Juricentro, 1993.
- SOLANO CARRERA, Luis Fernando, “Supremacía y eficacia de la Constitución, con referencia al sistema costarricense”, en *Constitución y justicia constitucional*, Jornadas de derecho constitucional en Centroamérica, Agencia Catalana de Cooperació al Desenvolupament de la Generalitat de Catalunya, Grupo 3SL, 2006.

### III. Tensiones de la justicia constitucional

- Bernd Rüthers, Alemania  
¿Estado democrático de derecho o Estado de la oligarquía judicial?
- María Micaela Alarcón Gambarte, Bolivia  
El Tribunal Supremo de Justicia  
como intérprete directo de la Constitución boliviana
- Carlos Ramón Salcedo Camacho, República Dominicana  
Interpretación constitucional y arbitrariedad judicial  
en la República Dominicana
- Lenio Luiz Streck, Brasil  
El avance necesario a la discrecionalidad y al decisionismo:  
de cómo no se deben entender los precedentes  
como un “mal en sí mismos”
- Jesús M. Casal, Venezuela  
Respuestas del legislador ante la interpretación de la constitución  
efectuada por la jurisdicción constitucional
- Florentín Meléndez, El Salvador  
Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional  
de la República de El Salvador

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

**Bernd Rüthers\* (Alemania)**

## **¿Estado democrático de derecho o Estado de la oligarquía judicial?\***

### **RESUMEN**

En primer lugar, el artículo trata el tema del desbordado derecho de los jueces y sus orígenes. En segundo lugar, se refiere a un posible cambio de la mentalidad judicial, a la elección judicial del método de interpretación jurídica y, finalmente, a la cuestión tan actual de la constitucionalidad y legitimidad del método de elección de los jueces para las altas cortes.

Nuestra Constitución, la Ley Fundamental (LF), se ha convertido para la gran mayoría de los ciudadanos de la República Federal de Alemania en un elemento constitutivo de la identidad social y nacional. A pesar de las críticas individuales que puedan hacerse en diversos aspectos, vivimos en un Estado libre, lo cual debe continuar así. Por ello, todo tipo de cambio constitucional requiere la mayor atención.

Mi tema, “¿Estado democrático de derecho o Estado de la oligarquía judicial?”, está relacionado con la pregunta sobre un lento, pero drástico cambio constitucional. Mi tesis fundamental consiste, en razón a lo mencionado, en lo siguiente: la elección del método de interpretación que hagan los jueces de los tribunales federales y la elección de los jueces para tales cargos son instrumentos de poder para la conservación o para la modificación del ordenamiento jurídico.

---

\* Profesor emérito de Derecho Civil y Teoría Jurídica de la Universidad de Konstanz. Juez retirado del Tribunal de Apelaciones en Konstanz. [bernd.ruethers@uni-konstanz.de](mailto:bernd.ruethers@uni-konstanz.de).

\*\* Título original: “Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?”, publicado originalmente en: *Juristenzeitung*, 2002, pp. 365-371, Tübingen, Editorial Mohr Siebeck. La ponencia fue presentada ante la Sociedad Jurídica de Berlín el 10 de abril de 2002. El manuscrito conserva su estilo de ponencia. Traducción de Angélica María Arango Díaz, LL.M. (Regensburg), becaria del KAAD para estudios de doctorado en Derecho en la Universidad de Regensburg. La traductora agradece a la Dr. iur. Lina Schneider por la lectura y comentarios a la versión final de esta traducción.

**Palabras clave:** métodos de interpretación jurídica, Estado de derecho, creación de derecho vía judicial, procedimiento de elección de jueces, vacíos jurídicos.

### ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag behandelt erstens das ausufernde „Richterrecht“ und seine Ursachen, zweitens einen möglichen Wandel der richterlichen Mentalität sowie die richterliche Methodenwahl und schließlich die aktuelle Frage nach der Verfassungsmäßigkeit und Legitimität des gegenwärtigen Wahlverfahrens zu den obersten Bundesgerichten. Unsere Verfassung, das Grundgesetz (GG), ist für die meisten Bundesbürger ein Kernelement unserer nationalen und gesellschaftlichen Identität geworden. Wir leben, bei aller Kritik im Einzelnen, insgesamt in einem freien Land. Das soll so bleiben. Darum verdient jede Art von Verfassungswandel sorgsame Aufmerksamkeit. Mein Thema „Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?“ betrifft die Frage nach einem schleichenden, aber einschneidenden Verfassungswandel. Meine Grundthese lautet: Die Methodenwahl der Bundesgerichte und die Richterwahl zu den Bundesgerichten sind Machtinstrumente für die Bewahrung oder Umgestaltung der Rechtsordnung.

**Schlagwörter:** Methoden der juristischen Interpretation; Rechtsstaat; gerichtliche Rechtssetzung; Richterwahlverfahren; Rechtslücken.

### ABSTRACT

The paper begins by examining the topic of the overblown judge-made law and its origins. It goes on to analyze a possible change of judicial mentality, the judicial selection of a method of legal construction and finally, the very current issue of the constitutionality and legality of the method of selecting judges for the higher courts.

Our Constitution, the Basic Law, has become for most citizens of the Federal Republic of Germany a fundamental element of social and national identity. Despite any individual criticism which may arise in different cases, we live in a free State and so it should continue. Therefore, any changes to the constitution must be examined with great care.

My topic: “A democratic State under the rule of law or the State of the judicial oligarchy?” refers to the concern over a slow but dramatic constitutional change. In view of the above, my main thesis is that the choice of an interpretive method made by the judges of federal courts and the selection of judges for those positions are instruments of power for the preservation or modification of the legal system.

**Keywords:** Methods of legal interpretation, State under the rule of law, judicial creation of the law, procedure for the selection of judges, legal vacuum.

## 1. La proliferación del derecho de los jueces

En un Estado democrático de derecho, las normas jurídicas son promulgadas por regla general por las instancias parlamentarias de conformidad con un procedimiento previamente dispuesto por la constitución. Las facultades de tales instancias van más allá de las facultades de los órganos ejecutivos y judiciales. Estos últimos se encuentran sometidos “a la ley y al derecho”; por su parte, la legislación se encuentra solamente ligada al orden jurídico constitucional (LF, art. 20 III). Así, el establecimiento de normas jurídicas es en principio una tarea y una facultad del órgano legislativo. Sin embargo, al mismo tiempo, los juzgados y, de una forma especial e intensa, las instancias superiores –sobre todo los tribunales federales superiores– asumen funciones de establecimiento y fijación de normas jurídicas. Ellos actúan igualmente dentro del margen de su mandato constitucional. La creación de normas jurídicas por vía judicial surge por diversas razones:

El órgano legislativo no puede reglarlo todo. Esta premisa tiene validez ante todo en aquellos campos en los cuales se presentan cambios tecnológicos, económicos y sociales que llevan a la creación de “vacíos” en el orden legal.

Regular todo tampoco es el deseo particular del órgano legislativo. Hay muchos ejemplos típicos que pueden confirmarlo. El primer grupo de supuestos está compuesto por los conceptos jurídicos indeterminados y las cláusulas generales de uso cotidiano en la legislación moderna. Este tipo de normas ha sido denominado de forma apropiada como ‘campos abiertos de la legislación’ (J. W. Hedemann) o, con más exactitud, como ‘normas de delegación’ (Ph. Heck). De este grupo es importante diferenciar la renuencia total del legislativo a regular algunas materias que son vistas como especialmente explosivas. A modo de ejemplo, basta mencionar la ausencia hasta el momento de un código laboral, de una ley de contratación laboral y de un código colectivo del trabajo en la República Federal Alemana.

Por último, debe considerarse que casi todas las leyes son incompletas desde el comienzo. Adicionalmente surgen vacíos legales, incluso en las materias reguladas, originados por las transformaciones sociales. En suma puede decirse que tiene validez el siguiente enunciado: *Todo orden jurídico tiene vacíos y por ello es incompleto.*

Los jueces, dentro de su ámbito de competencias, tienen la obligación de decidir sobre todos los conflictos que les hayan sido presentados. El deber de decisión del juez tiene vigencia aun en aquellos casos en los cuales falte la reglamentación correspondiente. En todo caso rige el principio de “prohibición de denegación de justicia”.<sup>1</sup>

En los casos en los que el órgano legislativo guarde silencio o incurra en contradicciones –en las “lagunas de colisión” (Ph. Heck)–, el juez se convierte en un

---

<sup>1</sup> Ekkehard Schumann, “Das Rechtsverweigerungsverbot”, *Zeitschrift für Zivilprozess*, núm. 81, 1968, p. 79; Bernd Rüthers, *Rechtstheorie*, Múnich, Editorial CH. Beck, 1999, pp. 823 y ss.

legislador sustituto.<sup>2</sup> El Código Civil suizo contiene para estos casos una regulación específica que como tal no existe en Alemania. Sin embargo, en la misma dirección apuntan tanto el párrafo 132, párrafo IV, del estatuto jurídico de los jueces como la obligación de plantear cuestiones prejudiciales en asuntos de casación, establecida en la normatividad nacional sobre procedimientos nacionales, para los jueces de las diversas ramas.

El Tribunal Constitucional Federal ha reconocido de manera continua en su jurisprudencia la facultad de perfeccionamiento del derecho que poseen los tribunales.<sup>3</sup> El perfeccionamiento de la norma jurídica –el Tribunal Constitucional Federal habla también de un “hallazgo creador de derecho”– es considerado un componente fundamental de la función judicial constitucional. La terminología merece especial atención. El término ‘hallazgo creador de derecho’ reúne dos conceptos antagónicos, incompatibles, al mismo tiempo que esconde el núcleo esencial de la creación de normas por vía judicial. En estos casos se trata de un acto de política jurídica. En el momento en que el juez esté frente a una laguna jurídica, su dilema consiste justamente en que no puede *encontrar* una valoración legal vinculante que pueda aplicarse al caso. Entonces, el juez debe establecer una norma aplicable a la situación no regulada jurídicamente. Justamente en esos casos sin regulación, para los cuales el juez no puede *encontrar* derecho, debe crearlo como un legislador sabio (Código Civil suizo, art. 1 II). El juez toma una decisión de política jurídica, la cual debe ser expuesta con claridad y materialmente fundamentada.

Existe, sin embargo, tanto en la jurisprudencia como en parte de la ciencia jurídica, una tendencia acentuada a sustituir o encubrir conceptualmente el carácter decisionista y de creación de derecho de las sentencias judiciales en casos de vacíos jurídicos y en aquellos en los que el juez se aparta de la norma. Se habla preferiblemente de *interpretación objetiva*, de *criterios de interpretación objetivo-teleológicos*, se habla de consecuencias jurídicas derivadas de la *naturaleza de las cosas*, de la *esencia* de las instituciones o incluso se habla de un estadio intermedio entre el reconocimiento puro del derecho (carácter cognitivo) y la decisión de política jurídica.

La constatación de lagunas jurídicas se constituye también en un medio efectivo a través del cual el juez se separa del principio de vinculación del juez a la ley. Esto sucede cuando el juez en desacuerdo con una valoración legal vinculante y previamente existente intenta invalidarla haciendo uso de una “búsqueda” ya encauzada a encontrar vacíos jurídicos.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Arthur Meier-Hayoz, *Der Richter als Gesetzgeber*, Zürich, Editorial Juris, 1951; del mismo autor, *Berner Kommentar zum ZGB*, Bd. I, art. I, pp. 312.

<sup>3</sup> Cf. solamente Decisión del Tribunal Constitucional Alemán (BVerfGE), 34, pp. 269, 286 y ss.; 75, pp. 223, 243 y ss.; Fritz Ossenbühl, *Richterrecht im demokratischen Rechtsstaat*, Bonn, Editorial Bouvier, 1988.

<sup>4</sup> BVerfGE 82, 6, *JuristenZeitung*, núm. 45, 1990, pp. 811 y ss.

La aplicación de una norma debe ser estrictamente diferenciada de su creación judicial. Se trata de dos funciones diferentes en cabeza de los órganos judiciales. Según la Constitución, siempre que existan valoraciones legales, el juez es un servidor de la ley obligado al ejercicio de una obediencia pensante. Pero, cuando ese mismo juez crea derecho, se convierte en un legislador sustituto; se convierte parcialmente en el amo del ordenamiento jurídico. La principal tarea de una metodología de la interpretación jurídica con aspiraciones de racionalidad consiste precisamente en mostrarle claramente al operador jurídico cuándo él está *aplicando* una ley, cuándo *perfecciona el derecho creando normas* al servicio de la legislación y cuándo *corrige una norma con la finalidad de establecer su propia intención legislativa*; es decir, cuándo niega su obligación legítima de obediencia de la norma. Ello requiere una diferenciación clara de dichas funciones judiciales, mas no que los límites entre aquellas sean difuminados.

No existe, por lo tanto, ninguna duda razonable sobre la existencia y el constante aumento del derecho de los jueces en todas las ramas del derecho.

## **2. Los detonantes políticos y sociales del derecho de los jueces**

Hasta ahora he hecho alusión a las causas técnicas y funcionales, a la necesidad y a los riesgos del derecho de los jueces en Alemania; esto es, a los vacíos legales en el orden jurídico, la no muy esporádica inclinación del poder judicial a apartarse de las valoraciones previamente establecidas por el legislador, amparándose en sus propias concepciones de justicia y con ayuda de métodos de interpretación adecuados para tal fin –o más bien de métodos de interposición–, negando de esta forma la obediencia debida a la norma. El importante proceso de cambio político-constitucional desde una primacía de la disposición legislativa hasta un derecho de los jueces, que avanza con fuerza en casi todos los ámbitos jurídicos, puede entenderse sólo cuando se analiza el trasfondo de la reciente historia jurídica, constitucional y social en Alemania.

El pasado siglo XX estuvo caracterizado por una serie de cambios drásticos de los sistemas políticos, de las constituciones y de las ideologías consagradas en ellas. En los 70 años comprendidos entre 1919 y 1989 Alemania ha experimentado, según el parámetro que se elija para contarlos, entre seis y siete sistemas sociales, jurídicos y constitucionales: el imperio, Weimar, el Estado nacionalsocialista, los regímenes de ocupación, la República Federal Alemana original, la República Democrática de Alemania (RDA), la nueva República Federal unificada dentro del ensamblaje de la europeización de los ordenamientos jurídicos nacionales en la Unión Europea. Durante varias generaciones hemos cambiado ordenamientos jurídicos como quien cambia prendas de vestir usadas por poco tiempo.



Cada uno de esos nuevos ordenamientos contó con la aprobación imparcial de las cabezas en ejercicio del poder público, fue aceptado y practicado como un orden justo y correcto. Nos hemos convertido de manera inesperada en algo así como campeones mundiales en la disciplina especial de “cambio rápido del sistema político”. Estas experiencias constituyen el factor más importante, si bien por lo general de manera inconsciente, para determinar la conciencia nacional y jurídica actual en Alemania –y esto no solamente para los juristas–. Este factor determina, por lo menos de forma oculta, también la autognosis de los jueces. ¿Por qué?

Los cambios de sistema significan por lo general cambios de ideología. Existe conciencia sobre la serie de sistemas ideológicos contrarios que debieron legitimar cada uno de los sistemas de poder en Alemania. Esto supone al mismo tiempo un cambio de los valores jurídicos fundamentales, de los principios dogmáticos esenciales; esto es, de los principios superiores del derecho (Coing). Con ello, los cambios del sistema representan para cada una de las cabezas del nuevo orden cambios de las convicciones jurídicas e incluso cambios de lo considerado como verdad. Después del derrumbamiento de estos sistemas injustos, tales convicciones y verdades suscitan crisis jurídicas y crisis de los juristas, siempre que la ciencia jurídica y la justicia hayan participado de las perversiones jurídicas de los regímenes revocados.

Por lo general, después de un cambio de sistema, el ordenamiento jurídico sufre una modificación radical en la medida en que se le atribuyen nuevos contenidos materiales. No se trata de un proceso automático, sino más bien del resultado del seguimiento de unas estrategias sistemáticas y con fines determinados. Por lo general, el nuevo legislador no está en las condiciones ni temporales ni concepcionales de transformar –por completo y rápidamente– el orden jurídico heredado del viejo sistema en conformidad con sus nuevos objetivos y deseos político-jurídicos. El legislador sólo puede desarrollar de manera regular unas reglamentaciones muy limitadas. La carga principal de efectuar completamente las renovaciones jurídicas necesarias la tienen en principio, según las experiencias de las últimas décadas, los órganos judiciales y la doctrina jurídica “*escribiente*”, que no es nada diferente de la literatura jurídica con sus recomendaciones político-jurídicas al poder judicial fundamentadas en la ideología dominante en el momento. Esta repartición de las tareas jurídicas tiene una clase de correspondencia con cada una de las profesiones. Siendo realistas, la jurisprudencia práctica tiene en todas las formas de Estado una función esencial de afirmación y estabilización del nuevo sistema.

Esta referencia a las experiencias históricas forma parte del tema aquí expuesto porque una parte sustancial de las renovaciones del orden jurídico realizadas en atención a los cambios constitucionales y del sistema del siglo XX fueron efectuadas a través del derecho de los jueces. Adicionalmente, es importante hacer referencia a las situaciones excepcionales en ámbitos tanto sociales como políticos, en los cuales tuvo lugar la renovación del orden jurídico a través del derecho de los jueces. El colapso de los sistemas políticos estuvo acompañado de derrotas militares y/o de desastres financieros, monetarios o sociales. Con ello, el mundo jurídico en su totalidad cayó

en un caos apenas imaginable para el mundo actual que afectó a todas las esferas de la actividad humana. Por lo menos en cuatro ocasiones esos cambios constitucionales fueron de tal radicalidad que los llamados “nuevos sistemas” pretendieron invertir totalmente y de manera consciente las valoraciones vigentes hasta ese momento, proclamando de tal forma la existencia de un mundo contrapuesto al ordenamiento jurídico tradicional. Los cambios políticos fueron, sin embargo, tan sólo una de las causas de estos cambios incisivos del ordenamiento jurídico, los cuales fueron en gran parte logrados a través del derecho creado por los jueces. Adicionalmente, otros factores pusieron en marcha diversos procesos de desarrollo que acentuaron la velocidad de modificación en todos los aspectos de la vida humana.

Los cambios radicales que aquí han sido mencionados, que se dieron más o menos de forma simultánea, sobrevinieron al ordenamiento jurídico tradicional y a sus intérpretes, generando en poco tiempo una gran necesidad de modificación jurídica, ya que el derecho es la respuesta humana a nuevos problemas de regulación. Desde el punto de vista de los “contemporáneos” era imprescindible una adaptación inmediata del sistema de valores a los nuevos supuestos de hecho. Como se mencionó anteriormente, el legislador no se encontraba en la capacidad de efectuar tal adaptación del orden jurídico, por lo que consecuentemente le correspondió dicha tarea al poder judicial. La justicia hizo frente a la tarea de reforma del ordenamiento jurídico ininterrumpidamente. Para tal fin hizo uso de los aportes y propuestas reformativas de la política y de la ciencia jurídica, incluso en muchas oportunidades se adelantó obedientemente. “Hacer frente” es la expresión indicada para denominar la actividad de la justicia, pues el establecimiento de nuevos sistemas valorativos, especialmente en sistemas totalitarios (dictatoriales) como los que hemos vivido en dos oportunidades seguidas, implican necesariamente una intervención frontal en los valores fundamentales del orden jurídico tradicional.

Con lo anterior se puso de presente el característico y propiamente nacional origen del derecho de los jueces en Alemania desarrollado de forma rasante. Hasta finales de la Primera Guerra Mundial, la judicatura, la ciencia del derecho y, en general, la aplicación del derecho eran actividades consideradas por la mayoría de los juristas alemanes como profesiones no políticas. Las consecuencias de la pérdida de la guerra y el cambio del sistema político generaron una transformación bastante notable. La catástrofe generada tanto en el ámbito financiero como en el económico, en el mercado y en la conciencia general causaron un cambio en el comportamiento del poder judicial.

La justicia se sintió llamada y en ocasiones obligada a efectuar cambios incisivos al ordenamiento jurídico ante la falta de acción del legislativo que se hizo cada vez más frecuente. En los casos en los que lo consideraba indispensable renunció a la vinculación del juez a la ley, principio que hasta ese momento había sido considerado de estricto cumplimiento. Aparecieron nuevas figuras jurídicas promulgadas por la jurisprudencia en el campo del derecho civil (bases del negocio jurídico, caducidad). El fallo sobre la revalorización de una hipoteca del Tribunal del Imperio en

1923 significó una sublevación, hasta ese momento inimaginable, de los tribunales supremos contra la normatividad vigente, la cual había sido incluso anunciada por parte de la Asociación de Jueces frente al Tribunal del Imperio.<sup>5</sup>

Los constantes cambios de sistema político y de constituciones se basaron evidentemente en valoraciones conceptuales (ideologías de Estado) básicamente diferentes, incluso hasta contrarias: del derecho divino del imperio, pasando por la democracia ilimitada de la mayoría en el sentido de la Constitución de Weimar, la ideología de la raza defendida en el nacionalsocialismo, el marxismo-leninismo de la RDA hasta la democracia de los derechos fundamentales y la vinculación con la Unión Europea de la Alemania reunificada. Las filas de sistemas y constituciones fue al mismo tiempo una fila de diversas ideologías de Estado, siempre que este último término sea imparcial y se entienda como un concepto que abarque todos los sistemas. La conexión indisoluble entre ordenamiento jurídico e ideología se hizo clara para todos con los estados de excepción presentados junto con cada uno de los cambios de sistema. El ordenamiento jurídico fue reconocido y predominantemente admitido como una manifestación de la ideología estatal en cada caso establecida y sancionada; no solamente por los juristas, sino también por los pensadores del momento.

El siglo XX se convirtió, desde un punto de vista jurídico, en una época en la cual Alemania se desencantaría del idealismo jurídico. Cinco o seis concepciones diferentes del derecho y de la justicia se presentaron de manera sucesiva en el mismo país, fueron prescritas por el Estado y reproducidas y legitimadas en la cátedra, por la ciencia jurídica y, en el plano práctico, por el Poder Judicial. Todo ello afectó de manera permanente la creencia en una justicia eterna e inquebrantable. Después de 1949 en el Oeste y después de 1990 en el Este, los alemanes –incluyendo a los operadores jurídicos– han ido reconociendo paulatinamente que conceptos como el de *la* idea del derecho y *la* justicia en la realidad de la trayectoria histórica y en el proceso de formación del derecho en los ordenamientos de Estados liberales y democráticos, así como en los ordenamientos sociales, solamente pueden existir en *plural*.

### **3. El cambio de mentalidad de los operadores jurídicos: de servidor a vencedor de la ley**

La superación de estas experiencias dramáticas y con frecuencia también traumáticas ha influenciado de manera especial el ejercicio de las profesiones jurídicas. Los operadores jurídicos se convirtieron, de forma consciente o inconsciente y a través del ejercicio de sus actividades en la respectiva situación constitucional

---

<sup>5</sup> Más concreto en Bernd Rütters, *Die unbegrenzte Auslegung*, 5ª ed., Heidelberg, Editorial C.F. Müller, 1997, pp. 66 y ss.

antes, durante y después de los cambios del sistema político, en unos experimentados “expertos del cambio”.<sup>6</sup>

Los diferentes “estados de excepción” presentados en materia social, económica y política llevaron de manera casi continua a una relación de tensión entre las leyes “viejas” y las ahora vistas como nuevas “concepciones jurídicas del presente”. Los operadores jurídicos fueron convirtiéndose cada vez más en reformadores de la ley. Se sintieron llamados, facultados e incluso encargados de llenar con nuevos contenidos las consideradas en ese momento como leyes “viejas” o en casos extremos a declararlas como obsoletas.

#### **4. El significado constitucional y político del método de elección de los jueces**

De los sucesos y experiencias mencionadas anteriormente se desprende una pregunta central: ¿Cómo fue posible que tanto la justicia como la ciencia jurídica durante las décadas del siglo XX y durante los sistemas políticos contrapuestos que se presentaron en ellas pudieran derivar de códigos “clásicos” del siglo XIX (Código Civil [BGB], Código de Comercio [HGB], Código Industrial [GewO], Código Penal [StGB], Código Procesal Penal [StPO], Código de Procedimiento Civil [ZPO]), los cuales permanecieron en su gran parte inalterados, las respuestas apropiadas y con frecuencia también contradictorias a los problemas presentados en cada una de las situaciones de poder y de conformidad con la ideología de Estado vigente en tales situaciones? Puede decirse que se trató de un siglo de interpretación de normas y de imposición de contenidos a las normas, se trató de un siglo con un nuevo modelo del juez y de sus extensas funciones políticas. Todo ello requirió métodos e instrumentos lo suficientemente flexibles para la aplicación del derecho. En este punto se confirma también el adagio popular: el que busca encuentra.

Después de estas experiencias con la elasticidad o, mejor dicho, con la reversibilidad de los contenidos de las normas jurídicas a través de los elementos de interpretación, era de esperarse una reflexión sobre el significado de los métodos de interpretación jurídica en la práctica de todas las profesiones jurídicas. La ciencia jurídica y la jurisprudencia habrían tenido motivos para exponer con toda claridad y para analizar las técnicas de reinterpretación de su propia profesión y práctica a más tardar después de 1945-1949. La función político-jurídica de la elección del método y de los instrumentos de interpretación como respuesta a las perversiones jurídicas

---

<sup>6</sup> Bernd Rüthers, *Die Wende-Experten. Zur Ideologiefälligkeit geistiger Berufe am Beispiel der Juristen*, Múnich, Editorial Beck, 1995; del mismo autor, *Geschönte Geschichten – geschönte Biographien. Sozialisationskohorten in Wendeliteraturen*, Tubinga, Editorial Mohr Siebeck, 2001.

en el Estado del nacionalsocialismo, en el Estado del Partido Socialista Unificado de Alemania y en otros sistemas totalitarios debería haber sido valorada debidamente como un canon irrenunciable de la formación jurídica. Sin embargo, esto no sucedió.

La doctrina jurídica de las universidades de la parte occidental se movió en los caminos tradicionales como si nada hubiese sucedido. La perversión del derecho en el nacionalsocialismo fue atribuida –de manera errónea y engañosa– a un positivismo jurídico supuestamente practicado por quienes ostentaban el poder. Por lo demás, el tema “ciencia jurídica y jurisprudencia en el nacionalsocialismo” se convirtió en un tabú en la mayoría de las universidades de Alemania occidental. La gran mayoría tanto de profesores como de jueces de la época de la posguerra había ocupado sus cargos también antes de 1945. La metodología de la interpretación apenas si estuvo presente antes de los años sesenta en los planes de estudio. Los planteamientos sobre un análisis crítico de la historia de la propia disciplina fueron reservados para una minoría vista con recelo y hasta de forma hostil. Predominó, de manera especial en los profesores implicados en el nacionalsocialismo, una fobia a la discusión sobre aquella época.

En 1960 se publicó la primera edición de la *Metodología de la investigación jurídica* de Larenz, la cual muy a pesar de una extensa parte dedicada a la evolución histórica de la metodología, no contenía una sola palabra sobre la reinterpretación del derecho efectuada por juristas y profesores en el tiempo del nacionalsocialismo. En las cinco ediciones siguientes, el libro continuó igual. Lo mismo aplica a la *Historia del derecho privado en la edad moderna* de Wieacker, que igualmente fue publicado en más de una edición. Este tipo de exposición se volvió un modelo seguido por muchos otros libros y manuales de metodología de la interpretación jurídica. Tales textos guardan silencio sobre los caminos equivocados y sobre los problemas heredados de su disciplina en los Estados injustos que tuvieron lugar en el siglo XX, algunas veces de forma irreflexiva, otras con perfección y rutina.<sup>7</sup>

Tales libros han sido hasta ahora citados de forma constante y en todas las cuestiones tratadas por los altos tribunales como una especie de literatura básica y determinante, incluso son citados como “clásicos de la literatura”. Ellos reflejan el estado actual de irreflexión y sin labrar de la metodología de la interpretación en su teoría y práctica, incluso cuando se trata de reinterpretaciones efectuadas por los altos tribunales, así como cuando se apartan de leyes vigentes.

Aquellos jueces que después de 1945/1949 siguieron en ejercicio de sus funciones sintieron rara vez la necesidad de confrontarse de manera crítica con la práctica de sus juzgados antes de 1945. Por ello, la representación del problema de la metodología como presuntamente apolítico, en realidad sin conciencia histórica, fue bien recibida. En correspondencia con ello se encuentra gran parte de las declaraciones

---

<sup>7</sup> Ver el artículo dedicado a la historia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Leipzig en el suplemento a la redacción de la *Neue Juristische Wochenschrift* con ocasión del día de los juristas alemanes en 2000.

metodológicas de los altos tribunales del Estado federal, a excepción de dos destacados fallos sobre funcionarios públicos del Tribunal Constitucional Federal de los años 1953 y 1957,<sup>8</sup> los cuales marcaron un conflicto dramático entre este y el Tribunal Supremo Federal.

Hasta hoy los altos tribunales reconocen de una forma completamente natural ser seguidores de la llamada teoría “objetiva” de la interpretación jurídica. Según tal teoría, la voluntad real del legislador juega apenas un papel secundario, a saber, sólo en el caso en el cual la interpretación gramatical o la sistemática de la norma no lleve a resultados claros. Determinante debe ser el presunto sentido objetivo-razonable de la norma, entendido desde el punto de vista del intérprete en el momento de su aplicación. Dado que el poder judicial aplica este método de interpretación, los operadores jurídicos no están en la obligación de hacerse preguntas sobre qué perseguía la legislación con la norma que debe ser aplicada, qué intereses y con qué finalidades pretendía regular. Con ese sistema de trabajo, los jueces no pueden (¿no quieren?) reconocer ni por un momento que se están apartando de los motivos de regulación del legislador, como tampoco pueden reconocer las razones de tal distanciamiento. Este método de interpretación es especialmente atractivo para aquellos jueces que poseen una idea propia de la regulación marcada por su concepción jurídico-política, la cual consideran a su vez objetiva y razonable. Tales jueces renuncian placenteramente a investigar el objetivo primario de la norma, a investigar los fines de la regulación efectuada por el legislador.

En casos de distanciamiento del objeto primario de la norma, los jueces deberían efectuar un análisis crítico del mismo. Philipp Heck, el más importante representante de la metodología jurídica del siglo XX, ya había hecho en 1914 críticas rigurosas a la tan solo aparentemente interpretación “objetiva” de acuerdo con la razón subjetiva de los jueces, al considerarla incompatible con la Constitución (vinculación del juez a la ley). Según la crítica planteada por Heck, la interpretación objetiva hace de la ley un globo a merced del viento que se mueve por el espíritu de la época correspondiente.<sup>9</sup> La voluntad del legislador podría ser variada de forma discrecional por los órganos judiciales e incluso tergiversada hasta obtener lo contrario a lo querido por el legislador.

En efecto, el método objetivo de interpretación le otorga a la concepción jurídica subjetiva del juez un margen de libertad incompatible con el principio de vinculación del juez a la ley y el principio del Estado de derecho. Teniendo en cuenta que según este método los jueces por regla general no están en la obligación de estudiar e investigar ni los fines de la regulación ni el objeto normativo de la legislación, tampoco tienen conocimiento del momento en el cual la interpretación, considerada por ellos como razonable, se aparta de la voluntad del legislador. El derecho, en ese

<sup>8</sup> BVerGE 3, pp. 58 y ss.; 6, 132 y ss., *JuristenZeitung*, núm. 12, 1957, p. 250.

<sup>9</sup> Philipp Heck, “Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz”, *Archiv für die civilistische Praxis* (AcP), núm. 112, 1914, pp. 1 y 62.

sentido, no es nada diferente a aquello que los jueces en el momento concreto de aplicación de la norma consideren subjetivamente como razonable. De una forma muy conveniente se le denomina a este proceder interpretativo como método “objetivo”. Puede concluirse que lo anterior no significa nada diferente a un vuelo sin visibilidad del intérprete en los vientos de la metodología, un vuelo continuo por encima de los límites de sus competencias constitucionales, la arrogación oculta de la función de establecer derecho en contra de la ley y la Constitución.

El método objetivo de interpretación propicia la transformación de los jueces de servidores de la ley en amos y señores del ordenamiento jurídico. Tal hecho puede observarse claramente en el nuevo rol del Tribunal Constitucional Federal, cuyo encargo consiste en la custodia y defensa de la Constitución frente a intervenciones inconstitucionales de los titulares del poder tanto estatales como privados. Esa función defensiva se ha convertido, en no pocos ámbitos de competencia, en una función ofensiva. Ambas salas del Tribunal Constitucional se sienten llamadas a actuar como “comisiones permanentes para la actualización de la Constitución”. Ocasionalmente, en su afán de competencia para el establecimiento constitucional y político de normas constitucionales, se generan enfrentamientos públicos entre ellos. Ya no se conforman con declarar la inconstitucionalidad de normas contrarias a la Constitución. Mucho más allá de ello, prescriben y ordenan en aumento al legislador hasta el último detalle la forma de regular determinados ámbitos. Con estas limitadas indicaciones puede observarse claramente el margen de libertad que se les abre a las concepciones del intérprete. La finalidad de los padres de la Constitución pierde importancia. Determinante es, por el contrario, la idea de derecho que sea considerada como la más “razonable” por la mayoría de la sala correspondiente. Lo anterior parece aún más cuestionable si se tiene en cuenta que las constituciones por norma general representan la respuesta de sus creadores a experiencias de dolor y conmociones en la conciencia que se tiene del concepto de Estado y del derecho. La presunta “voluntad de la constitución” puede desprenderse solamente de la intención de configuración que tenían sus creadores. Aquellas decisiones que van más allá, o que se aparten de esa intención de configuración, constituyen actos político-jurídicos del intérprete que varían o complementan la constitución. El método objetivo de interpretación sigue el siguiente principio: en caso de duda, *el intérprete tiene todo el poder*.

Si se continúa con esta tendencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el poder para la elaboración de normas en cabeza del Parlamento va a ser asumido por el tribunal. Un tribunal creado para la conservación de la Constitución se ha venido convirtiendo en una instancia de directrices para la toma de decisiones político-jurídicas destinadas a la legislación. Justo en este punto es importante reflexionar sobre las consecuencias de tal jurisprudencia, pues las decisiones del Tribunal Constitucional, y no solamente cuando se trata de variaciones en su propia jurisprudencia, también pueden decretar cambios materiales de la Constitución. Tal cambio puede ocurrir con una mayoría de cinco contra tres votos. Mientras las re-

formas constitucionales en cabeza del órgano parlamentario y competente requieren una mayoría de dos tercios, es suficiente el cambio de voto de uno de los magistrados en una sala para provocar un cambio constitucional. Desde un punto de vista funcional, el método de interpretación objetivo sirve para hacer una redistribución del poder legislativo, a saber, de los órganos legislativos a los altos tribunales. Lo anterior cobra validez no sólo en el caso del Tribunal Constitucional Federal, sino también en los juzgados de todas las ramas. Por ello, puede decirse que no se trata de una casualidad que, entre tanto, todos los jueces ordinarios se declaren partidarios del método objetivo de interpretación.

Esta evolución puede ser entendida únicamente en la medida en que los innumerables cambios sociales, económicos y políticos de la historia reciente también sean tenidos en cuenta. En el último siglo, los jueces alemanes se vieron una y otra vez llamados a considerar en su jurisprudencia las transformaciones de las estructuras fácticas y de las valoraciones sociales, incluso en aquellas relaciones de poder preconstituidas. Para ello desarrollaron un detallado *know-how* encaminado a reinterpretar leyes y sistemas jurídicos sin o con muy pocas intervenciones legislativas. Muchos jueces, en su mayoría de los altos tribunales, consideraron en principio que tal función era una carga política inoportuna y ajena, casi contraria a su autognosis. Sin embargo, debe reconocerse que a más tardar a finales de los años sesenta no pocos de los jueces de los altos tribunales ya no veían el aumento de su poder regulador como una carga, sino más bien como la oportunidad político-jurídica de sus profesiones; muchos incluso se sintieron complacidos ante las oportunidades de diseño político-jurídico.

El tiempo de la ingenuidad metodológica en el que se creía en un modelo de juez apolítico ya expiró. Ahora la nueva preconcepción de las tareas políticas de la justicia determina de manera consciente la elección del método y la aplicación de todos los instrumentos de interpretación, los cuales sirven para que la idea subjetiva del derecho que tengan los órganos judiciales se imponga a la finalidad desarrollada por el legislador con la expedición de la norma y considerada por el intérprete como obsoleta. Menciono unos cuantos: la declaración de vacíos jurídicos inexistentes (Tribunal Constitucional Federal: “búsqueda de vacíos jurídicos”), el argumento de la esencia del derecho,<sup>10</sup> las fórmulas mágicas de la “naturaleza de las cosas”, del “orden concreto”, “concepto general-concreto”, “hallazgo del derecho de acuerdo con conceptos tipológicos”, “criterios teleológicos de la interpretación más allá de la ley” y similares fundamentaciones.<sup>11</sup> Todos ellos permiten como regla general que los actos subjetivos de creación de derecho por parte del intérprete se vean como el resultado de deducciones objetivas y científicas, todo esto con la ayuda de argumentaciones que solamente aparentan ser científicas. Las adaptaciones de normas vigentes al es-

---

<sup>10</sup> Cf. Wilhelm Scheuerle, “Das Wesen des Wesens”, *Archiv für die civilistische Praxis*, núm. 163, 1963, pp. 431 y ss.

<sup>11</sup> Sobre fundamentaciones aparentes, ver Rüthers, *Rechtstheorie*, *op. cit.*, pp. 913 y ss.



píritu de la época se muestran como un método objetivo de interpretación y como supuestos contenidos vinculantes del ordenamiento jurídico.

La validez de este tipo de derecho de los jueces, el cual no tiene soporte en ninguna ley, se basa únicamente en las normas de validez legal de la ley de procedimiento. Los jueces de los altos tribunales también pueden equivocarse; sin embargo, cuando se equivocan, lo hacen con fuerza vinculante. Este es el fundamento del poder de creación de derecho de los jueces.

## 5. La elección de los jueces para los altos tribunales federales

El constituyente, habiendo reconocido el gran poder político de las altas instancias judiciales, previó un procedimiento especial para el nombramiento de los jueces. Su nombramiento es decidido por el ministro del ramo y por una agrupación denominada Comisión de Elección Judicial. Esta última está conformada por los ministros competentes para el tema respectivo provenientes de los Estados federados y por una misma cantidad de miembros designados por la Cámara Baja del parlamento alemán (LF, art. 95 II 1). Con ello la Constitución deja claro que los jueces de los tribunales superiores requieren una legitimación democrática especial dada a través del procedimiento de nombramiento, en atención a la influencia política y jurídica que tienen sobre el desarrollo del ordenamiento jurídico. No obstante, constitucionalmente hablando, esta influencia política sobre el nombramiento de los jueces no es ilimitada. La Ley Fundamental en el artículo 30 II establece de forma vinculante los criterios de selección aplicables a toda clase de cargos públicos. La selección de los jueces de los altos tribunales federales debe efectuarse de conformidad con los criterios de *idoneidad*, *capacidad* y *rendimiento profesional*. Los ministros competentes y los miembros de la Comisión de Elección Judicial están sujetos a tales principios.

Según la legislación, el cumplimiento de los mencionados principios debe ser acompañado por el tribunal en cuestión a través de la intervención del Consejo Presidencial. Según el parágrafo 56 de la Ley Alemana de la Magistratura (DRiG), el ministro está obligado a solicitar una opinión fundamentada sobre las candidaturas al Consejo Presidencial. Este consejo clasifica cada uno de los candidatos en una escala de puntuación que va desde “profesional y personalmente especialmente idóneo” (1) hasta “profesionalmente no idóneo” (6). El consejo decide según los criterios del artículo 33 II LF en una sesión privada presidida por el ministro. El sentido de tal evaluación radica particularmente en el hecho de que, junto a los aspectos políticos (legítimos) de la selección de los jueces, la cualificación profesional de los candidatos tiene también un carácter prioritario.

En el pasado, la práctica de este procedimiento llevó una y otra vez a diversos conflictos, a veces incluso a bloqueos en el nombramiento de los jueces. Miembros de uno de los partidos más grandes llegaron incluso a abandonar la sesión para im-

pedir el nombramiento de candidatos que, desde su perspectiva, no eran idóneos. Recientemente se produjo un verdadero escándalo en la Comisión de Elección Judicial, acontecido el 15 de febrero de 2001. En el Tribunal Federal Supremo se encontraban 14 vacantes por cubrir, para las cuales fueron propuestos 37 candidatos. Entre los miembros de la Comisión de Elección Judicial tuvieron lugar algunas *conversaciones previas*, las cuales llevaron a que el día de la elección sólo fueran presentados 14 candidatos para cubrir las 14 vacantes. Los 23 candidatos sobrantes fueron “descartados” por los facultados para efectuar la recomendación (ministro federal y Comisión de Elección Judicial) sin fundamentación alguna. Así, fueron elegidos los otros 14 candidatos.

La forma minuciosa y organizada hasta el último detalle en la que los partidos políticos involucrados efectuaron la “selección” de los 14 jueces federales tuvo en el público un eco poco común. Al grupo de los 14 jueces elegidos pertenecían dos candidatos que fueron calificados por el Consejo Presidencial como “profesionalmente no idóneos”, es decir, obtuvieron la peor calificación dentro de la escala de valoración. La mayoría de la Comisión de Elección Judicial pasó por alto, como ya es costumbre sin argumentación alguna, el voto del Consejo Presidencial. Dentro de los candidatos dejados de lado se encontraban colegas calificados por el Consejo Presidencial como “profesional y personalmente especialmente idóneos”, es decir, valorados con la mejor calificación posible. El resultado de la selección desató una tormenta de controversias. El presidente de la sección de Baden-Württemberg de la Asociación Alemana de Jueces se refirió al episodio como el “más grave desacato a las disposiciones de la Constitución en las últimas décadas”. Uno de los candidatos con mejor calificación, pero igualmente descartado, consiguió la suspensión temporal de la decisión por intermedio de una reclamación administrativa ante el Tribunal Administrativo de Schleswig. A la ministra de justicia, quien había participado en la selección como ministra competente, le fue prohibido nombrar como juez a uno de los candidatos que había sido calificado como “profesionalmente no idóneo”.

Entre tanto, las reclamaciones administrativas en casos de selección de jueces han dejado de ser algo poco común. En 1987, en Colonia, a través de una reclamación administrativa, se impidió que una candidata prevista por su partido político se convirtiera en presidente del Tribunal Laboral Superior de Colonia. Tal candidata carecía de todos los requisitos y cualificaciones especiales exigidos en la convocatoria. A raíz de la reclamación de uno de sus colegas, la candidata retiró su aspiración, nuevamente a petición de su partido.<sup>12</sup> Últimamente, la práctica de interponer reclamaciones administrativas está aumentando también al nivel de la selección de jueces para los tribunales federales a causa de las sospechas sobre manipulaciones abusivas. Según informaciones recientes de los medios, una de esas reclamaciones

---

<sup>12</sup> Cf. Bernd Rütters, “Richterämter als Parteibeute”, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 23 de diciembre de 1987; y del mismo autor, “Ein Lehrstück für den Rechtsstaat”, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 19 de enero de 1988.

administrativas en contra de la selección de jueces para el Tribunal Laboral Superior se encuentra pendiente. Una segunda reclamación, que se anunció en contra del nombramiento de uno de los presidentes de uno de los senados del Tribunal Laboral Federal, parece haber sido impedida porque el juez listo para demandar obtuvo la garantía de ser nombrado muy pronto.

Volviendo al caso del Tribunal Supremo Federal, a la tragedia en la Comisión de Elección Judicial le siguió una sátira no premeditada por los directores de la pieza teatral. Los jefes del CDU/CSU [Unión Social de Partidos Cristianos] y del SPD [Partido Socialdemócrata] en la Comisión de Elección Judicial, Scholz y Stiegler, se pronunciaron el 1º de agosto de 2001 sobre la decisión del Tribunal Administrativo Federal relacionada con la reclamación administrativa en una conferencia de prensa conjunta. La declaración fue textualmente en los siguientes términos: “La decisión y fundamentación del tribunal muestran que los jueces no entendieron correctamente ni la esencia de la selección de los jueces de los altos tribunales según la constitución ni el procedimiento”. Así, la indicación del alto tribunal según la cual el procedimiento no se habría efectuado de forma adecuada porque –como es habitual en el proceso legislativo– las fracciones parlamentarias hicieron consultas entre sí, “muestra un desconocimiento alarmante sobre el proceso de toma de decisiones para un juez adulto (!)”. Acto seguido, la decisión es catalogada como una ley básica del estado federado de Schleswig-Holstein. Literalmente: “Frente a tales argumentos no queda otra opción que sacudir la cabeza”. A esto le siguió una amenaza notable: “En caso de que un tribunal superior confirme una sentencia equivocada de forma tan extrema, tendríamos que adoptar las medidas legislativas para proporcionarle a la situación legal, de la forma como es prevista por nuestra Constitución, la validez necesaria”. Sobre la evaluación hecha por el Consejo Presidencial a los dos jueces nombrados, ninguno de los representantes de los partidos se pronunció.

La furiosa exaltación que puede notarse en las citas anteriores merece un poco de atención. La erupción del descontento salvaje de ambos representantes de los partidos pone en evidencia las verdaderas causas del conflicto: con un perceptible apasionamiento, acompañado de discriminación tanto personal como profesional de los tribunales judiciales independientes, debe defenderse la práctica según la cual el nombramiento de los jueces de altos tribunales de Alemania es negociado por los dos grandes partidos políticos en un procedimiento turbio y determinado por pocas personas y ejercido bajo criterios que no se pueden controlar.

Los estrategias de los partidos persiguen un fin claro, apoyados obviamente por los miembros del partido que se encuentran detrás de ellos. Ellos les niegan a los colegas excluidos del procedimiento su derecho al ejercicio de una acción, y a los tribunales su derecho de decisión. Con ello quieren ver el procedimiento de elección de los jueces para los altos tribunales como un “acto de soberanía libre de revisión judicial”, según la tradición consolidada del Estado autoritario. Esto, sin embargo, es difícilmente compatible con la Ley Fundamental.

Entre tanto, el Tribunal Administrativo Superior de Schleswig ya confirmó la decisión tomada en primera instancia.<sup>13</sup> Según él, en el procedimiento de selección de jueces para los altos tribunales rige el “principio de selección del mejor”. El proceso de selección en cuestión carecería, según el tribunal, de una decisión de selección acorde con la Constitución. En este caso, el tribunal habla “de una práctica inconstitucional de la Comisión de Elección Judicial”.<sup>14</sup>

En estos casos se trata, desde un punto de vista constitucional, de la relación entre los artículos 95 y 33 II de la Ley Fundamental; desde una perspectiva política, se trata de un monopolio de poder de los partidos políticos grandes sin consideración de la primacía de la idoneidad profesional. Cabe preguntarse lo siguiente: ¿los constituyentes querían eximir a los miembros de la Comisión de Elección Judicial de la observancia de los principios de idoneidad, capacidad y rendimiento profesional? ¿Los miembros de tal comisión y los ministros competentes tienen la facultad de pasar por alto a su gusto, sin ninguna argumentación e incluso abusivamente, la opinión del Consejo Presidencial de uno de los tribunales superiores, la cual se encuentra prevista en la ley? ¿Es tan amplia su competencia de selección que puede incluir a sus candidatos (aun cuando hayan sido calificados como no idóneos) en la lista ya reducida de aspirantes, gracias a conversaciones previas no sometidas a control, mientras que candidatos que superan a sus contrincantes con creces quedan –como se dice coloquialmente de una forma nada equivocada– “retrasados”, pues finalmente son puestos en un nivel inferior al de colegas con debilidades profesionales manifiestas?

La ministra federal a cargo de las selecciones tiene amplios conocimientos sobre esta clase de procedimientos. Como ministra en ejercicio ha participado de manera determinante en todas las elecciones de jueces para el Tribunal Federal Supremo. En periodos anteriores ya había influenciado a su fracción política en las preselecciones de candidatos para ocupar cargos en el alto tribunal. Una vez, ella misma quiso ser juez en el Tribunal Constitucional Federal; incluso antes de la elección, hizo, según los medios, una “visita de cortesía” muy poco común al Tribunal Constitucional Federal. Su candidatura, sin embargo, fracasó después por el veto de la Unión Social de Partidos Cristianos (CDU/CSU).<sup>15</sup>

<sup>13</sup> OVG Schleswig-Holstein, *JuristenZeitung*, núm. 57, 2002, p. 140, con comentario de Schulze-Fielitz.

<sup>14</sup> Entre tanto se continuó con una segunda grotesca votación en la Comisión de Elección Judicial. Esta eligió por segunda vez a finales de marzo un candidato que ya había seleccionado en febrero de 2001 y que no podía ser nombrado. Esta vez, los estrategas políticos habían tomado nuevamente la lista incluyendo al candidato demandante, quien pese a estar recomendado con la mejor calificación fracasó nuevamente. Los ministros competentes, tanto del Estado Federal como del federado no vieron ningún problema, de acuerdo con los miembros del partido, en imponer nuevamente a su candidato, calificado como profesionalmente no idóneo. De esta forma se logró una verdadera “elección de segunda”.

<sup>15</sup> Cf. Dietmar Hipp, *Der Spiegel*, núm. 43, 22 de octubre de 2001, p. 66, y Reinhard Müller, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 21 de enero de 2001, p. 1.

Los dirigentes de los dos partidos políticos más grandes en la práctica de una rutina sincronizada, que también es utilizada para la selección de los jueces del Tribunal Constitucional Federal, se han convertido en unos “hacedores de reyes” en este campo. Ellos deciden en conversaciones de círculos pequeños y anónimos cuáles de sus recomendados deben estar en las listas y cuáles deben ser descartados. La ministra federal en ejercicio es una compañera de juego importante en los procesos de selección y nombramiento de jueces de los altos tribunales –dado que los acuerdos entre la ministra y los partidos son impuestos y ejecutados en la Comisión de Elección Judicial con la conocida disciplina de partido–.

El presidente del gobierno del estado federado de Nordrhein-Westfalen se pronunció sobre el tema de la provisión de cargos públicos importantes. Según su pronunciamiento, los “trueques a puerta cerrada” no podrían ser aceptados como un proceso de selección.<sup>16</sup> Esto mismo debería ser tomado seriamente para el caso de nombramientos de los jueces de tribunales federales. En el caso de los políticos de los diversos partidos existe el peligro evidente de que la práctica actual pueda solidificarse en sus cabezas como una forma de costumbre antijurídica. Por ello debe tenerse en cuenta la sensibilidad del asunto que se está tratando. Tratar de “elección” a un proceso en el cual, desde el preludio, unos pocos miembros de los dos grandes partidos ya le están sustrayendo intencionalmente al gremio electoral la posibilidad de elección, no hace otra cosa que deteriorar la confianza en la imparcialidad y la competencia profesional de los más altos tribunales.

La propuesta de los jefes de los partidos en la Comisión de Elección Judicial relacionada con la posibilidad de adoptar las medidas legislativas necesarias para mejorar el procedimiento de elección de los jueces de altos tribunales ya fue retomada por el ministro de justicia del estado federado de Nordrhein-Westfalen y materializada en una iniciativa legislativa de la cámara alta. La razón de ello fueron los acontecimientos en la Comisión de Elección Judicial del 15 de febrero de 2001 arriba expuestos. La propuesta legislativa prevé una *convocatoria pública* para cubrir todas las plazas vacantes en los tribunales federales, así como también un perfil del candidato en el que se concreticen los principios consagrados en el artículo 33 II de la Ley Fundamental (idoneidad, capacidad y rendimiento profesional). Dado el caso de que la Comisión de Elección Judicial elija a un candidato que haya sido calificado como “no idóneo profesionalmente”, el Consejo Presidencial podría llamar al ministro competente a una declaración pública. Sin embargo, según la propuesta legislativa, el ministro *no* estaría vinculado al veto del Consejo Presidencial.

Retomé aquí como ejemplo los acontecimientos *en y alrededor* de la Comisión de Elección Judicial de febrero de 2001 porque ellos muestran algo con claridad: desde ya hace tiempo, los partidos políticos han comprendido e interiorizado la concentración del poder estatal presente en los altos tribunales; naturalmente se trata de una concentración mayor en el Tribunal Constitucional Federal. La obsti-

---

<sup>16</sup> *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 19 de octubre de 2001.

nada lucha por el poder de los jefes de los partidos políticos encaminada a obtener el monopolio en la Comisión de Elección Judicial es una prueba adicional e infalible de la mutación de la República Federal de Alemania de un Estado de legislación parlamentaria a un Estado de los jueces. La tesis de esta exposición partió justamente de este cuestionamiento. La respuesta es obvia. El derecho de los jueces y el Estado judicial son nuestro inevitable destino. Traté igualmente de señalar las zonas de riesgo y la posibilidad de abusos de poder que esto acarrea. Tales se encuentran, en el caso del derecho de los jueces, en la metodología de la interpretación y, en el caso del Estado judicial, en el proceso de selección de los jueces. En ambos campos, y esto es para mí especialmente importante, no se trata de cuestiones simplemente formales: se trata por el contrario de cuestiones constitucionales. Decisiones equivocadas generan graves peligros para el Estado de derecho, para la transparencia y el control del actuar estatal. Quien quiera cambiar el orden jurídico sin ayuda de la ley puede utilizar dos instrumentos útiles para ello, siendo estos, por un lado, los métodos adecuados de aplicación de la norma y, por otro, la elección de jueces para altos tribunales que sean “más aptos” según el punto de vista político e ideológico.

Tanto la práctica actual de la elección del método de interpretación (método objetivo de interpretación) como la elección de jueces (amenazante dominio de los criterios políticos frente a las competencias profesionales) allanan el camino hacia un Estado oligárquico de los jueces. Cabe recordar que los jueces del Tribunal Federal Supremo son elegidos de forma vitalicia, y los jueces del Tribunal Constitucional Federal por un periodo de 12 años. Ante estas nuevas funciones y riesgos de un Estado en proceso de convertirse en un Estado de los jueces, es necesario que los aseguramientos jurídico-estatales de nuestro sistema sean *repensados* y, de ser preciso, *reformados*.

## Bibliografía

BVerGE 3, 58.

BverfGE 6, 132.

BVerfGE 34, 269.

BVerfGE 75, 223.

BVerfGE 82, 6.

HECK, Philipp, “Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz”, *Archiv für die civilistische Praxis* (AcP), núm 112, 1914.

HIPP, Dietmar, *Der Spiegel*, núm. 43, 22 de octubre de 2001.

MEIER-HAYOZ, Arthur, *Der Richter als Gesetzgeber*, Zúrich, Editorial Juris, 1951.

\_\_\_\_\_, *Berner Kommentar zum ZGB*, Bd. I, art. I.

MÜLLER, Reinhard, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 21 de enero de 2001.

OSSENBÜHL, Fritz, *Richterrecht im demokratischen Rechtsstaat*, Bonn, Editorial Bouvier, 1988.

OVG Schleswig-Holstein, *JuristenZeitung*, núm. 57, 2002, p. 140.

- RÜTHERS, Bernd, "Richterämter als Parteibeute", *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 23 de diciembre de 1987.
- \_\_\_\_\_, "Ein Lehrstück für den Rechtsstaat", *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 19 de enero de 1988.
- \_\_\_\_\_, *Die Wende-Experten. Zur Ideologiefähigkeit geistiger Berufe am Beispiel der Juristen*, Múnich, Editorial Beck, 1995.
- \_\_\_\_\_, *Die unbegrenzte Auslegung*, 5ª ed., Heidelberg, Editorial C.F. Müller, 1997.
- \_\_\_\_\_, *Rechtstheorie*, Múnich, Editorial CH. Beck, 1999.
- \_\_\_\_\_, *Geschönte Geschichten – geschonte Biographien. Sozialisationskohorten in Wendeliteraturen*, Tübinga, Editorial Mohr Siebeck, 2001.
- SCHEUERLE, Wilhelm, "Das Wesen des Wesens", *Archiv für die civilistische Praxis*, núm. 163, 1963.
- SCHUMANN, Ekkehard, "Das Rechtsverweigerungsverbot", *Zeitschrift für Zivilprozess*, núm. 81, 1968.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

**María Micaela Alarcón Gambarte\* (Bolivia)**

## **El Tribunal Supremo de Justicia como intérprete directo de la Constitución boliviana\*\***

### **RESUMEN**

El presente artículo pretende demostrar que los criterios de interpretación previstos en la Constitución boliviana no son utilizados únicamente por el intérprete auténtico de la Constitución, es decir por el Tribunal Constitucional Plurinacional, sino que deja abierta esta posibilidad al Tribunal Supremo de Justicia, cuya doctrina legal aplicable invade el accionar jurisdiccional de los demás jueces y tribunales inferiores. Con ello se establecerá que la interpretación constitucional realizada por el Tribunal Supremo de Justicia, no solo comprende la aplicabilidad literal de la norma fundamental, sino también la interpretación de los principios constitucionales e incluso las normas y los principios de tratados internacionales en materia de derechos humanos, toda vez que dichos parámetros interpretativos no pueden obedecer más que a la voluntad del constituyente, plasmada fielmente en el nuevo texto constitucional.

**Palabras clave:** interpretación, constituyente, principios, valores.

---

\* Abogada, máster en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional (UMSA); miembro de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales y doctorante del Programa de Derecho Constitucional (UMSA). mmikita\_777@hotmail.com; micaela7007@gmail.com.

\*\* La fuente de la que bebe el presente artículo no puede ser otra que el emblemático proceso constituyente boliviano, el cual extinguió la República de Bolivia y refundó el Estado Plurinacional de Bolivia, que para muchos no es más que un artificio ideológico, y para otros constituye una verdadera reivindicación de los derechos del pueblo boliviano. Desde este último punto de vista, resaltamos que la legitimidad de la voluntad popular, de la que emergió el nuevo texto constitucional y con él su limitación, es un reconocimiento de nuestra dignidad como bolivianos. Con esto, se deja abierta la posibilidad de que en un futuro, cuando cambien tanto las condiciones sociales, económicas y culturales como la voluntad del constituyente, corresponderá a las nuevas generaciones volver a obedecer su decisión.



## ZUSAMMENFASSUNG

Im vorliegenden Beitrag soll gezeigt werden, dass nicht nur das für die rechtsverbindliche Interpretation der bolivianischen Verfassung zuständige Plurinationale Verfassungsgericht die darin niedergelegten Auslegungskriterien anwendet, sondern diese Möglichkeit auch dem Obersten Gericht offensteht, dessen anzuwendende Rechtsdoktrin somit Einfluss auf das Vorgehen der Richter und Gerichte in den unteren Instanzen hat. Daraus folgt, dass die Verfassungsauslegung des Obersten Gerichts sich nicht nur auf die wörtliche Auslegung der Verfassung beschränkt, sondern sich auch auf Verfassungsprinzipien einschließlich der Normen und Grundsätze internationaler Menschenrechtsabkommen erstreckt, selbst wenn diese Auslegungsparameter ausschließlich dem Willen des Verfassungsgebers unterliegen, wie er im neuen Verfassungstext eindeutig zum Ausdruck kommt.

**Schlagwörter:** Auslegung; Verfassungsgeber; Grundsätze; Werte.

## ABSTRACT

This paper seeks to show that the interpretive criteria established in the Bolivian constitution are not used only by the authorized interpreter of the Constitution, i.e., the Plurinational Constitutional Court. The Supreme Tribunal of Justice is also able to interpret the constitution and its applicable legal doctrine invades the judicial actions of the other judges and lower courts. In consequence, constitutional interpretation by the Supreme Tribunal of Justice not only comprises the literal applicability of the fundamental norm but also the interpretation of constitutional principles and even the norms and principles contained in international human rights treaties, since such standards can only respond to the will of the makers of the constitution, which is faithfully recorded in the new constitutional text.

**Keywords:** Interpretation, maker of the constitution, principles, values.

## 1. Breve relación del proceso constituyente boliviano

A partir del año 2000, después de la denominada “Guerra del Agua”, que tuvo como epicentro la ciudad de Cochabamba, se produjo la ruptura de la hegemonía del sistema político y se puso de manifiesto el agotamiento del régimen de la denominada “democracia pactada”. A su vez, las constantes movilizaciones sociales configuraron un escenario de conflictividad social y política que expresó profundas fracturas del Estado boliviano.<sup>1</sup> A estos factores se sumaron otros, que convergieron en una acumulación de contradicciones no resueltas durante nuestra

---

<sup>1</sup> Carlos Romero Bonifaz, “La problemática de tierras y pueblos indígenas en el proyecto de Constitución”, *Hacia una constitución democrática viable y plural*, La Paz, Fundación Boliviana para la Democracia Multipartidaria, 2009, p. 221.

vida republicana. Entre estos últimos, y particularmente en el caso boliviano, se evidencian cuatro fracturas estatales: 1) desarticulación entre Estado y economía, 2) pueblos indígenas, 3) regiones y 4) clases sociales.

La rígida aplicación del modelo de libre mercado privilegió como principal agente de la dinámica económica al inversor externo; incorporó orgánicamente los sectores estratégicos de la economía al capital transnacional, lo que provocó el cierre de las empresas estatales y de algunas manufacturas, y profundizó los niveles de terciarización de la economía e informalización de las relaciones laborales; a su vez, esto se tradujo en una intensificación de la fragmentación de la estructura social y la sobrecorporativización de la acción colectiva.

En un país subdesarrollado, la fragmentación social constituye un problema estructural, dada la heterogeneidad de su base económica, que no permite una adecuada articulación entre sistemas económicos distintos; más aún, considerando la aplicación del modelo de libre mercado, caracterizado por priorizar la inversión del capital constante (tecnología) antes que la de capital variable (fuerza laboral).

La población económicamente activa del país articulada a la economía informal alcanzó el 83%. Los núcleos de convergencia laboral son las unidades familiares a partir de las cuales se proyecta la economía indígena/campesina del sistema económico tradicional en las áreas rurales y del mercantil simple de sectores que se desenvuelven en las ciudades.

Esta dinámica económica atomizó la estructura social, debilitando notablemente la incidencia de las organizaciones sociales y empoderando a los partidos políticos como núcleos hegemónicos del sistema político con altos niveles de centralización del poder, lo que provocó en algunos casos relaciones clientelares y aprisionó la participación ciudadana sólo en el sufragio electoral.

A su vez, el control de los sectores estratégicos de la economía nacional por parte de las empresas transnacionales determinó la externalización del excedente económico, sobre todo con relación a las utilidades generadas por la explotación de los hidrocarburos; por ejemplo, de un promedio anual de utilidades estimado en 1.500 millones de dólares, por la explotación del gas y del petróleo, el Tesoro General de la Nación (TGN) sólo percibía 180 millones de dólares. Por ello, las brechas de desigualdad de los bolivianos se profundizaron, alcanzando un promedio de 1 a 170, con niveles significativos de pobreza.

Las circunstancias descritas situaron al país en condición de profunda dependencia económica y política, debilitamiento de la soberanía nacional, y crisis económica y política, lo que determinó el virtual colapso de la estructura organizativa del Estado. En estas condiciones se manifestaron, además, las contradicciones acumuladas a lo largo de la vida republicana, como la heterogeneidad estructural con relaciones desequilibradas de intercambios, la no incorporación de los pueblos y naciones indígenas en calidad de sujetos colectivos a la estructura organizativa del Estado, el desarrollo desarticulado y desigual de las regiones, y las amplias brechas de diferencia social por un inequitativo acceso a la riqueza.

Las posibilidades de revertir este cuadro encontraron en la Asamblea Constituyente el escenario democrático para concebir una nueva estructura organizativa del Estado y definir nuevas reglas de convivencia colectiva a partir de una nueva convergencia en torno a ideas colectivas.<sup>2</sup>

Así, este proceso constituyente convergió en el *Referéndum dirimidor sobre la problemática del latifundio* y el posterior *Referéndum aprobatorio* del conjunto del texto constitucional para su entrada en vigencia, el cual obtuvo resultados favorables.

La aspiración durante este proceso fue la apertura de un nuevo escenario de reflexión y deliberación sobre el texto constitucional, por medio de un debate abierto y democrático, en el que participaron activamente todas las fuerzas y movimientos de la oposición, a fin de obtener un texto coherente y congruente, sin vacíos ni contradicciones, que expresara un auténtico pacto social entre todos los actores del poder vigentes en el país, lo que se evidenció a través de los niveles de aprobación y aceptación del voto popular.

Al respecto, algunos matices importantes dentro de este proceso, dada su complejidad, tienen que ver con que determinados grupos partidarios insistían en retroceder hasta el vicio más antiguo, caracterizado principalmente por la sesión de la Asamblea Constituyente en la que el oficialismo y los partidos aliados, mediante una resolución, decidieron excluir de los informes de algunas comisiones el tema de la “capitalidad” como asunto de debate en el pleno; de esta manera se proponía dejar sin efecto la aprobación en grande del texto constitucional en la sesión realizada en el Liceo Militar de la ciudad de Sucre, y su aprobación en detalle y revisión en la sesión llevada a cabo en el Paraninfo de la Universidad Técnica de Oruro.

Este planteamiento, de volver al vicio más antiguo, tuvo que ser argumentado con el hecho de que cuantas veces se repitan algunas fases del proceso de aprobación del nuevo texto constitucional, en mérito a la depuración de vicios o subsanación de contradicciones, ese extremo no suprime el derecho de la bancada mayoritaria a aprobar en grande la propuesta de Constitución, manteniéndola inalterable todas las veces que así lo considere.<sup>3</sup> Por esto no era conveniente alegar dicho argumento, máxime si observamos que los procesos constituyentes son diferentes en sí mismos y no están exentos de irregularidades procedimentales, por la propia complejidad de su desenvolvimiento, lo cual no le resta legitimidad, puesto que finalmente a través de Referéndum aprobatorio, la voluntad popular decidió en urnas la aceptación del nuevo texto constitucional, cumpliendo a su vez con ambas fases de tal proceso, a saber: la convocatoria a la Asamblea Constituyente y el Referéndum aprobatorio.

---

<sup>2</sup> Carlos Romero Bonifaz, “La nueva estructura del Estado Plurinacional y Comunitario”, *Comentarios a la propuesta constitucional aprobada por la Asamblea Constituyente boliviana*, Serie Documentos de Trabajo, La Paz, Instituto para la Democracia y la Asistencia Electoral, 2008, pp. 25 y 26.

<sup>3</sup> Carlos Alarcón Mondonio, “Contradicciones y desequilibrios del proyecto constitucional”, *Comentarios a la propuesta constitucional aprobada por la Asamblea Constituyente boliviana*, Serie Documentos de Trabajo, La Paz, Instituto para la Democracia y la Asistencia Electoral, 2008, p. 147.

## 2. Reivindicación popular y contenido normativo

La nueva Constitución Política del Estado respondió a una activación de la voluntad popular, del poder constituyente, a través de las manifestaciones sociales, levantamientos y reclamos que encadenadamente se concibieron desde años atrás. Este descontento social –ruptura popular– movilizó a los sectores –desfase en la relación gobernabilidad y reconocimiento de derechos– y canalizó su pretensión a través de la convocatoria a una asamblea constituyente. El elemento de legitimación democrática de la Constitución boliviana se encuentra satisfactoriamente colmado, mediante la activación del poder constituyente, con su antecedente más próximo, la articulación y movilización de los movimientos sociales, es decir, una reivindicación de índole popular y hasta indígena.

La nueva Constitución es el fruto de un arduo proceso, que comenzó con su aprobación por la Asamblea Constituyente en grande y en detalle, el 9 de diciembre de 2007, en la ciudad de Oruro, por parte de 164 constituyentes de 10 fuerzas políticas. Luego, mediante un acuerdo nacional con diversos actores sociales y políticos, la nueva Constitución Política del Estado tuvo algunas modificaciones, que fueron compatibilizadas, consensuadas y finalmente aprobadas por 2/3 de los votos de todas las fuerzas políticas del Congreso Nacional, el 21 de octubre de 2008.

El documento final fue sometido a Referéndum constitucional aprobatorio, el 25 de enero de 2009, alcanzando su reconocimiento popular, hecho que legitima su origen democrático-revolucionario y fundante en el establecimiento de un nuevo orden constitucional.

El poder constituyente, con su carácter revolucionario, no sólo activa la iniciativa de debatir a través de consensos y pactos sociales un nuevo texto constitucional, que resuelva eventualmente las rupturas y contradicciones del anterior régimen constitucional, sino que además, legitimando la aprobación de una nueva Constitución, con su voluntad, también regula los límites y el contenido de su normatividad. Por esta razón, el contenido de la Constitución se encuentra impregnado de una suerte de tipo esperanzador que pretende romper con los vestigios del pasado, particularmente con el colonialismo y la exclusión de los pueblos en Bolivia. Esta última puede constatararse y verificarse a través del Preámbulo del texto constitucional, que imprime un contenido axiológico, valorativo y principista irradiador a todo el conjunto del ordenamiento jurídico-constitucional:

En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra Amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdes y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos, y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia.

El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado.

Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos.

Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos.

Nosotros, mujeres y hombres, a través de la Asamblea Constituyente y con el poder originario del pueblo, manifestamos nuestro compromiso con la unidad e integridad del país.

Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia.

Honor y gloria a los mártires de la gesta constituyente y liberadora, que han hecho posible esta nueva historia.

### 3. Interpretación legal y constitucional

La interpretación jurídica supone delimitar el significado de un término, esclarecer o desentrañar su sentido, al mismo tiempo que armonizar una expresión con el conjunto del ordenamiento jurídico al que corresponde o pertenece. Interpretar una norma jurídica significa indagar, determinar su sentido, así como sus alcances y relaciones con otras normas del orden jurídico.

La interpretación constitucional –conforme el tratadista Linares Quintana<sup>4</sup> establece que la Constitución es la norma suprema, la base y unidad de todo el ordenamiento jurídico, y que por tanto contiene los principios esenciales del mismo.

La Constitución como norma jurídica puede interpretarse de acuerdo con los principios que se utilizan en la interpretación de los preceptos de las otras ramas jurídicas; empero, las disposiciones constitucionales no son iguales a cualquier otra

---

<sup>4</sup> Ver, en general, Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional: argentino y comparado*, vol. 1, Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1977.

norma, pues el artículo 410, párrafo II, de la Constitución dispone su jerarquía superior y supremacía respecto a las demás normas jurídicas: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa”, precepto del cual se infiere que prima la norma constitucional sobre las demás, y en caso de contradicción entre una norma constitucional y una ordinaria, por cuestiones de primacía debe aplicarse la Constitución.

### 3.1. Reforma constitucional total y parcial

El artículo 411, párrafo I, de la Constitución dispone procedimientos más gravosos que los utilizados en las leyes ordinarias para su modificación, puesto que, por su propia naturaleza, la norma constitucional se encuentra reforzada y protegida en cuanto a su *reforma total* o aquella que afecte a sus *bases fundamentales*:

La reforma total de la Constitución, o aquella que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución, tendrá lugar a través de una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, activada por voluntad popular mediante referendo. La convocatoria del referendo se realizará por iniciativa ciudadana, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; por mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Legislativa Plurinacional; o por la Presidenta o el Presidente del Estado. La Asamblea Constituyente se autorregulará a todos los efectos, debiendo aprobar el texto constitucional por dos tercios del total de sus miembros presentes. La vigencia de la reforma necesitará referendo constitucional aprobatorio.

El constituyente instauró una especie de núcleo duro y de rigidez constitucional que permite proteger los aspectos considerados esenciales, a través de mecanismos de reforma, los cuales son más difíciles y gravosos en su procedimiento. Analizando este aspecto, consideramos que al existir el vínculo de dependencia hacia la norma constitucional por parte de todos los miembros de la unidad política, es decir, la existencia de un vínculo que somete a la Constitución tanto a gobernantes como a gobernados, estos derechos o aspectos esenciales quedan doblemente blindados. En primer lugar, porque los elementos que describe en el artículo 411, párrafo I, de la Constitución se encuentran protegidos por mandato constitucional y, en segundo lugar, porque no pueden ser fácilmente cambiados, derogados o abrogados. Sólo así cobran sentido las palabras de Sieyès cuando señala que el poder constituyente instituye mecanismos que permiten crear una Constitución, forjando así un vínculo hacia ella. Es esta vinculación y sometimiento a la misma Constitución, lo que les da un carácter de protección a determinados derechos o bases fundamentales.

Si a futuro existiera la voluntad o la pretensión de cambiar los elementos considerados como esenciales en las bases del Estado, estas reformas deberían realizarse, sólo y únicamente, mediante una asamblea constituyente originaria y plenipotenciaria, toda vez que esta instancia es, en alguna medida, la única que puede ejercer un poder prejurídico, en tanto precede a la conformación de la norma fundamental. La asamblea constituyente puede delinear los aspectos que considere fundamentales para la comunidad política; de la misma forma, haciendo uso del poder que le es conferido, fijará y diferenciará entre los aspectos que valore más o menos prioritarios y concederá así un menor o mayor grado de importancia y blindaje para precautarlos en el tiempo.

Respecto a los derechos, deberes o garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución –esta última sólo se permite mediante una asamblea constituyente–, debemos indicar que esta postura –en especial sobre los derechos fundamentales– es un mecanismo que se instituye como un sistema de garantías frente al legislador. La Constitución diseña un “núcleo duro” que protege, en mayor grado, sus preceptos, pues sus procedimientos para la reforma son más solemnes y complejos que el procedimiento legislativo común. De esta forma se establece una vía más gravosa, que dificulta al legislador realizar cambios antojadizos sobre estos aspectos fundamentales, considerados la base misma del Estado.

Por otro lado, se puede apreciar que el constituyente boliviano, dentro del sistema de engranaje de la maquinaria constitucional, instituyó “la rigidez constitucional” como una garantía de la Constitución para hacer frente a los eventuales detentadores del poder político y evitar su manipulación.

El texto constitucional boliviano, prosiguiendo con el artículo 411, parágrafo I, señala: “La Asamblea Constituyente se autorregulará a todos los efectos, debiendo aprobar el texto constitucional por dos tercios del total de sus miembros presentes. La vigencia de la reforma necesitará referendo constitucional aprobatorio”, por lo que la instituye como un órgano independiente y con facultades de autorregirse, otorgándole amplios poderes de decisión y conducción propia. Respecto a la aprobación del texto constitucional, se establece un porcentaje de aprobación de los miembros de la Asamblea Constituyente, el cual pretende reflejar la aceptación de las reglas de juego por parte de sus miembros. Sin embargo, se puede apreciar que hace referencia tan solo a los miembros presentes, en virtud de evitar algún tipo de conflicto o empantanamiento que impida proseguir con el proceso constituyente.

En relación con la exigencia constitucional sobre la necesidad de un referendo aprobatorio, dicha condicionante constituye una especie de filtro final, donde el pueblo como verdadero titular del poder exprese su voluntad, afirmativa o negativa, sobre el nuevo texto constitucional.

Seguidamente, la *reforma parcial de la Constitución* establece mecanismos menos rigurosos, a diferencia de la *reforma total de la Constitución* o de aquellas reformas que afecten los aspectos esenciales que señalamos precedentemente. En la reforma parcial, el poder constituyente constituido o poder constituyente derivado –*Asam-*

*blea Legislativa Plurinacional*– puede realizar modificaciones al texto constitucional, empero este poder constituido tiene limitaciones formales y materiales que se encuadran en el mandato constitucional, no puede transgredir la Constitución, y su campo de acción es limitado respecto a la Asamblea Constituyente originaria y plenipotenciaria, la cual tenía un amplio poder creador y de autorregulación.

Prosiguiendo con el análisis sobre la reforma parcial de la Constitución, el artículo 411, parágrafo II, prevé:

La reforma parcial de la Constitución podrá iniciarse por iniciativa popular, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; o por la Asamblea Legislativa Plurinacional, mediante ley de reforma constitucional aprobada por dos tercios del total de los miembros presentes de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Cualquier reforma parcial necesitará referendo constitucional aprobatorio.

La reforma parcial es llevada a cabo por la Asamblea Legislativa Plurinacional, como poder constituido por parte del poder constituyente. En el caso de la Constitución boliviana, instituye un procedimiento y un poder especial, apto para ejecutar las transformaciones a futuro del ordenamiento constitucional. La fuerza especial que lleva a efecto el cambio constitucional suele denominarse poder revisor, poder reformador o poder constituyente-constituido.

En este aspecto, las transformaciones o reformas constitucionales que señalamos no deben ser aquellas que afecten a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución, pues estos aspectos sólo pueden reformarse a través de una Asamblea Constituyente originaria y plenipotenciaria: el poder constituyente, como poder soberano, previo y total. A la inversa, el poder de reforma, en la medida en que aparece reglado y ordenado en la Constitución, se convierte en un poder limitado, lo que quiere decir que la actividad de revisión no puede ser entendida nunca como soberana y libre.

La mayor diferencia entre el poder constituyente y el poder constituido es que el primero no conoce límites por ser un poder primario y prejurídico, con amplias facultades. En cambio, el segundo se somete a los límites que le son impuestos por la Constitución, sin poder actuar más allá de ellos.

### **3.2. Especificidad de la interpretación constitucional**

La norma constitucional es diferente a la ordinaria; si bien ambas constituyen normas jurídicas, y los criterios interpretativos de la ciencia jurídica se aplican tanto a unas como a otras, la diferencia radica en que la especialidad de la interpretación de la norma constitucional es absolutamente patente. Dicha especialidad marca sentido cuando reconocemos la vigencia de la *constitución democrática*, emergen-



te del poder constituyente, y cuya interpretación en mérito a su caracterización de norma suprema del ordenamiento jurídico responde a criterios de tipo político.<sup>5</sup>

Resalta el planteamiento establecido por el profesor Martínez Dalmau, en ocasión del análisis de la posición presentada por Riccardo Guastini,<sup>6</sup> sobre la imposibilidad de defender la especificidad de la interpretación constitucional respecto a la interpretación jurídica:

---

<sup>5</sup> Así lo establece Rubén Martínez Dalmau, “La interpretación de la constitución democrática”, en VV. AA., *Costituzione Economia Globalizzazione, Liber amicorum in onore di Carlo Amirante*, Università della Calabria, 2013, p. 439.

<sup>6</sup> “Guastini, consciente de su posición minoritaria, ha catalogado y criticado los argumentos por los cuales buena parte de la doctrina considera que la interpretación de un texto constitucional es algo decididamente distinto, de la interpretación de otros textos jurídicos, en especial de la ley [...] a) el hecho de que los textos constitucionales sean diferentes de cualquier otro texto normativo en virtud de su objeto, puesto que disciplinan la [materia constitucional], aunque el concepto [materia constitucional] abarca una regulación mayor que la única Constitución, por lo que también incluiría leyes [ordinarias]; b) las Constituciones no sólo están compuestas por reglas, sino que también incorporan principios y valores, aunque tampoco se trata de una exclusividad de los textos constitucionales por cuanto algunas normas generales, como los códigos civiles o penales, también formulan principios y valores; c) las Constituciones regulan relaciones políticas entre órganos del Estado y entre el Estado y la ciudadanía, por lo que requerirían de una interpretación evolutiva o dinámica, si bien, por un lado, las normas constitucionales no se agotan con la disciplina de las relaciones políticas, y los intérpretes no tienen el derecho de cambiar el contenido de la Constitución por vía de interpretación; d) los textos constitucionales estarían hechos para durar en el tiempo, porque tienen que ofrecer una organización estable, razonamiento que por un lado no se aplica a todas las Constituciones y, por otro, se repite el argumento de la ilegitimidad del intérprete para proceder a la reforma constitucional” (Martínez Dalmau, *ibid.*, pp. 438 y 439). Asimismo, el autor realiza una especificación importante relativa a que Guastini no considera la interpretación de la naturaleza democrática de la Constitución, aquella originada y legitimada por el poder constituyente, toda vez que se refiere únicamente a la intención del constituyente, pero en las técnicas de la interpretación constitucional: “iii) La intención de los constituyentes. A veces (la mayoría de las veces) se interpreta el texto según la [voluntad], la [intención] (*intent*), o la finalidad (*purpose*) de los [padres constituyentes]. Pero allí se debe distinguir. A veces, invocar la intención de los constituyentes es otra forma de interpretación [originalista]. La intención [subjéctiva] de los constituyentes es identificada más o menos [empíricamente] utilizando los trabajos preparatorios. Pero en la mayor parte de los casos se trata de una cosa muy distinta. Se atribuye a los constituyentes una intención –llamada [objetiva]– sobre la base de una suposición alrededor de lo que debería ser una intención [racional] o [razonable]. Una suposición depende enteramente de los juicios de valor de los intérpretes. De otro lado, el argumento de la intención de la autoridad normativa puede ser utilizado varias veces de maneras muy distintas: a) se puede invocar esta intención para obtener directamente el significado del enunciado a interpretar; b) se puede llamar a esta intención en [negativo], simplemente con el objeto de descartar el significado literal, escogiendo un significado diferente (normalmente muy discutible) y c) a veces se invoca no la intención real o [factual] de la autoridad normativa, sino una intención [contrafactual] para descartar el significado o bien llenar una laguna de la constitución [Si los constituyentes hubiesen previsto el caso que de facto no han previsto]” (Riccardo Guastini, “Interpretación de la constitución”, en Paolo Comanducci, Aulis Aarnio, José Juan Moreso, Juan Manero Ruiz, Cristina Redondo, Bruno Celano, Tecla Mazzaresse, Pierluigi Chiassoni, *Interpretación y razonamiento jurídico*, vol. II, Lima, ARA Editores, 2010, pp. 48 y 49).

En efecto, la especificidad carece de sentido desde una postura puramente positivista donde la interpretación de la Constitución es, en definitiva, la interpretación de una ley (fundamental); cuando ha sido generada por el poder constituido, es posible acceder a la interpretación originaria de la misma institución que la originó. [...] Pero cuando se trata de una Constitución originaria del poder constituyente democrático, estamos ante el único caso de aplicación normativa donde, por el carácter originario de la construcción constituyente, no se puede ordinariamente acceder al conocimiento directo de la voluntad generadora, y el sentido de la decisión sólo puede conocerse a través de los mecanismos previstos por el propio constituyente que deben tener en cuenta, en la proporción adecuada, los documentos generados durante el período constituyente. Requiere, por lo tanto, de un intérprete auténtico sustitutivo que realice la función de intérprete constitucional, y que en los casos del sistema de control concentrado de la constitucionalidad es, habitualmente el tribunal constitucional.<sup>7</sup>

La Constitución boliviana se presenta como un claro ejemplo de *constitución democrática*, lo que equivale a decir una constitución legitimada por el poder constituyente democrático y fundante de un nuevo orden constitucional. Por tanto, desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional Plurinacional en su función de intérprete auténtico –*sustitutivo*– aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto, conforme lo dispone la previsión del artículo 196, parágrafo II, de la Constitución boliviana: “En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto”.

En Bolivia, el control de constitucionalidad es concentrado, y en cumplimiento con dicho sistema, el Tribunal Constitucional Plurinacional se constituye en el intérprete “auténtico” de las normas constitucionales. El Tribunal Constitucional Plurinacional –último en el caso boliviano que alude a la composición plurinacional del Tribunal Constitucional vinculado con la existencia y reconocimiento de las jurisdicciones indígena y ordinaria– tiene el poder de contradecir y revisar la interpretación del legislador con tan solo declarar la inconstitucionalidad de una determinada ley. La interpretación del Tribunal Constitucional Plurinacional no puede ser revisada por ninguna otra instancia y se concibe como un órgano de cierre.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Martínez Dalmau, *ibid.*, p. 438.

<sup>8</sup> Guastini, *ibid.*, p. 33.

## 4. Principales corrientes de interpretación constitucional

La importancia de la interpretación constitucional radica en que puede cambiar el significado gramatical de la ley suprema, es decir, la interpretación puede modificar o vivificar a la Constitución o, incluso, llegar a la mutación constitucional de su contenido, caso que afectaría la decisión primigenia democrática que le otorgó legitimidad. Este cambio interpretativo podría realizarse por medio de la suplantación de interpretaciones de carácter subrepticio. Ante este supuesto, se opone el planteamiento de que únicamente el pueblo en el ejercicio de la titularidad de su soberanía posee la potestad para cambiar el texto constitucional, impidiendo así una eventual modificación a través de determinados agentes judiciales.

Analizaremos tres corrientes –principales– de interpretación constitucional, las cuales versan sobre las posibilidades de mantener una interpretación conforme a la voluntad de los creadores de la constitución (originalista); seguidamente, estudiaremos una interpretación progresista que adecue cambios y mantenga vivo el texto constitucional, para continuar con la revisión de una interpretación moral de la constitución, recordando al juez Hércules propuesto por Dworkin; finalmente, repasaremos la interpretación de la *constitución democrática*, que propone una interpretación auténtica de la constitución, en función del *texto* de acuerdo con su literalidad y el *contexto* en concordancia con la integralidad de la constitución, con el *plus* de incorporar los principios generales.<sup>9</sup>

### 4.1. Constitución como “texto vivo”

Este tipo de interpretación significa una adaptación constitucional constante a las exigencias de la comunidad o de la vida social, como sostiene Dworkin: “Ésta anima a los intérpretes de la constitución a no practicar una interpretación fija, sino, al contrario, a cambiar el significado de los textos a la luz de las circunstancias (y por supuesto, de sus sentimientos de justicia)”.<sup>10</sup> Su pretensión es adaptar el texto constitucional a las demandas sociales y comunitarias, en oposición a cualquier otro criterio que responda al pasado o a los “antepasados”, en el que se pretenda buscar la resolución a los problemas constitucionales planteados.

---

<sup>9</sup> Martínez Dalmau, *op. cit.*, p. 452. Destacamos que constituye una fórmula propuesta para dilucidar la problemática de la interpretación de la constitución democrática, como bien expresa el autor: “Se trata, en conclusión, de dos casos del nuevo constitucionalismo donde, partiendo de la problemática de la interpretación de la Constitución Democrática que se ha analizado, se buscan fórmulas que dirijan la función interpretadora desde el propio poder constituido, pero anclado en la decisión del constituyente”; estos dos casos que específicamente refiere son el ecuatoriano y el boliviano.

<sup>10</sup> Ronald Dworkin, *Freedom’s Law: The Moral Reading of the Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 32.

Este tipo de interpretación constitucional reconoce que, al vivir en una sociedad democrática, prevalece una convicción más alta que la de la propia comunidad, en su relación intrínseca con los valores de igualdad o justicia. Con ello, dicho texto constitucional es denominado *constitución viva*, o una constitución adaptada a la vida jurídica moderna y a las circunstancias actuales. En este sentido, Jefferson señalaba: “Algunos hombres miran a las constituciones con máxima reverencia [...] adscriben a los hombres de la era anterior una sabiduría más que humana [...] yo conocí aquélla era; pertencí a ella, trabajé con ella, pero era en buena medida como ahora, y sin la experiencia del presente, y cuarenta años de experiencia en el gobierno valen tanto como cien años de lecturas de libros; y esto es lo que ellos mismos dirían, si se levantaran de sus tumbas”.<sup>11</sup>

La constitución entendida como un “texto vivo” plantea la pregunta sobre quién es el sujeto o el órgano encargado de interpretar la constitución a la luz de las circunstancias y necesidades actuales de la comunidad. Así, por simple lógica, el sujeto autor de la interpretación constituye la propia comunidad, empero la característica que cualifica a esta postura es que tal labor de actualización de la constitución debe delegarse exclusivamente a los jueces, como sostuvo el juez norteamericano Félix Frankfurter: “Es una concepción inadmisiblemente estrecha del derecho constitucional [...] la de confinar su contenido a las palabras de la Constitución, dejando de tomar en cuenta las glosas que la vida ha escrito acerca de ella”.

Dicha postura propone mantener la constitución como un “texto vivo”, mediante la intervención de los órganos judiciales; sin embargo, esta posición resulta contradictoria con el argumento de John Ely, cuando afirma: “La noción de que los valores genuinos de la ciudadanía pueden ser discernidos de modo más confiable a través de una élite no [democrática] resulta chocante. Si lo que queremos es proteger las [nuevas] convicciones de la ciudadanía, entonces la legislatura aparece mucho mejor situada que la justicia, a dichos efectos”.<sup>12</sup>

Por otro lado, la crítica principal a esta postura radica en que la tarea actualizadora de la constitución por obra de los jueces abre la posibilidad de una actividad discrecional por parte del intérprete, quien es el encargado de desvelar el “verdadero pensamiento de la comunidad”, actividad que no encontraría límites en el momento de fallar, puesto que no podría esclarecerse si la parte motivada de una determinada sentencia responde a convicciones personales del juzgador o al cumplimiento de lo dispuesto en la normativa constitucional.

---

<sup>11</sup> Mark Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999, p. 40.

<sup>12</sup> John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, Cambridge, Harvard University Press, 1980, pp. 68 y 69.

## 4.2. El originalismo

La intención de los constituyentes se posiciona como un criterio fundamental, especialmente desde una parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema, y para un sector relevante del constitucionalismo doctrinal norteamericano, como criterio legítimo para interpretar las cláusulas constitucionales.

Esta postura interpreta la constitución de forma estable, fija, constante y sin cambios bruscos; tal perspectiva alude a la interpretación denominada “originalista”, obediente al valor de fidelidad a la constitución, atribuyendo al texto constitucional un significado “originario”, que comprende esencialmente dos aspectos: i) la significación que corresponde al uso de las palabras, presente en la época de la promulgación de la constitución y ii) aquel sentido que corresponde a la “intención” de los “poderes constituyentes”.<sup>13</sup>

La complejidad en la interpretación de la constitución plantea limitar dicha labor, bajo el argumento de que el intérprete del derecho se convierte en un legislador oculto del sistema jurídico. Esto último significa que el intérprete maneja la vida jurídica de las personas, justificado en el hecho de que sólo hace una tarea técnica y plasma lo que dice el texto de la constitución, con lo cual los ciudadanos se convierten directamente en súbditos de lo que *dicen* y *deciden* los jueces –intérpretes de la constitución–, tal como sostiene Thomas Jefferson: “Los jueces son los topos del derecho, sujetos capaces de torcer y deformar a la constitución, como si fuera un mero objeto de cera”.<sup>14</sup>

Una forma de estabilizar la interpretación constitucional, impidiendo al intérprete que priorice en lugar del texto de la constitución, sus propias opiniones, es la de fijar el contenido de la constitución en el sentido original que le dieron sus creadores. El originalismo se opone a la interpretación de la constitución como un texto vivo y propone dejar su texto anclado en su sentido primero. Así lo proponen los jueces originalistas (y conservadores) como Robert Bork:

[L]os jueces se encuentran limitados por la única cosa que puede ser llamada derecho, los principios del texto, ya sea la Constitución o la ley, tal como se lo entendía generalmente, al momento de ser aprobados [...] los jueces no tienen que salir de allí afuera del texto para encontrar qué es lo que el texto dice. No deben ponerse a buscar principios morales valiosos o filosóficamente defendibles, sino que deben, únicamente, conformarse al texto de la Constitución.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton, Ed. Amy Gutmann, 1997, p. 9.

<sup>14</sup> Thomas Jefferson, en carta dirigida al juez Spence Roane, 6/9/1819, *Political Writings*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 379.

<sup>15</sup> Robert Bork, *The Tempting of America*, Nueva York, Simon & Schuster, 1990, p. 201.

Los justificativos de esta postura se adscriben a que la constitución debe interpretarse conforme a las directivas impuestas por sus propios creadores. James Madison o Alexander Hamilton pensaban que si no se tomaba seriamente en cuenta lo establecido por la constitución y las convenciones que la habían ratificado, los Gobiernos no llegarían a ser estables y consistentes, como sostuvo James Wilson: “La primera y más importante máxima en la interpretación de un texto legal consiste en descubrir el significado que le dieron aquéllos que la redactaron”.<sup>16</sup>

Asimismo, otra de las razones que justifica el originalismo es que otorga previsibilidad y seguridad jurídica en las decisiones jurisdiccionales emitidas, garantizando a cada ciudadano certeza en relación con el derecho al que está sometido, puesto que la concepción de interpretación de la constitución como “texto vivo” los dejaría en desamparo, y su estabilidad jurídica en peligro. La crítica al método de interpretación de la constitución denominado “texto vivo” estriba en que vulnera la seguridad jurídica que garantiza el originalismo, y deja al conjunto de la ciudadanía sometida a la voluntad discrecional de los jueces –*tiranía del intérprete*–. Esta corriente, por el contrario, propone que el sentido de la constitución no se renueva a cada momento, sino que ya se encuentra históricamente fijado en ella, por lo que debe interpretarse hacia lo que ya se ha escrito.

Los oponentes a esta postura alegan que el originalismo provoca el estancamiento de la sociedad e impide su avance. Los originalistas responden que en cuanto a la crítica de la evolución jurídica, la comunidad posee plenas facultades para realizar las innovaciones legales o constitucionales que así considere necesarias, empero tales innovaciones no deben introducirse subrepticamente a través de una labor oculta por los jueces, sino que el pueblo es el único legitimado que puede decidir reformar su constitución cuantas veces quiera en el ejercicio de la titularidad de su soberanía.

#### ***4.2.1. El originalismo y la voluntad popular democrática***

En las palabras del juez Robert Bork, “¿por qué es que la Corte, un mero comité de nueve abogados, debería convertirse en el único agente capaz de anular las decisiones democráticas?”<sup>17</sup>

El originalismo es la única alternativa interpretativa que respeta la voluntad popular democrática. El pueblo es quien ha legitimado la constitución, por lo que existe un compromiso de respeto y acatamiento del texto constitucional mientras esté vigente, toda vez que dicho texto puede ser cambiado tantas veces quiera la voluntad del pueblo, empero, mientras se encuentre vigente, sin modificación, los intérpretes o *jueces* deben someterse a dicho texto y al significado que le atribuye-

---

<sup>16</sup> Ver, en general, Raoul Berger, *Government by Judiciary*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, cap. 20.

<sup>17</sup> Bork, *op. cit.*, p. 201.

ron sus creadores. En caso de cambio o modificación del texto constitucional, los intérpretes deberán ajustarse a las nuevas pautas decididas en su tarea interpretativa.

Este argumento democrático tiene mayor fuerza en sí mismo, ante interpretaciones progresistas que determinados jueces pretenden realizar del sentido original del texto constitucional, mutando su contenido por medio de una tarea subrepticia, y manejando las decisiones y vida jurídica de las personas o de la comunidad, cuando esta última es la única que puede cambiar su rumbo social a través de las modificaciones constitucionales que desee en el pleno ejercicio de su derecho soberano y democrático.

### 4.3. Dworkin, una lectura moral de la constitución

Dworkin sostiene que el error principal de los originalistas es proponer una interpretación fijada o anclada en el momento en que se escribió el texto constitucional; por lo tanto, propone una interpretación basada en principios. Los creadores de la constitución introdujeron en dicho texto principios abstractos, más que reglas concretas, como lo establece el autor: “[E]stos principios, deben ser objeto de una revisión continuada, no con el objeto de encontrar sustitutos para determinar qué es lo que dice la Constitución, sino con el objeto de respetar lo que ella dice”.<sup>18</sup>

El objeto es determinar qué es lo que ordena la constitución, pretensión que no requiere buscar en las intenciones de sus autores en el momento en que se dictó la carta política, puesto que regresaríamos a la idea de que los jueces tienen la posibilidad interpretativa de definir su verdadero significado. Dworkin plantea al respecto que los jueces no poseen libertad absoluta en el momento interpretativo de la constitución, sino que la concepción que elaboren debe sujetarse a dos términos específicos: i) fidelidad al texto escrito de la constitución y al sentido de la práctica constitucional de la comunidad y ii) que dicha concepción se encuentre justificada a su mejor luz.

Así, la labor interpretativa constitucional propuesta por Dworkin responde a una doble oposición: por un lado, se opone al originalismo y, por otro, se opone a la corriente de mantener viva la constitución, puesto que ante ambas posturas, el autor sintetiza la concepción de que el juez debe construir la mejor solución moral que encuadre con el sentido de la historia constitucional de la comunidad.

La crítica a esta postura refiere principalmente a que las decisiones constitucionales son asumidas por medio de una tarea interpretativa monológica, desconociendo la importancia del diálogo público, como lo expresa Michelman: “Hércules, el mítico juez de Dworkin, es un solitario. Es demasiado heroico. Sus narraciones constructivas son monólogos. Él no conversa con nadie, salvo con sus libros. No tiene ningún enfrentamiento. No se encuentra con nadie. Nada lo conmueve. Ningún

---

<sup>18</sup> Ronald Dworkin, “A Matter of Interpretation”, *Federal Courts and the Law*, Princeton, Ed. Amy Gutmann, 1997, p. 122.

interlocutor viola la inevitable insularidad de su experiencia y su visión. Hércules es un hombre, después de todo. No es la totalidad de la comunidad. Ningún hombre o mujer puede serlo”.<sup>19</sup>

Dworkin sostiene al respecto que su postura no exige que la interpretación constitucional esté a cargo de los jueces, sino, más bien, que el control judicial de constitucionalidad no sea incompatible con la misma, ni contrario a una teoría de la democracia sensata.

#### **4.4. Interpretación de la constitución democrática. Caso boliviano**

Las tendencias actuales en el derecho constitucional han mostrado, especialmente en los países latinoamericanos, la aprobación de textos constitucionales altamente vanguardistas en el reconocimiento de valores democráticos, principalmente porque la constitución es *fruto del poder constituyente*.

El caso paradigmático, que constituyó un giro en la historia republicana de la que formó parte Bolivia, fue la contundente ruptura del régimen constitucional anterior y la posterior consolidación de uno nuevo, cuya importancia radica en que la suprema norma se encuentra legitimada democráticamente por la voluntad popular. Al respecto, cabe recordar el concepto de ‘poder constituyente’ propuesto por Toni Negri: “El Poder constituyente desde la democracia significa: la insurgencia de un poder originario, autónomo, que rompe de manera drástica y definitiva con el sistema jurídico preexistente”.<sup>20</sup>

### **5. Diferenciación entre la función interpretativa del Tribunal Constitucional Plurinacional y el Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia**

Los conflictos que resuelve el Tribunal Constitucional Plurinacional tienen necesariamente una substancia política –común en todos los tribunales de esta especie–, empero la diferencia entre la labor interpretativa que despliega el Tribunal Constitucional Plurinacional y el Tribunal Supremo de Justicia es que los valores en que basarán su juicio, en el caso del primero, son los valores políticos decididos por el constituyente, en tanto que el segundo obedece a valores penales, civiles, administrativos –de conformidad con el texto constitucional– configurados por el legislador ordinario y respecto de los cuales tanto su distinto nivel de decisión

---

<sup>19</sup> Frank Michelman, “The Supreme Court. Foreword: Traces of Self-Government”, *Harvard Law Review*, vol. 100, núm. 4, 1986, p. 76.

<sup>20</sup> Toni Negri, *El poder constituyente*, Sucre, Auditorio de la Biblioteca y Archivos Nacionales, 2007, p. 103.



como el tráfico ordinario en que se aplican han borrado su carácter de valores políticos originarios para convertirse en puramente técnicos.<sup>21</sup>

Adoptado el sistema de jurisdicción concentrado en la justicia constitucional boliviana, conforme dispone el artículo 196, parágrafos I y II, de la Constitución,

El Tribunal Constitucional Plurinacional vela por la supremacía de la Constitución, ejerce el control de constitucionalidad, y precautela el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales [...] En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto.

De lo preceptuado en dicha disposición, se infiere que si bien la norma dispone expresamente la función interpretativa del Tribunal Constitucional Plurinacional, no cierra la potestad de interpretación de conformidad con las *reglas* o criterios interpretativos de la Constitución por parte de los tribunales y jueces ordinarios.<sup>22</sup>

Así las cosas, la Constitución boliviana presenta un valor normativo directo, claramente plasmado en su artículo 410, parágrafo I: “Todas las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la presente Constitución”; vinculación que constituye una consecuencia de su carácter normativo y fundamentalmente porque tiende a expresar los valores superiores del ordenamiento jurídico, como se evidencia en el Preámbulo, Capítulo Segundo, Principios, valores y fines del Estado, artículos 7 y 8:

La soberanía reside en el pueblo boliviano, se ejerce de forma directa y delegada. De ella emanan, por delegación, las funciones y atribuciones de los órganos del poder público; es inalienable e imprescriptible [...] I. El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: *ama qhilla*, *ama llulla*, *ama suwa* (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), *suma qamaña* (vivir bien), *ñandereko* (vida armoniosa), *teko kavi* (vida buena), *ivi maraei* (tierra sin mal) y *qhapaj ñan* (camino o vida noble). II. El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien.

Derechos y garantías que además encuentran su desarrollo a lo largo de todo el texto constitucional.

<sup>21</sup> Eduardo García de Enterría, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, S.A., 1995, pp. 178 y ss.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 63.

La vinculación normativa de la Constitución afecta a todos los ciudadanos y a todos los poderes públicos, sin excepción, y entre los poderes públicos, a todos los jueces y tribunales –y no sólo al Tribunal Constitucional Plurinacional–.<sup>23</sup> Por lo tanto, no sólo vincula o sujeta a la interpretación que realice el Tribunal Constitucional Plurinacional, sino a la labor interpretativa que despliegue el Tribunal Supremo de Justicia a través de la emisión de *doctrina legal aplicable*.

El artículo 410, parágrafo II, de la Constitución boliviana dispone: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa”; a continuación, y después de establecer el carácter vinculante de la Constitución, el citado artículo declara la supremacía de la Constitución sobre el ordenamiento jurídico boliviano y sobre toda otra disposición normativa. En este sentido, colegimos el caso de las leyes ordinarias que establecen expresamente una cláusula taxativa al respecto: “[S]iempre que no sea contrario a las disposiciones de la Constitución”. Esta resistencia o *plus* de validez, o inmunidad de la Constitución frente a todas las normas y actos que de ella derivan, constituye la base misma de su supremacía y, por tanto, la piedra angular de su eficacia como pieza técnica en la construcción del Estado y del ordenamiento jurídico.<sup>24</sup> Consecuentemente, la vinculación directa de la Constitución al juez o magistrado no constitucional –perteneciente al Tribunal Supremo de Justicia– se plasma por medio de la interpretación y aplicación directa de la norma constitucional.

Si bien por mandato del artículo 196 de la Constitución Política del Estado, el Tribunal Constitucional Plurinacional se constituye en el intérprete –*auténtico*– de la Constitución, dicho precepto no es limitativo para que los jueces –entiéndase los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia– se inhiban o dejen de interpretar de conformidad con los criterios previstos en el texto constitucional. Es claro que tales decisiones jurisdiccionales finalmente se sujetarán a la decisión última del Tribunal Constitucional Plurinacional –como órgano de cierre–, máxime la consideración de que el Tribunal Supremo de Justicia resolverá no cuestiones de índole política, sino específicamente de *técnica-judicial*, referidas principalmente a los procedimientos o, en su caso, a una errónea interpretación de la ley sustantiva, último fallo que eventualmente podría resultar violatorio de algún derecho o garantía constitucional y, por tanto, sujeto de revisión y anulación por el Tribunal Constitucional Plurinacional.

En este sentido, el Tribunal Supremo de Justicia constituye una tercera instancia en la revisión de las sentencias emanadas de los tribunales departamentales de justicia; su labor se circunscribe a uniformar la jurisprudencia frente a contradicciones entre sentencias definitivas emanadas de los tribunales departamentales de justicia, uniformar su línea jurisprudencial, resolver pedidos de extradición, conocer juicios de responsabilidades contra altas autoridades del Estado, decidir sobre demandas de ilegalidad de normas subordinadas a la ley, conocer conflictos o controversias

---

<sup>23</sup> *Idem.*

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 65.

entre órganos públicos que no tienen rango constitucional y no dependen de una misma autoridad superior, y decidir sobre cuestiones de límites que se susciten entre unidades territoriales subnacionales.

Las sentencias emitidas a partir de la reestructuración del Poder Judicial, emergente de la vigencia de la nueva Constitución boliviana, en la invocación de recursos de casación, evidencian que el intérprete –magistrado del Tribunal Supremo de Justicia– efectúa una interpretación literal y auténtica de la Constitución, e incluso de conformidad con los principios y valores constitucionales, cumplimentando y reafirmando judicialmente la voluntad soberana plasmada democráticamente en el texto constitucional.

## 6. Sobre la interpretación de la constitución democrática

El poder constituyente puede efectuar la tarea de intérprete de la constitución de dos modos distintos, según Sagüés; “a) interpretándola directamente, por sí mismo; b) estableciendo pautas obligatorias para los operadores constitucionales, es decir, para los poderes constituidos, acerca del método para interpretar en el futuro a la Constitución”. Y agrega:

El constituyente –de vez en cuando– asume el trabajo interpretativo de su propia obra, o intenta reducir el margen de la maniobra de los operadores posteriores, marcándoles directrices sobre el método constitucional para interpretar la Constitución. Sabe, al respecto, que el aparentemente inmarcesible principio de supremacía constitucional va a depender cada vez más, en definitiva, de cómo se entiende y haga actuar a la Constitución; y por esto, procura disciplinar la tarea interpretativa de ella.<sup>25</sup>

En este sentido, interesa estudiar las reglas constitucionales sobre cómo interpretar la constitución.

La Constitución de Bolivia, en su artículo 196, parágrafo II, establece: “En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto”. El artículo señalado no indica que preferirá un criterio sobre el otro, sino a ambos; “*con preferencia*” uno, “*así como*” el otro, que es lo mismo que “*con preferencia*” uno “*y*” otro. Entonces, la determinación de su significado jurídico es más compleja que la lectura de su texto; si ambos criterios deben aplicarse “*con preferencia*”, otros criterios también pueden aplicarse, pero sin tal carácter preferente. Por su contenido, “*con preferencia*”

---

<sup>25</sup> Néstor Pedro Sagüés, “El poder constituyente como intérprete de la constitución”, *Pensamiento Constitucional*, año XVI, núm. 16, pp. 183-193.

no es una prohibición, sino un permiso: autoriza a servirse de otros criterios, frente a los cuales tienen preferencia los mencionados en la cláusula referida: la “*regla de preferencia*”, que cotiza por sobre todo a dos “*reglas de contenido*”: la intención del constituyente y el tenor literal del texto. No menciona, ni excluye a otras técnicas interpretativas, pero ellas, aparentemente, deberían operar solamente de modo supletorio y secundario, y sin poder afectar a las dos especialmente favorecidas.<sup>26</sup>

Dicho criterio es ratificado a través del Código Procesal Constitucional en su artículo 2, parágrafo II, numerales 1 y 2, al disponer:

Asimismo podrá aplicar: 1. La interpretación sistemática de la Constitución Política del Estado, y la interpretación según los fines establecidos en los principios constitucionales. 2. Los derechos reconocidos en la Constitución Política del Estado, de acuerdo con los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el país, cuando éstos prevean normas más favorables. En caso de que esos tratados declaren derechos no contemplados en la Constitución Política del Estado se considerarán como parte del ordenamiento constitucional.

## 6.1. Principio de interpretación conforme a la Constitución

La supremacía de la Constitución sobre todas las normas y su carácter central en la validez del ordenamiento en su conjunto obligan a interpretarlo en cualquier momento de su aplicación –no solo por el Tribunal Constitucional Plurinacional–, sino específicamente por el Tribunal Supremo de Justicia.

El principio de interpretación conforme a la Constitución constituye una consecuencia derivada del carácter normativo de la carta política y, por tanto, de su rango supremo, cuyo reconocimiento corresponde a los sistemas que hacen de ese carácter un postulado básico.<sup>27</sup> En nuestro país, dicho principio presenta un desarrollo jurisprudencial en mérito al artículo 410, parágrafo II, de la Constitución: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa”, concordante con el artículo 4 de la Ley 027, de 6 de julio de 2010, *Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional*, “*La Constitución Política del Estado Plurinacional es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa*”.

El origen de este principio, que impone la interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento, se encuentra en el proceso de constitucionalidad de las leyes, es decir, antes de que una ley sea declarada inconstitucional, el juez que efectúa el examen o test de constitucionalidad tiene el deber de buscar por vía inter-

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>27</sup> García de Enterría, *op. cit.*, p. 95.

pretativa una concordancia de la ley en cuestión con la propia Constitución, toda vez que la anulación de una ley es bastante grave, considerando que deja un vacío o una situación de mayor inconstitucionalidad.<sup>28</sup> Este principio ha sido conectado, a su vez, con el principio de constitucionalidad,<sup>29</sup> el cual se encuentra expresamente redactado en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional boliviano: “Se presume la constitucionalidad de toda norma de los Órganos del Estado en todos sus niveles, en tanto el Tribunal Constitucional Plurinacional no declare su inconstitucionalidad”.

El *principio de interpretación del ordenamiento conforme a la Constitución*, no vincula únicamente al Tribunal Constitucional Plurinacional en el momento de la decisión sobre una acción de inconstitucionalidad, sino a todos los tribunales en las funciones aplicativas de la Constitución. Por ello, constituye un verdadero principio general del ordenamiento que resulta de necesaria aplicación universal y afecta, en consecuencia, a los demás tribunales, como es el caso del Tribunal Supremo de Justicia. Consecuentemente, se presenta el *principio de unidad del ordenamiento*, cuyo alcance significa que la estructura jerárquica y la situación superior, que en el seno de esa estructura corresponde a la Constitución, es la que da primacía necesaria a esta en la integración del ordenamiento completo y, por tanto, en su interpretación, *como operación del intérprete, previa a cualquier aplicación del mismo*.<sup>30</sup>

## 6.2. Interpretación conforme a los principios constitucionales

La constitución asegura una unidad del ordenamiento y esta unidad es material, expresada en principios generales del derecho, que al intérprete corresponde descubrir o que la constitución misma los ha declarado de manera explícita, destacando, entre todos –por la decisión suprema de la voluntad popular que la ha legitimado–, valores sociales que proclamó solemnemente el propio constituyente como básicos y elementales para toda la sociedad. Ninguna norma subordinada podrá desconocer estos valores elementales, sino que deberán interpretarse en el sentido de efectivizarlos con su aplicación.<sup>31</sup>

Estos valores no constituyen simples principios programáticos, sin valor normativo de aplicación posible; por el contrario, conforman la base entera del ordenamiento jurídico y será la que dote a este de su sentido propio y la que presida, por tanto, toda su interpretación y aplicación.<sup>32</sup>

En la Constitución boliviana, estos valores se encuentran previstos en el Preámbulo, Título I, Capítulo II: Principios, valores y fines del Estado.

---

<sup>28</sup> *Idem.*

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 96.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 97.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 98.

<sup>32</sup> *Idem.*

Artículo 7. La soberanía reside en el pueblo boliviano, se ejerce de forma directa y delegada. De ella emanan, por delegación, las funciones y atribuciones de los órganos del poder público; es inalienable e imprescriptible. Artículo 8. I. El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: *ama qhilla*, *ama llulla*, *ama suwa* (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), *suma qamaña* (vivir bien), *ñandereko* (vida armoniosa), *teko kavi* (vida buena), *ivi maraei* (tierra sin mal) y *qhapaj ñan* (camino o vida noble). II. El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien. Artículo 9. Son fines y funciones esenciales del Estado, además de los que establece la Constitución y la ley: 1. Constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales. 2. Garantizar el bienestar, el desarrollo, la seguridad y la protección e igual dignidad de las personas, las naciones, los pueblos y las comunidades, y fomentar el respeto mutuo y el diálogo intracultural, intercultural y plurilingüe. 3. Reafirmar y consolidar la unidad del país, y preservar como patrimonio histórico y humano la diversidad plurinacional. 4. Garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución. 5. Garantizar el acceso de las personas a la educación, a la salud y al trabajo. 6. Promover y garantizar el aprovechamiento responsable y planificado de los recursos naturales, e impulsar su industrialización, a través del desarrollo y del fortalecimiento de la base productiva en sus diferentes dimensiones y niveles, así como la conservación del medio ambiente, para el bienestar de las generaciones actuales y futuras.

El carácter básico y fundamental de estas decisiones permite hablar a Bachof, y así lo recogió la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional alemán e, incluso antes, aunque con menos énfasis dogmático, el Tribunal Supremo americano, sobre posibles *normas constitucionales inconstitucionales*, concepto con el que se intenta subrayar, sobre todo, la primacía interpretativa absoluta de esos principios sobre los demás de la constitución y el límite constitucional que suponen a la reforma de la carta.<sup>33</sup>

Estos se destacan como *principios primarios en todo el sistema y protegidos en la hipótesis de reforma constitucional*, que, según Bachof, se constituyen en jerárquica-

---

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 99 y ss.

mente superiores para presidir la interpretación de todo el ordenamiento jurídico, comenzando por el ordenamiento de la propia Constitución.<sup>34</sup>

El artículo 411, parágrafo I, de la Constitución establece: “La reforma total de la Constitución, o aquella que afecte a sus bases fundamentales, a los derechos, deberes y garantías, o a la primacía y reforma de la Constitución, tendrá lugar a través de una Asamblea Constituyente originaria plenipotenciaria, activada por la voluntad popular mediante referendo”.

Así, los derechos, deberes y garantías se encuentran expresamente regulados en la Constitución boliviana a través de las siguientes disposiciones: Título II. “Derechos Fundamentales y Garantías”: Capítulo Primero. Disposiciones Generales // Capítulo Segundo. Derechos Fundamentales // Capítulo Tercero. Derechos Civiles y Políticos (Sección I. Derechos Civiles, Sección II. Derechos Políticos) // Capítulo Cuarto. Derechos de las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesino // Capítulo Quinto. Derechos Sociales y Económicos (Sección I. Derecho al Medio Ambiente, Sección II. Derecho a la Salud y a la Seguridad Social, Sección III. Derecho al Trabajo y al Empleo, Sección IV. Derecho a la Propiedad, Sección V. Derechos de la Niñez, Adolescencia y Juventud, Sección VI. Derechos de las Familias, Sección VII. Derechos de las Personas Adultas Mayores, Sección VIII. Derechos de las Personas con Discapacidad, Sección IX. Derechos de las Personas Privadas de Libertad, Sección X. Derechos de las Usuarias y los Usuarios y de las Consumidoras y los Consumidores) // Capítulo Sexto. Educación, Interculturalidad y Derechos Culturales (Sección I. Educación, Sección II. Educación Superior, Sección III. Culturas, Sección IV. Ciencia, Tecnología e Investigación, Sección V. Deporte y Recreación) // Capítulo Séptimo. Comunicación Social, Título III. Deberes.

Por otro lado, existen otros principios que pueden inferirse de la totalidad del texto constitucional, cuya eficacia interpretativa de todo el ordenamiento subconstitucional resulta también de aplicación indiscutible.

### 6.3. Interpretación conforme a los tratados de derechos humanos

El constituyente boliviano decidió que los derechos constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el país. En tal sentido, el profesor Martínez Dalmau señala: “De hecho, no es extraño en Derecho comparado la incorporación de cláusulas de interpretación particulares, fundamentalmente en el marco de la aplicación de los derechos fundamentales, como el principio *pro homine* o la apelación a la jurisprudencia de las cortes internacionales de derechos humanos”.<sup>35</sup>

Esta fórmula, entendida extensivamente, obliga a la observancia por parte de los jueces constitucionales y no constitucionales de comprender los derechos en con-

---

<sup>34</sup> *Idem.*

<sup>35</sup> Martínez Dalmau, *op. cit.*, p. 449.

sonancia con el texto de los tratados o convenciones internacionales o, igualmente, conforme a la interpretación dada a ese texto, por ejemplo, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este avance de reconocimiento de derechos humanos, Néstor Pedro Sagüés establece y matiza adecuadamente su desarrollo, en consonancia con la aprobación y vigencia de los nuevos textos constitucionales de Ecuador y Bolivia, principalmente, al establecer: “La legitimidad de dispositivos de aquella índole se explica, principalmente por la necesidad de construir un *ius commune* en materia de derechos humanos y de derecho comunitario”.<sup>36</sup>

Tal contenido se encuentra dispuesto en el artículos 13, parágrafo IV, y 256 de la Constitución boliviana, así como la regulación del principio *pro homine*:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia.

[...]

I. 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 ésta.

II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables.

En cuanto al reconocimiento del principio *pro operario*, se encuentra regulado en el artículo 48, parágrafo II, de la Constitución boliviana:

Artículo 48. II. Las normas laborales se interpretarán y aplicarán bajo los principios de protección de las trabajadoras y de los trabajadores como principal fuerza productiva de la sociedad; de primacía de la relación laboral; de continuidad y estabilidad laboral; de no discriminación y de inversión de la prueba a favor de la trabajadora y del trabajador.

---

<sup>36</sup> Sagüés, *op. cit.*, p. 23.



## **7. Auto Supremo emitido por el Tribunal Supremo de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia, que evidencia una directa interpretación de la Constitución, en correspondencia con el tenor literal del texto constitucional, así como con los principios y valores consagrados en la misma**

Caso I.- La Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, garantiza el ejercicio del derecho a la impugnación, mismo que debe ser respetado y cumplido sin excesivos ritualismos o formalismos.

### **Razonamiento jurídico del magistrado relator**

A efecto del cómputo de plazos determinados por días, como es el caso de la apelación restringida, no sólo deben descontarse los días inhábiles, feriados y las vacaciones judiciales, sino además los días en los que se produce suspensión de actividades jurisdiccionales cuando se presentan circunstancias de fuerza mayor debidamente fundamentadas que hacen imposible el desarrollo del proceso; en consecuencia, igualmente deben descontarse aquellos días declarados en suspenso fundadamente en caso de fuerza mayor, como efecto de determinaciones y comunicaciones expresas emanadas de autoridad competente.

### **Resolución**

Proceso penal seguido por comisión del delito de abuso deshonesto, planteando recurso de casación el imputado. En el caso, la suspensión de actividades jurisdiccionales por los días sábados 24 y 31 de diciembre de 2011 fue determinada por la aún Corte Superior del Distrito Judicial de Chuquisaca (Sala Plena), con orden de comunicarse no sólo a todo el personal de ese tribunal de justicia, sino también a los litigantes, abogados y público en general, a través de la Circular 41/11 de 19 de diciembre de 2011, mediante la cual expresamente se dispone la “reinstalación de las labores jurisdiccionales y administrativas a partir del martes 3 de enero de 2012”; en consecuencia, este hecho, si bien no puede interpretarse como “vacación judicial” al haberse producido la compensación de las horas no trabajadas, se adecua a la excepción contenida en la parte final del artículo 130 del Código de Procedimiento Penal, referida a circunstancias de fuerza mayor; razonar lo contrario, implicaría efectuar una interpretación restrictiva en desmedro del principio de impugnación, legislación vigente, nuestra propia Constitución, e incluso de las normas internacionales.

De tal manera, resulta evidente que el recurso de apelación restringida del recurrente, al haber sido interpuesto el sábado 7 de enero de 2012 ante notario de fe pública, fue presentado dentro de plazo, razón por la que corres-

pondía al tribunal de alzada admitirlo para así asumir competencia y pasar a considerar la procedencia o no respecto al fondo del mismo; por lo que el cómputo fue efectuado erróneamente. Por ello, se concluye que el argumento del imputado sobre vulneración de derechos y garantías es evidente, pues la Sala Penal Segunda de Tribunal Departamental de Justicia de Chuquisaca, al haber rechazado y declarado inadmisibles la apelación restringida vulneró el principio constitucional de impugnación que garantiza al apelante, situación que lo limita a ser oído y por ende a acceder a la justicia, cuya inobservancia formal vulnera el debido proceso, incurriendo en el defecto absoluto previsto por el artículo 169, numeral 3) del Código de Procedimiento Penal.

Por tanto: DEJA SIN EFECTO.

Relator: Magistrado Dr. Jorge I. von Borries Méndez.

A.S. N° 113, de 15 de mayo de 2012.

En el Caso de Autos, el recurso de casación fue propuesto en mérito a que la interposición del recurso de apelación por la parte accionante fue rechazada por el Tribunal de Alzada, debido a un cómputo erróneo del plazo establecido para tal efecto. En tal sentido, el imputado alegó la vulneración de sus derechos y garantías constitucionales, así como la vulneración del principio constitucional a la impugnación y, por tanto, el derecho a ser oído, el acceso a la justicia y el debido proceso.

El razonamiento del Tribunal Supremo de Justicia, al resolver dicho recurso, fundamentó su decisión en la aplicación directa de la Constitución en relación con su literalidad y el principio de impugnación, este último inferido de su conexidad con el derecho a ser oído y el debido proceso, en un razonamiento interpretativo de conformidad con la Constitución y unidad del ordenamiento.

El artículo 115, parágrafos I y II, de la Constitución boliviana dispone: “Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos [...]. El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones”. En relación con el artículo 117, parágrafo I, “[n]inguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso”.

Dicha aplicación directa e interpretación de las normas constitucionales por parte del magistrado relator, cuyo auto ha sentado “doctrina legal aplicable”, otorga cumplimiento vinculante para jueces inferiores, con pleno respeto al principio democrático; finalmente, encuentra correspondencia y coherencia con la ley adjetiva penal, que en su artículo 169, numeral 3, establece: “No serán susceptibles de convalidación los defectos concernientes que impliquen inobservancia o violación de derechos y garantías previstos en la Constitución Política del Estado, las Convenciones y Tratados Internacionales vigentes y en este Código”.

## Bibliografía

- ALARCÓN MONDONIO, Carlos, “Contradicciones y desequilibrios del proyecto constitucional”, *Comentarios a la propuesta constitucional aprobada por la Asamblea Constituyente boliviana*, Serie Documentos de Trabajo, La Paz, Instituto para la Democracia y la Asistencia Electoral, 2008.
- BERGER, Raoul, *Government by Judiciary*, Cambridge, Harvard University Press, 1977.
- BORK, Robert, *The Tempting of America*, Nueva York, Simon & Schuster, 1990.
- DWORKIN, Ronald, *Freedom’s Law: The Moral Reading of the Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 1996.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, 3ª. ed., Madrid, Civitas, S.A., 1995.
- GUASTINI, Riccardo, “Interpretación de la constitución”, en Paolo COMANDUCCI, Aulis AARNIO, José Juan MORESO, Juan RUIZ MANERO, Cristina REDONDO, Bruno CELANO, Tecla MAZZARESE y Pierluigi CHIASSONI, *Interpretación y razonamiento jurídico*, vol. II, Lima, ARA Editores, 2010.
- HART ELY, John, *Democracy and Distrust*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.
- JEFFERSON, Thomas, “Carta dirigida al juez Spence Roane, 6/9/1819”, *Political Writings*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- LINARES QUINTANA, Segundo, *Tratado de la ciencia del derecho constitucional: argentino y comparado*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1977.
- MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, “La interpretación de la constitución democrática”, en VV. AA., *Costituzione Economia Globalizzazione. Liber amicorum in onore di Carlo Amirante*, Università della Calabria, 2013.
- MICHELMAN, Frank, “The Supreme Court. Foreword: Traces of Self-Government”, *Harvard Law Review*, vol. 100, núm. 4, 1986.
- NEGRI, Toni, *El poder constituyente*, Sucre, Auditorio de la Biblioteca y archivos nacionales, 2007.
- ROMERO BONIFAZ, Carlos, “La nueva estructura del Estado Plurinacional y Comunitario”, *Comentarios a la propuesta constitucional aprobada por la Asamblea Constituyente boliviana*, Serie Documentos de Trabajo, La Paz, Instituto para la Democracia y la Asistencia Electoral, 2008.
- \_\_\_\_\_, “La problemática de tierras y pueblos indígenas en el proyecto de Constitución”, *Hacia una constitución democrática, viable y plural*, Bolivia, Fundación Boliviana para la Democracia Multipartidaria, 2009.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, “El poder constituyente como intérprete de la constitución”, *Pensamiento Constitucional*, año XVI, núm. 16, 2007, p. 23.
- SCALIA, Antonin, “A Matter of Interpretation”, *Federal Courts and the Law*, Princeton, Amy Gutmann, 1997.
- TUSHNET, Mark, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

**Carlos Ramón Salcedo Camacho\* (República Dominicana)**

## **Interpretación constitucional y arbitrariedad judicial en la República Dominicana**

### **RESUMEN**

La interpretación constitucional cobra hoy en día importancia para evitar, limitar y eliminar la arbitrariedad judicial, fenómeno que acontece en casi todos los países del mundo. En República Dominicana, dicha interpretación debe ser realizada conforme a la Constitución de la República (CR) y a los instrumentos internacionales acogidos por el Estado. Lo anterior se debe a que, como normas supremas con incidencia y efectos de aplicación directa en el plano interpretativo, la Constitución y las normas de igual jerarquía están por encima de las demás del ordenamiento jurídico.

**Palabras clave:** interpretación, arbitrariedad judicial, Constitución, República Dominicana.

### **ZUSAMMENFASSUNG**

Die verfassungskonforme Interpretation der Rechtsordnung spielt heutzutage eine große Rolle, wenn es darum geht, gerichtlicher Willkür vorzubeugen, sie zu begrenzen oder sie zu beenden. Es handelt sich dabei um ein Phänomen, das in fast allen Ländern der Welt, und damit auch in der Dominikanischen Republik anzutreffen ist, wo die Interpretation nach Maßgabe der Verfassung der Republik und der vom Staat anerkannten internationalen Rechtsinstrumente zu erfolgen hat, da die Verfassung und andere Bestimmungen mit gleichem Rang als oberste direkt geltende und anwendbare Normen den übrigen Bestimmungen der Rechtsordnung vorgeschaltet sind.

**Schlagwörter:** Interpretation; richterliche Willkür; Verfassung; Dominikanische Republik.

---

\* Abogado, especialista en derecho constitucional, derechos fundamentales y libertades públicas, argumentación jurídica, derecho societario y comercial, y derecho del trabajo y de la seguridad social. Dirige la firma de abogados y consultores Salcedo & Astacio. carlos3osalcedo@gmail.com.

## ABSTRACT

Constitutional interpretation is important at present to prevent, restrict and eliminate judicial arbitrariness, a phenomenon which happens in almost all countries in the world, including the Dominican Republic, where this interpretation must be carried out according to the Constitution of the Republic and the international instruments ratified by the State. As supreme norms with direct effects and immediately applicable for the purpose of interpretation, the Constitution and other norms of similar hierarchy are superior to the rest of the legal system.

**Keywords:** Interpretation, judicial arbitrariness, constitution, Dominican Republic.

## Introducción

Con el presente análisis pretendo profundizar en algunos de los tantos aspectos propios de la interpretación constitucional, cuando de su incorrección se derive la arbitrariedad de los órganos jurisdiccionales, con la finalidad de disminuir dicha arbitrariedad y que ello contribuya a salvaguardar los derechos fundamentales en juego. En estas líneas no es mi objetivo fundamental indicar situaciones concretas donde se haya manifestado la arbitrariedad judicial, aun cuando haga referencia a algún proceso específico, sino que busco, más bien, encontrar parámetros objetivos que deben tener en cuenta los jueces que ejerzan el control de la constitucionalidad, de modo que no se configure una arbitrariedad judicial en perjuicio de ciudadanos o de la misma sociedad.

Partiendo de lo dicho, el artículo 74, numeral 4) de la Constitución de la República establece parámetros de interpretación objetivos al reconocer que “los poderes públicos interpretan y aplican las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución”. Igualmente, el artículo 26, numerales 1) y 2) de la carta magna disponen que la República Dominicana “reconoce y aplica las normas del derecho internacional, general y americano, en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado” y que “las normas vigentes de convenios internacionales ratificados regirán en el ámbito interno, una vez publicados de manera oficial”.

Por su interés jurídico, abordaré el tema haciendo énfasis en el argumento de la *supremacía constitucional*, para demostrar la insolvencia interpretativa, la incoherencia y los vacíos argumentativos que sirvieron de base a erradas decisiones de la Suprema Corte de Justicia (SCJ) y los tribunales ordinarios, así como también del Tribunal Constitucional (TC), a la luz de la Constitución proclamada el 26 de enero de 2010 y de los instrumentos internacionales; estas decisiones se destacan por su arbitrariedad, al haber sido dictadas, precisamente, al margen de los parámetros de la interpretación constitucional ya fijados, que desarrollaremos en adelante.

## 1. La interpretación constitucional como herramienta fundamental de los jueces

En un Estado de derecho, las normas constitucionales o que hagan sus veces rigen todo el ordenamiento jurídico, político y social de la nación. Son la base fundamental que sostiene el sistema de normas y que trazan las directrices sobre todo el orden legal nacional, de modo que su supremacía no está cuestionada –además de que en el caso de República Dominicana está reconocida en el mismo texto constitucional– ni puede ser ignorada por los tribunales y los poderes del Estado en cada una de sus actuaciones.

Teniendo como paradigma esa supremacía constitucional, podemos afirmar que las normas constitucionales deben servir de guía, referencia y marco interpretativo obligatorio para todas las decisiones de los poderes públicos, especialmente de los órganos jurisdiccionales que se encuentran llamados a preservar los derechos consagrados en la Constitución, más aún aquellos que son reconocidos como fundamentales. Es por ello que la interpretación de las normas constitucionales resulta trascendente e impacta considerablemente la labor jurisdiccional, porque de esto dependerá en gran medida el resguardo, protección y restablecimiento de los derechos ciudadanos y el funcionamiento eficiente del sistema de frenos y contrapesos en el Estado social y democrático de derecho al que aspira el pueblo dominicano a través de su ley de leyes.

Es cierto que en nuestro país no suele utilizarse la interpretación constitucional como herramienta con la que cuentan los jueces en el momento de tomar sus decisiones, a pesar de que tenemos un sistema muy constitucionalizado, tanto por normas como por el uso de las acciones constitucionales, que necesariamente obliga a los jueces a dictar sentencias acordes con la Constitución y las leyes constitucionales. Por tanto, la interpretación constitucional es importante, sobre todo con las líneas rectoras que establece para la interpretación de los derechos y garantías fundamentales consagradas en ella. Todo esto permite derivar una serie de consecuencias –como la arbitrariedad judicial–, que se concretan cuando los jueces ignoran las reglas de la interpretación constitucional y elaboran argumentos jurídicos distantes de la realidad que deben proteger.

Para el profesor Eduardo Jorge Prats,<sup>1</sup> “interpretar una norma constitucional consiste en atribuir un significado a uno o varios símbolos lingüísticos escritos en la constitución con el fin de obtener una decisión sobre problemas prácticos que esté fundada normativo-constitucionalmente”. La interpretación de la constitución y de las normas de igual jerarquía adquiere singular importancia debido a que a través de ella se busca dar un sentido a las normas fundamentales que organizan la convivencia política, social y económica de un país. Así mismo, por ser normas

---

<sup>1</sup> Eduardo Jorge Prats, *Derecho constitucional*, vol. I, Santo Domingo, Amigo del Hogar, 2010, p. 385.

supremas del ordenamiento jurídico, de su interpretación o de la adjudicación de un sentido determinado depende la vigencia de las demás normas, las cuales pueden ser inaplicadas, a través del control difuso de constitucionalidad o expulsadas del ordenamiento por su inconstitucionalidad, mediante el control concentrado de constitucionalidad.

Es un apotegma que los tribunales constitucionales tienen un arsenal de pautas interpretativas, debido a que todos son o deben ser, al menos, constitucionales, pues tienen la obligación de preservar el orden constitucional y son, o deben ser, guardianes de la integridad de la constitución y las normas de similar naturaleza o jerarquía. De donde se puede afirmar que cuando se trata de una norma constitucional concreta, el tribunal está habilitado para arribar a productos y resultados interpretativos distintos, dependiendo de la herramienta hermenéutica empleada.

Ciertamente, la constitución admite diferentes formas de interpretación. Ello importa un significativo rechazo, para muchas situaciones, de la interpretación única, la mejor interpretación posible o la única correcta de la constitución, lo que le da al tribunal un gran margen de maniobra para elegir una entre varios caminos exegéticos, incluso cambiantes en el tiempo, conforme a la doctrina de la interpretación dinámica de la que hace uso en algunos casos.

Es decir que la interpretación constitucional es una herramienta con la que cuentan los jueces que se avocan a dilucidar conflictos con base en la aplicación de normas constitucionales. Esta interpretación, aunque puede estar sujeta a diversos métodos, debe siempre ceñirse a las reglas contenidas en la misma constitución o en aquellas normas con jerarquía constitucional, y a los contenidos esenciales de los derechos que se garantizan en dichos instrumentos. Sin olvidar que estas normas que rigen la interpretación constitucional judicial se encuentran también sujetas a interpretación, lo que no permite la existencia de la interpretación “correcta”, la “posible” o de la “única interpretación correcta” y solo garantiza la interpretación más adecuada y efectiva para la situación analizada en concreto.

En efecto, existen diversos métodos de interpretación constitucional tales como el jurídico o hermenéutico-clásico, el teleológico, el tópico, el de la concreción, el científico-espiritual, el normativo-estructurante y el comparativo,<sup>2</sup> los cuales permiten a los jueces arribar a conclusiones paralógicas y seguir unos lineamientos científicos que robustecen las decisiones implementadas. Muchos de estos métodos no están taxativamente reglados o la constitución no los excluye a todos explícitamente, así que pueden ser empleados de manera indistinta, pero siempre motivada y justificadamente por todos los jueces del sistema judicial y del orden constitucional; y es que el hecho de que los tribunales no hagan uso de ellos o no identifiquen los criterios de interpretación, puede ser ya un paso hacia la arbitrariedad.

Ahora bien, la utilización de la interpretación constitucional no necesariamente reviste de justeza a las decisiones ni evita que estas puedan arribar a consecuencias

---

<sup>2</sup> *Ibid.*, pp. 389-394.

ilógicas o no tan lógicas, ya que dicho ejercicio interpretativo no es una garantía de una única correcta interpretación. Como bien afirma el profesor Riccardo Guastini,<sup>3</sup> “todos los principios metodológicos de la interpretación son directivas ‘derrotables’, por lo que no podemos hablar de un método único e infalible, pudiendo encontrar para cada tipo de principio metodológico uno opuesto que conduciría a una conclusión interpretativa distinta, coexistiendo dos argumentaciones razonables que pueden partir de distintos criterios interpretativos que no están reglados o no los excluye la constitución”.

Pese a esta opinión de Guastini, lo cierto es que existen parámetros claros establecidos en la misma constitución, que deben ser tomados en cuenta para las decisiones que emitan los tribunales, sin importar el método de interpretación que utilicen. Entre dichas guías interpretativas podemos destacar la contenida en el numeral 4) del artículo 74 de la Constitución dominicana como la norma de interpretación más clara, que prescribe los principios de reglamentación e interpretación de los derechos y garantías fundamentales: “4) *Los poderes públicos interpretan y aplican las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución*” (énfasis agregado).

La disposición anterior impone limitaciones a la interpretación, las cuales deben ser atendidas por los jueces en el momento de fallar los casos que se les presenten. Ahora bien, la regla de interpretación contenida en el citado artículo 74.4 no es absoluta, ya que es posible interpretar el ordenamiento jurídico por criterios no reglados, igualmente contenidos en el sistema constitucional. Esto permite a los jueces tener mayores posibilidades para proteger los derechos de los ciudadanos, pues su actuación no se circunscribe a un método único que limita la interpretación. Por el contrario, cuentan con diversas herramientas que facilitan alcanzar la adecuada y conveniente protección de los derechos.

A lo anterior se añade lo contenido en el artículo 68 de la norma suprema de la República Dominicana, que establece que los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos y que estos deben garantizar su efectividad en los términos que se establecen en todo el texto constitucional. Adicionalmente, se destaca el artículo 74.3 de la Constitución que dispone que los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos estatales. En consecuencia, los jueces deben velar por que con sus decisiones se les dé cumplimiento a las normas de rango constitucional tendientes a proteger los derechos fundamentales de todas las personas bajo la jurisdicción del Estado.

---

<sup>3</sup> Riccardo Guastini, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, México, D. F., Trotta - Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2008, p. 51.



En los casos en que se encuentren decisiones emitidas por los tribunales nacionales que no garanticen la protección de los derechos fundamentales, en flagrante vulneración de lo contenido en los artículos 74, numerales 3) y 4), y 68 de la Constitución, estaremos frente a una arbitrariedad judicial comprobable mediante el contraste de dichas normas con las consecuencias derivadas de las decisiones en cuestión. Es decir, aquella interpretación judicial no realizada en el sentido más favorable a la persona titular de los derechos en conflicto, y que en caso de conflicto entre derechos fundamentales no armonice los bienes e intereses protegidos por la Constitución y los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, se erige como una decisión arbitraria.

Entendido lo anterior, en la sección sucesiva analizaré algunas decisiones donde se comprueba la arbitrariedad judicial, partiendo de los parámetros anteriormente descritos y la inobservancia por parte de los juzgadores de otras normas de carácter constitucional contenidas en instrumentos internacionales debidamente ratificados por el Estado dominicano.

## **2. La arbitrariedad judicial al margen de la interpretación constitucional**

No podemos olvidar que los jueces son seres humanos, con virtudes y defectos, características inherentes a su personalidad, con una formación jurídica y que siguen determinadas corrientes dentro de la doctrina jurídica, factores que inciden indiscutiblemente en cada una de sus decisiones. No se trata de entes ajenos a la realidad social, política, cultural y económica, sino todo lo contrario, son ciudadanos que conviven en la misma sociedad que quienes actúan ante la justicia, que sufren con las decisiones que se toman desde los demás órdenes y poderes del Estado, y que se benefician de las mismas medidas que favorecen a la sociedad en general.

Evidentemente, los jueces –todos con obligaciones de preservación de la integridad de la Constitución– se encuentran sometidos a presiones mucho mayores que los demás ciudadanos, por las mismas funciones que desempeñan y, por tal razón, se espera un determinado comportamiento de ellos. No se espera que respondan a intereses privados ni partidarios, no se les juzga como a otros actores dentro de la sociedad con sutileza y paños tibios, se les juzga –o se les debe juzgar– severamente porque el rol que cumplen en una democracia como la nuestra implica esas exigencias.

Por eso, hoy en día vemos cómo las decisiones jurisdiccionales son cada vez más comentadas, más esperadas, más analizadas y criticadas por la sociedad. Efectivamente, el rol que desempeñan los jueces en la sociedad implica que sus decisiones sean objeto de análisis por los ciudadanos que son los receptores de las consecuencias que de ellas se derivan. Esto hace que cada día sea más importante la interpretación –en este caso constitucional– contenida en las decisiones jurisdiccionales,

ya que esto es lo que permite a la sociedad juzgar la “razonabilidad” y “justeza” de las medidas adoptadas.

De ahí que la interpretación constitucional pueda servir como un margen frente a la arbitrariedad judicial, ya que los jueces para adoptar sus decisiones deben seguir parámetros que demuestren que las sentencias que emiten se encuentran sujetas a la Constitución y al derecho. Así, existe una discrecionalidad inherente a la interpretación, pero por más discrecional que pueda ser una medida, hay puntos claros que delimitan la función del juez y que tienen su base en la seguridad jurídica, de modo que la transgresión de esos puntos deviene en arbitrariedad judicial.

En adelante, analizaré algunas decisiones relacionadas con el control de constitucionalidad, convencionalidad y revisión constitucional de sentencias de amparo, de modo que se puedan comprender claramente los parámetros a los que hago alusión al hablar de la interpretación constitucional como margen frente a la arbitrariedad, determinando así cuándo los tribunales incurren en la mencionada injusticia. Para esto, examinaré dos decisiones tomadas por los tribunales de control constitucional vigentes: la primera, por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, y la segunda, por el Tribunal Constitucional.

### **3. Sentencia 86, de 12 de agosto de 2009, dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia**

En ocasión del juicio disciplinario que se le seguía en única y última instancia a un abogado, ante la Suprema Corte de Justicia, este elevó un recurso de inconstitucionalidad, de inconventionalidad o de inaplicabilidad, por vía excepcional, del artículo 8 de la Ley 111 del 9 de noviembre de 1942, sobre exequátur de profesionales, debido a la ausencia en dicha norma del recurso de apelación o del derecho a revisión de las decisiones que perjudican a los imputados de conducta notoria en el ejercicio de la profesión del derecho.

El 12 de agosto de 2009, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia dictó la decisión 86, mediante la cual rechazó dicho recurso de inconstitucionalidad, de inconventionalidad o de inaplicabilidad, al entender que el doble grado de jurisdicción no tiene rango constitucional y, por ende, puede ser suprimido por el legislador en cualquier ámbito, como al efecto se hizo en el procedimiento disciplinario establecido para los abogados.

La SCJ desconoció el rango constitucional del doble grado de jurisdicción, no sólo para el ámbito disciplinario, sino para todos los procesos sancionadores del ordenamiento jurídico, circunscribiendo su aplicación a la materia penal, al afirmar:<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Suprema Corte de Justicia Pleno, Sentencia 86, del 12 de agosto de 2009, pp. 7 a 9. Disponible en: [http://www.poderjudicial.gob.do/consultas/consultas\\_sentencias/consultas\\_sentencias.aspx](http://www.poderjudicial.gob.do/consultas/consultas_sentencias/consultas_sentencias.aspx).

Considerando, que no existe ningún texto constitucional que prescriba como regla general de los dos grados de jurisdicción en ninguna materia [...];

Considerando, que en consecuencia del doble grado de jurisdicción no reúne las características necesarias para alcanzar la categoría del orden constitucional, de lo que resulta que la ley adjetiva puede omitirlo en ciertos casos, a discreción del legislador ordinario;

Considerando, que por otra parte, la Convención Americana de Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y demás instrumentos internacionales, se consagra el derecho de recurrir un fallo a un juez o tribunal superior, lo establece “para toda persona declarada culpable de un delito”, por lo que ese derecho se circunscribe a la materia penal;

Considerando, que en vista de que tal como ha sido expresado, la Constitución Política de la República Dominicana consagra de manera expresa el establecimiento de la instancia única para conocer determinados asuntos, así como la remisión a la ley de la reglamentación de los procesos judiciales, lo que implica un reconocimiento a la posibilidad de la supresión de los recursos, razón por la cual no puede ser de aplicación general ninguna norma adjetiva que contraríe lo establecido en nuestra Carta Magna.

En adición a dichos argumentos, la SCJ declaró la supremacía de la Constitución frente a los instrumentos internacionales, cuando la misma Constitución le atribuye el mismo rango, al establecer lo siguiente:

Considerando que el margen de esa última consideración, conviene precisar que si bien forman parte del derecho interno el conjunto de garantías reconocidas por la Constitución y la Jurisprudencia Constitucional, así como las normas supranacionales integradas por los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por el país, las opiniones consultivas y las decisiones emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que se ha dado a denominar bloque de constitucionalidad, que reconoce igual rango a las normas que componen, tal como lo prescribe la Resolución 1920-03, dictada por la Suprema Corte de Justicia, el 13 de noviembre del 2003, no menos cierto es que *frente a una confrontación o enfrentamiento de un tratado o convención con la Constitución de la República, ésta debe prevalecer, de lo que se deriva que para que una ley interna pueda ser declarada inconstitucional, no es suficiente que ella contraiga o vulnere una convención o tratado del que haya sido parte del Estado Dominicano, sino que es necesario que esa vulneración alcance a la Constitución misma, en virtud de que en nuestro país rige el principio de la supremacía de la Constitución*, por lo que ningún tratado internacional o legislación interna es válida cuando colisione con principios expresamente consagrados por nuestra Carta Magna.<sup>5</sup> (Énfasis agregado)

---

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 8.

De acuerdo con las motivaciones y los argumentos descritos anteriormente –y los que se encuentran *in extenso* en la decisión de que se trata–, la SCJ rechazó las conclusiones del abogado respecto de la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 8 de la Ley 111 del 3 de noviembre del 1942, modificada por la Ley 3985 del 11 de noviembre del 1954,<sup>6</sup> y los demás pedimentos derivados de esa declaratoria, por considerarlos carentes de fundamento.

Para entender más a fondo la arbitrariedad de la decisión adoptada, debemos precisar que esta se dio en el marco de nuestra anterior Constitución, la cual no contenía textualmente el amplio inventario de derechos fundamentales con el que contamos a partir de la Constitución proclamada en 2010. Ciertamente, a partir de la proclamación de la actual Constitución, República Dominicana tiene un catálogo más claro de normas que profundizan, extienden y consolidan los derechos fundamentales de sus ciudadanos. Se observa una ampliación de la lista de los derechos que le asisten al individuo, que implícitamente ya formaban parte del bloque de constitucionalidad por efecto de los artículos 3 y 10 de la anterior norma fundamental, pues ella constituye un sistema abierto.

Sin embargo, lo que resulta más relevante es que se ha reforzado la eficacia práctica de los derechos contenidos en la norma suprema. Ahora se cuenta con criterios hermenéuticos que garantizan su aplicación progresiva y expansiva, como por ejemplo el citado artículo 74, inciso 4), que consagra como enunciado interpretativo que los derechos fundamentales sean interpretados de la forma más favorable respecto de su titular, y en caso de conflicto se procurarán armonizar los bienes jurídicos protegidos en la Constitución.

Retornando al análisis de caso en concreto, con esta interpretación arbitraria de la norma constitucional, la Suprema Corte de Justicia falla en su deber de una aplicación armónica no sólo de la Constitución de la República y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que obvia y no tiene en consideración alguna la interpretación que internacionalmente impera y es vinculante, de conformidad con la Convención de Viena, sobre el derecho de los tratados de 1969 –ratificada por República Dominicana–, la cual de manera explícita establece en su artículo 27, sobre el derecho interno y la observancia de los tratados, que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Y es que, como bien dijimos anteriormente, la interpretación constitucional judicial se encuentra también sujeta a una interpretación de conformidad con los parámetros establecidos a estos fines, donde no se puede desconocer aquellas normativas taxativamente fijadas, a las cuales los jueces deben estricta sujeción.

La reglamentación de la interpretación de los tratados internacionales ha adquirido tal magnitud que, según el derecho internacional, las obligaciones que este impone

---

<sup>6</sup> Congreso Nacional, *Ley sobre Exequátur* 111 de 1942, modificada por la Ley 3985 del 11 de noviembre de 1954.

deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno.<sup>7</sup> Por ello, estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho, que no pueden ser ignoradas por los jueces en el momento de realizar una interpretación constitucional de la norma,<sup>8</sup> mucho menos al realizar una interpretación constitucional sobre la supremacía de una norma interna frente a una internacional.

Se debe resaltar que la Constitución de 2010 elimina de manera expresa la no muy válida distinción hecha por la SCJ entre los pactos internacionales sobre derechos humanos y las normas constitucionales, sobre todo porque en República Dominicana rige el llamado sistema monista moderado o estructurado para la recepción de los instrumentos internacionales de derechos humanos, según el cual estos cuentan con la misma jerarquía que la Constitución, una vez hayan sido adoptados por los órganos estatales nacionales. Esto implica que hay una unificación de los dos sistemas, considerándose que las relaciones entre el derecho interno y el internacional son de coordinación y no de subordinación del uno al otro. Es decir, ya no existe la discusión sobre cuál de los dos instrumentos debe prevalecer en caso de contradicción.<sup>9</sup>

No obstante lo dicho, la concepción de bloque de constitucionalidad no resistía la idea de que los conflictos entre sus componentes debían resolverse mediante el argumento jerárquico, pues este concepto entraña una concepción holística, homogénea y ponderación sistémica respecto de las fuentes internas y externas sobre derechos humanos. Así lo reconocía incluso la propia SCJ, en la Resolución 1920-2003, del 13 de noviembre de 2003, al referirse a los derechos de igual jerarquía al artículo 8 –catálogo de derechos fundamentales– del texto constitucional vigente en el momento de conocer el caso en cuestión, los cuales consideraba también constitucionales y, por tanto, era deber de los tribunales de nuestro país cumplir con aquellos contenidos en los tratados.

Esto manifiesta, entonces, la clara arbitrariedad judicial que se cometió con la Sentencia 86, del 12 de agosto de 2009, que rechaza los pedimentos del abogado sometido al proceso disciplinario, en clara contravención de las normas constitucionales y los tratados internacionales en materia de derechos humanos debidamente ratificados por el país.

<sup>7</sup> Corte IDH, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la convención*; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 1 y 2; Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A, núm. 14, párr. 35. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/jurisprudencia>.

<sup>8</sup> Corte Internacional de Justicia, *Comunidades greco-búlgaras*, Serie B, núm. 17, 1930, p. 32; *Nacionales polacos de Danzig*, Series A/B, núm. 44, 1931, p. 24; *Las zonas libres*, Series A/B, núm. 46, 1932, p. 167; Naciones Unidas, *Aplicabilidad de la obligación a arbitrar. Misión del PLO*, 1988, pp. 12 a 31-2, párr. 47. Disponible en: [http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum\\_1948-1991.pdf](http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1948-1991.pdf).

<sup>9</sup> Congreso Nacional Dominicano, *Constitución del 2010*, Santo Domingo, 2010, artículo 74.3.

Posteriormente, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia TC/0265/13, rescató la importancia del artículo 74.4 de la Constitución al establecer su aplicación en una acción directa de inconstitucionalidad interpuesta precisamente contra el artículo 8 de la Ley 111, de 1942, modificada por la Ley 3985, de 1954, el cual fue atacado por la vía difusa en el caso precitado del abogado. Aunque la sentencia del Tribunal Constitucional adolece de falta de motivación y carece de toda argumentación jurídica, el resultado de la decisión es destacable, porque llegó a la conclusión que se pretendía con la solicitud de inconstitucionalidad por vía difusa que se planteó en el caso del abogado, y es que se declarara la inconstitucionalidad del artículo 8 y se aplicara el procedimiento establecido en la Ley 91-83,<sup>10</sup> que resulta más favorable a los profesionales del derecho, toda vez que instituye una jurisdicción superior –la Suprema Corte de Justicia–, con ocasión del recurso de apelación, para que examine la decisión dictada en materia disciplinaria por el Colegio de Abogados de la República Dominicana, consagrándose de tal forma el doble grado de jurisdicción en materia disciplinaria.

En síntesis, la interpretación dada por la Suprema Corte de Justicia en la Sentencia 86, del 12 de agosto de 2009, yerra y se erige como arbitraria por contener una sucesión de interpretaciones constitucionales que son contrarias a los principios que atan a los jueces en tal materia. En primer lugar, falla en hacer una interpretación *pro homine* (pro persona) de los derechos fundamentales en conflicto, al desconocer el doble grado de jurisdicción a una persona envuelta en un proceso disciplinario; y en segundo lugar, pero más grave aún, desconoce la vinculación directa que tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos y se escuda en una norma interna para negar su cumplimiento, en franca contravención de los límites mismos establecidos por la costumbre internacional.

Ambas faltas son ejemplos claros de cómo la arbitrariedad colide con la seguridad jurídica de las personas sometidas a la jurisdicción de un Estado, pues ella está orientada al mantenimiento o la conservación de la certeza de expectativas sobre ciertos acontecimientos, que en este caso vienen previamente fijados por la normativa suscrita por el Estado, cuyo desconocimiento e interpretación arbitraria obvia la función esencial del Estado de protección de los derechos fundamentales.

#### **4. Sentencia TC/0168/13, del 23 de septiembre de 2013, dictada por el Tribunal Constitucional**

En ocasión de un recurso de revisión constitucional incoado por la señora Juliana Dequis (o Deguis) Pierre, contra la Sentencia 473/2012, dictada en materia de

---

<sup>10</sup> Congreso Nacional Dominicano, Ley 91, del 3 de febrero de 1983, artículo 3 que instituye el Colegio de Abogados de la República Dominicana, indica que “las decisiones intervenidas en materia disciplinaria podrán ser apeladas por ante la Suprema Corte de Justicia”.

amparo por la Cámara Civil, Comercial y de Trabajo del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de Monte Plata, fechada 10 de julio de 2012, el Tribunal Constitucional dictó la Sentencia 168/13 del 23 de septiembre de 2013. Mediante este último fallo se rechazó el recurso por entender que la recurrente, si bien nació en el territorio nacional, es hija de ciudadanos extranjeros en tránsito, lo cual la priva del derecho al otorgamiento de la nacionalidad dominicana, y se ordenó a la Junta Central Electoral (JCE) restituir el original del certificado de nacimiento de la recurrente para que fuera sometido a un procedimiento de validez o nulidad, así como una serie de medidas tendientes a regularizar la situación de supuesta ilegalidad de extranjeros residentes en República Dominicana –desde 1929 inclusive–.

El referido recurso de revisión interpuesto por Juliana Dequis (o Deguis) Pierre se fundamentó en la violación de sus derechos fundamentales, porque la Sentencia 473/2012 recurrida la dejó “en un estado de indefinición”, al no haber decidido sobre el fondo del asunto, ya que se desestimó su pretensión, alegando que solo había depositado fotocopia de su acta de nacimiento en respaldo de su pedimento.<sup>11</sup>

Ante ese escenario, la recurrente planteaba al tribunal constitucional que con la sentencia recurrida se vulneraba el principio de efectividad contenido en el artículo 7.4 de la Ley 137-11, orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales, así como derechos fundamentales consagrados en la Constitución, los tratados internacionales, el Código Civil, la Ley 659, sobre Actos del Estado Civil y la Ley 6125, de Cédula de Identificación Personal, modificada por la Ley 8-92, sobre Cédula de Identidad y Electoral, los cuales eran inherentes a su persona y debieron haber sido reconocidos por el tribunal que conoció el amparo.<sup>12</sup>

En efecto, la señora Juliana Dequis (o Deguis) Pierre argumentaba: a) que en virtud del principio de efectividad contenido en el artículo 7.4 de la Ley 137-11, la juez no ha rendido una decisión efectiva; b) que al no valorar las pruebas depositadas por la accionante se cometió una injusticia porque las copias depositadas como prueba constituían una referencia debido a que la Junta Central Electoral (JCE) se negaba a proporcionarle su acta de nacimiento y precisamente ese era el pedimento principal de la acción de amparo, que el juez le ordenara a la JCE la entrega del documento; y c) que al no cumplirse con la entrega solicitada, se vulneraban derechos inherentes a su persona, estando llamado el tribunal a tomar todas las medidas a su alcance, aun de oficio, para comprobar la existencia de la violación.

Por las razones indicadas, la recurrente solicitaba que se revocara la Sentencia 473/2012, dictada por la Cámara Civil, Comercial y de Trabajo del Juzgado de Primera Instancia del Distrito Judicial de Monte Plata, de 10 de julio de 2012, y, en consecuencia, que se ordenara a la JCE la entrega de su acta de nacimiento para poder

---

<sup>11</sup> Tribunal Constitucional República Dominicana, Sentencia 168/13, de 23 de septiembre de 2013, p. 4. Disponible en: <http://tribunalconstitucional.gob.do/sites/default/files/documentos/Sentencia%20TC%200168-13%20-%20C.pdf>.

<sup>12</sup> *Ibid.*, pp. 5 y 6.

gestionar su cédula de identidad y electoral, en razón de los derechos inherentes a su persona. En una decisión arbitraria, *extra petita* y sin precedentes, el Tribunal Constitucional rechazó el recurso de revisión, por entender que la recurrente no tenía derecho a la nacionalidad dominicana por ser hija de ciudadanos extranjeros en tránsito y dispuso una serie de medidas tendientes a regularizar el estatus migratorio de la recurrente y de miles de nacionales dominicanos de ascendencia preponderantemente haitiana que se encuentran en la misma situación.

Lejos de ejercer adecuadamente su función de garante de los derechos humanos de la ciudadana que sometió el referido recurso, el Tribunal Constitucional fundamentó su decisión –entre otros aspectos– en los puntos destacados a continuación:

- Que las personas nacidas en la República Dominicana, cuyos padres tengan ese estatus –de ilegalidad– *sólo adquirirán la nacionalidad dominicana cuando no tengan derecho a otra nacionalidad*.<sup>13</sup>
- Que la recurrente *“no adquiere la nacionalidad dominicana por ser hija de extranjeros en tránsito a menos que devenga apátrida”*.<sup>14</sup>
- Que, además, esto *“no implica, en modo alguno, transmitir o transferir una situación migratoria de los padres a sus hijos, ya que estos últimos no son considerados en situación de ilegalidad, sino sólo carentes del derecho a la nacionalidad dominicana”*.<sup>15</sup>
- Que aunque ya la Corte IDH ha condenado y recalcado al Estado dominicano los límites sobre la interpretación de la noción *extranjeros en tránsito*, *“este tribunal constitucional considera importante destacar que cada Estado tiene la potestad para determinar cuáles personas reúnen las condiciones para adquirir la nacionalidad”*,<sup>16</sup> apelando al margen de apreciación de los Estados. (Énfasis agregado)

Los vicios de argumentación y fundamentación del Tribunal Constitucional en este caso no pueden ser mayores. En efecto, en primer lugar, haciendo alusión al supuesto margen de apreciación para la interpretación de las reglamentaciones que atañen al derecho interno de los Estados, como lo es indudablemente la materia migratoria, la afirmación realizada por el TC excede las teorías relacionadas con el límite de apreciación de los Estados, pues si bien la determinación de quiénes son nacionales sigue siendo competencia interna de los Estados, su discrecionalidad en esa materia se restringe, con vistas a una mayor protección de la persona frente a la arbitrariedad de los Estados.<sup>17</sup> En la actual etapa de desarrollo del derecho interna-

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 75.

<sup>14</sup> *Ibid.*, párr. 3.1.1, p. 43.

<sup>15</sup> *Ibid.*, párr. 2.13, p. 75.

<sup>16</sup> *Ibid.*, párr. 2.4.

<sup>17</sup> Corte IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, párr. 140. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es>.



cional de los derechos humanos, *dicha facultad de los Estados está limitada*, por un lado, *por su deber de brindar a los individuos una protección igualitaria y efectiva de la ley y sin discriminación* y, por otro lado, *por su deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia*.<sup>18</sup>

Es evidente que, al no ser absoluto el margen de apreciación de los Estados en determinar su legislación en materia de nacionalidad, la interpretación del Tribunal Constitucional en el caso en cuestión desborda los límites permitidos, pues colide con el respeto de los derechos fundamentales, al justificar, de manera forzosa, el reconocimiento de un derecho humano en una condición de origen, contrario al principio internacional de igualdad y de no discriminación. Esto, además de no cumplir con los requisitos de racionalidad en una sociedad democrática,<sup>19</sup> presenta un límite a su margen de apreciación.

Por tanto, el Tribunal Constitucional no puede alegar el margen de apreciación como elemento legitimador para implementar políticas discriminatorias en materia de nacionalidad y migración. Y si lo hace, como ocurrió en el caso de la especie, incurre en una interpretación arbitraria, de la norma constitucional, pues ignora los límites impuestos a dicha interpretación en desmedro de los derechos fundamentales de las personas involucradas en el conflicto y desconoce la función esencial del Estado de protección efectiva de los derechos de la persona y el respeto de su dignidad, entre otros (CR, art. 8).

En adición a los argumentos transcritos anteriormente, cabe destacar la decisión de despojar de la nacionalidad dominicana y considerar extranjeras a todas las personas nacidas de padres en situación migratoria irregular desde el año 1929, la cual no fue fundamentada en el cuerpo de la decisión más que alegando que fue la primera Constitución en hacer alusión al término de extranjeros en tránsito para diferenciar la adquisición de la nacionalidad por *ius soli* y, por ende, la medida de regularización de los registros debe ser desde ese entonces. Con ello, el TC vulnera el principio constitucional de irretroactividad de la ley, obviando incluso lo dispuesto en el artículo 18.2 de la Constitución dominicana que dispone que “son dominicanos [...] quienes gocen de la nacionalidad dominicana antes de la entrada en vigencia de esta Constitución”.

Como se puede apreciar, el TC centró el análisis del caso presentado en el estatus migratorio de los padres de la recurrente, ignorando la existencia de una declaración de nacimiento realizada ante una Oficialía Civil en territorio dominicano, lo que implicaba el reconocimiento de la nacionalidad dominicana. Esta decisión vulnera no sólo el derecho a la nacionalidad, sino que contraviene la seguridad jurídica y su

---

<sup>18</sup> Agencia de la ONU para los Refugiados, Convención para Reducir los Casos de Apátrida, artículo 1.1. Disponible en: [http://acnur.es/PDF/Prevencion\\_y\\_Reducion\\_de\\_la\\_Apatridia.pdf](http://acnur.es/PDF/Prevencion_y_Reducion_de_la_Apatridia.pdf).

<sup>19</sup> Comité Africano de los Derechos y Bienestar del Niño, 002/09, *IHRDA and Open Society Justice Initiative (OSJI) (on behalf of children of Nubian descent in Kenya) v Kenya*. Disponible en: <http://co-guide.org/es/mechanism/comite-africano-de-expertos-sobre-los-derechos-y-el-bienestar-del-niño-procedimiento-de-o>.

correlato de la confianza legítima de los administrados en la administración y los principios de interpretación constitucional que la misma Constitución contiene y a los cuales está obligado el Tribunal Constitucional.

Las normas constitucionales y, *a fortiori*, las relativas a los derechos fundamentales son, por su propia naturaleza y por aplicación de las normas de derecho procesal constitucional, de aplicación inmediata y directa. En efecto, el artículo 74, en su numeral 3), de la Constitución, dispone lo siguiente: “*Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado*” (énfasis agregado).

Ya antes, la Constitución, como se ha indicado precedentemente, establecía en su artículo 3 la jerarquía constitucional de los tratados, pactos y convenciones del sistema jurídico general y del sistema americano, al disponer: “*La República Dominicana reconoce y aplica las normas del Derecho Internacional general y americano en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado*”.

En todo caso, ya la discusión sobre la aplicación efectiva y directa de los tratados ha sido superada, al haberse constitucionalizado el criterio antes expresado, en virtud de lo que dispone el artículo 74.3 de la Constitución. Esta realidad tiene efectos importantes, tanto dentro del ordenamiento normativo infraconstitucional, como en lo que respecta a la función judicial, al identificarse qué criterios de interpretación deben aplicarse en materia de derechos fundamentales. Por tanto, correspondía al Tribunal Constitucional aplicar las normas constitucionales y de protección de los derechos fundamentales que más favorecieran a la recurrente, contrario a como hizo en la decisión mencionada anteriormente.

Cuando los jueces cuentan con las herramientas normativas para dictar las decisiones más favorables para los ciudadanos, y aun así hacen una interpretación extensiva y desproporcional que deviene en desfavorable para los involucrados (y en el caso de la sentencia del Tribunal Constitucional, extensivo a individuos que no habían participado siquiera del proceso y que por la naturaleza del mismo no le debía ser oponible), esto es lo que se constituye en una verdadera arbitrariedad judicial.

Las pretensiones de la recurrente en el caso anteriormente descrito, fundamentadas en la vulneración de derechos fundamentales, tales como el derecho a la nacionalidad y a acceder al documento oficial que así lo acredita, al igual que a la tutela judicial efectiva de sus derechos, fueron dejados de lado por el tribunal, dando razones erradas en sus fundamentos y limitándose a describir una situación de hecho que poco tenía que ver con la existencia de un documento oficial que reconocía la nacionalidad de la recurrente, a pesar de que fue apoderado de la acción bajo los parámetros y presupuestos de valoración contenidos en la Constitución y en las disposiciones paritarias de los instrumentos internacionales de igual jerarquía normativa que las disposiciones de aquella.

A pesar de ello, el Tribunal Constitucional prefirió aplicar arbitrariamente un principio –el de primacía de la Constitución–, sin ponderar los efectos del *estatus*

otorgado a esta garantía. Es decir, obviando las disposiciones de la anterior Constitución –que no hacía tal distinción entre extranjeros en tránsito y transeúntes– y de la actual, relativas a la aplicación directa y efectiva de los pactos, convenios y tratados internacionales de derechos humanos.

Al referirse a la supremacía de la Constitución para justificar los atropellos cometidos, ignorando los tratados internacionales que protegen la nacionalidad y la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional dejó de lado las consideraciones necesarias respecto de las normas internacionales en materia de derechos humanos, intrínsecamente relacionadas con los derechos vulnerados, y que estaba llamado a garantizar.

Tanto bajo la vigencia de la anterior Constitución como de la actual, las disposiciones sobre el derecho a la nacionalidad deben aplicarse de manera inmediata en el ordenamiento jurídico, lo que deja sin justificación racional la decisión analizada, que privó de la nacionalidad dominicana a una persona que por efecto del registro en la Oficialía Civil gozaba de la misma, y por la adulteración de los valores constitucionales y los derechos fundamentales reconocidos en la norma sustantiva, sitúa a los intérpretes constitucionales actuantes ligados a una partitura totalmente diferente a la que le correspondía ejecutar, como lo señala Fischer en un parangón entre música y derecho.<sup>20</sup>

Derivar consecuencias jurídicas, como las contenidas en la decisión analizada en esta sección, dejando de lado las normas constitucionales que militan a favor de una interpretación favorable para los individuos, denota una clara arbitrariedad judicial en detrimento de los ciudadanos y del mismo Estado de derecho. Esto se desprende de la esencia misma del Estado, cuya función es la protección efectiva de los derechos fundamentales (CR, art. 8) y del principio de favorabilidad consagrado en el antes citado artículo 74, en su numeral 4.

De ahí que, contrario al intuitivo y desfasado criterio aplicado, los derechos fundamentales deben ser inmediatamente eficaces para quien se encuentra en un proceso judicial, aun cuando no hubieran estado establecidos con anterioridad al mismo. Así, pues, el principio de irretroactividad de la ley cede a favor del *sub júdice*, tal y como se enuncia en el artículo 110 de la CR: “[La ley] no tiene efecto retroactivo sino cuando sea favorable al que esté *sub júdice* o cumpliendo condena”. Más aún, el artículo 7 de la CR establece que nuestro Estado es social y democrático de derecho. Eso significa que no basta que la autoridad esté sujeta a leyes, sino que esas leyes, para que sean legítimas, tienen que tener un contenido mínimo que garantice el principio democrático, que no sólo abarca los mecanismos de participación plural sino que se sustancia y potencia respecto de las libertades individuales y las reglas del debido proceso.

---

<sup>20</sup> Enrique Jordá, *El director de orquesta ante la partitura - Bosquejo de interpretación de la música orquestal*, Colección Austral, Madrid, Espasa-Calpe, S.A., 1969; Laureano Gómez Serrano, *Hermenéutica jurídica. La interpretación a la luz de la Constitución*, vol. I, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, Ltda., 2008, p. 198.

En consecuencia, los jueces no pueden suprimir discrecionalmente derechos fundamentales, como ha sucedido con las decisiones analizadas, ya que sólo puede hacerlo con base en los parámetros indicados en los numerales 3) y 4) del artículo 74 de la CR. Esto tiene un impacto relevante en la hermenéutica judicial, pues las garantías tienen claves especiales con las que deben ser interpretadas y cuya supresión conduce a una arbitrariedad judicial.

## 5. Conclusiones

Con la lectura de los argumentos contenidos en las decisiones analizadas es fácil deducir la vulneración de las normas plasmadas en los artículos 68 y 74 de la Constitución de la República Dominicana. Por un lado, la Suprema Corte de Justicia, al conocer y fallar los recursos de inconstitucionalidad, de inconveniencia o de inexecutableidad o inaplicación del artículo 8 de la Ley 111, sobre exequátur de profesionales, al declarar el carácter no constitucional del doble grado de jurisdicción garantizado por la Constitución y por los pactos internacionales de derechos humanos a favor del recurrente, en cualquier materia y mucho más en la penal y disciplinaria, refleja una equivocada concepción del razonamiento jurídico, en las que desprecia lo que ha apreciado y valorado antes en su Resolución 1920-2003.<sup>21</sup>

En adición a lo anterior, la decisión aludida versa sobre la supuesta supremacía de las normas de derecho interno versus los tratados internacionales de derechos humanos debidamente ratificados por el Estado dominicano, lo cual no solo constituye una interpretación arbitraria de la norma constitucional, sino también una interpretación desafortunada que no toma en consideración los parámetros impuestos internamente sobre los tratados internacionales de derechos humanos mediante la Resolución 1920-2003 –que atribuye rango constitucional a los mismos– y desacata totalmente un principio básico de derecho internacional que prohíbe invocar el derecho interno para el incumplimiento de tratados internacionales. Ello convierte este órgano jurisdiccional en aquel que escuda el incumplimiento de obligaciones que adquieren rango constitucional en una interpretación arbitraria de la norma constitucional.

De otro lado, tenemos la decisión del Tribunal Constitucional, la cual hace una interpretación del carácter de extranjero en tránsito, limitando así el derecho a obtener la nacionalidad por *ius soli* de forma retroactiva y extendiéndolo a un sinnúmero de individuos ajenos al proceso que dio origen a la decisión. En igual sentido, con la sentencia del TC, se dispone la aplicación retroactiva de la Constitución promulgada en 2010 y se establecen una serie de directrices para que otros órganos

---

<sup>21</sup> Suprema Corte de Justicia República Dominicana, Resolución 1920-03, del 13 de noviembre de 2003. Disponible en: [http://www.poderjudicial.gob.do/consultas/consultas\\_sentencias/consultas\\_sentencias.aspx](http://www.poderjudicial.gob.do/consultas/consultas_sentencias/consultas_sentencias.aspx).

no jurisdiccionales actúen en el marco de atribuciones que les son propias a dichos órganos y que nada tienen que ver con la competencia del TC.

De todo lo anterior es destacable la paupérrima interpretación de estos entes jurisdiccionales para descalificar los instrumentos internacionales de carácter constitucional que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico y que los mismos habían reconocido como tales en decisiones previas. Así, en su Resolución 1920-2003, la Suprema Corte de Justicia reconoce:

[L]a República Dominicana tiene un sistema constitucional integrado por disposiciones de igual jerarquía que emanan de dos fuentes normativas esenciales: a) la nacional, formada por la Constitución, la jurisprudencia constitucional local, tanto la dictada mediante el control difuso como por el concentrado; y b) la internacional, compuesta por los pactos y convencionales internacionales, las opiniones consultivas y las decisiones emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fuentes normativas que en su conjunto, conforme a la mejor doctrina, integran lo que se ha denominado, el bloque de constitucionalidad, al cual está sujeta la validez formal y material de toda legislación adjetiva o secundaria.<sup>22</sup>

Por si esto no fuera suficiente, los artículos 26 y 74 de la Constitución dominicana hacen referencia al carácter constitucional de los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, así como del apego de nuestro país al derecho internacional debidamente aceptado y ratificado por los órganos competentes, criterio que ha sido compartido y reconocido por el mismo Tribunal Constitucional en diversas sentencias. A esto se añade la vulneración del principio de vinculatoriedad contenido en el artículo 7, numeral 13) de la Ley 137-11, Orgánica del Tribunal Constitucional y de los procedimientos constitucionales, el cual dispone que “las decisiones del Tribunal Constitucional y las interpretaciones que adoptan o hagan los tribunales internacionales en materia de derechos humanos, constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado”.

Los “fallos” antes citados reflejan posiciones dubitativas, pendulares, insostenibles y preocupantes desde el punto de vista de la verdadera y correcta hermenéutica constitucional y hacen un flaco servicio a la comunidad jurídica, en particular, y a la ciudadanía, en general, las que no tienen niveles de certeza y previsibilidad sobre las orientaciones de sus fallos, sobre todo en sus fallidos y paradójicos criterios sobre la jerarquía y el lugar de los instrumentos internacionales como fuente de derecho internacional público y derecho interno.

Si aun bajo el amparo de la Constitución de 2002, la Suprema Corte de Justicia consideraba “que en virtud de los artículos 3 y 10 de la Constitución de la República,

---

<sup>22</sup> *Idem.*

toda normativa sobre derechos humanos contenida en las declaraciones, pactos, convenios y tratados internacionales, es de aplicación directa e inmediata”<sup>23</sup> y que “tienen carácter vinculante para el Estado dominicano, y, por ende, para el Poder Judicial”;<sup>24</sup> ¿cómo es que bajo la nueva Constitución, que tiene un catálogo más amplio y claro de los derechos fundamentales y sus mecanismos de protección, tanto la Suprema Corte de Justicia como el Tribunal Constitucional hacen una interpretación más restrictiva y desfavorable al titular de los derechos y en flagrante vulneración a las normas de derechos fundamentales consagradas a nivel internacional?

A la luz del mandato de la Constitución de 2010 queda demostrado que no cabe distinción posible, en materia de derechos humanos, entre los pactos y convenciones internacionales y la Constitución, como ambos tribunales contradictoriamente han sostenido. Asimismo, no hay diferencia entre dichos instrumentos nacionales y los internacionales sobre derechos humanos porque en República Dominicana rige el llamado sistema monista moderado o estructurado para la recepción de los instrumentos internacionales de derechos humanos, según el cual estos cuentan con la misma jerarquía que la Constitución de la República, una vez hayan sido adoptados por los órganos estatales nacionales, lo que implica que hay una unificación de los dos sistemas, considerándose que las relaciones entre el derecho interno y el internacional son de coordinación y no de subordinación del uno al otro.

En otras palabras, ya no existe la discusión sobre cuál de los dos instrumentos debe prevalecer en caso de contradicción.<sup>25</sup> Aunque, de hecho, la concepción de bloque de constitucionalidad no resistía la idea de que los conflictos entre sus componentes debían resolverse mediante el argumento jerárquico, pues este concepto entraña una concepción holística, homogénea y una ponderación sistémica respecto de las fuentes internas y externas sobre derechos humanos.

Asimismo, las disposiciones del artículo 74.4 traen en su contenido una guía de interpretación y aplicación de las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías para los poderes públicos, en el sentido más favorable a quien sea titular de estos, además de los casos de conflictos entre derechos fundamentales, en cuyo caso los poderes públicos deberán armonizar los bienes e intereses protegidos por la Constitución. Pero en ningún caso plantea dicha previsión sustantiva la contradicción entre los instrumentos internacionales y la Constitución.

Para rematar, en los casos planteados, aun contando con las herramientas para dilucidar una supuesta confrontación entre derechos fundamentales o entre la Constitución y los instrumentos internacionales, los tribunales citados han optado por hacer un ejercicio irracional, autoritario e insostenible, desde el punto de vista de la más elemental hermenéutica constitucional, que deja muy mal paradas sus anteriores decisiones al reconocer la existencia en República Dominicana de un bloque de

---

<sup>23</sup> *Idem.*

<sup>24</sup> *Idem.*

<sup>25</sup> Congreso Nacional Dominicano, *Constitución de la República*, 2010, artículo 74.3.

constitucionalidad del cual luego reniegan, en ocasión de los casos descritos, haciendo con ello un pésimo y preocupante servicio al sistema democrático y sus bases de sustentación, lo que genera inestabilidad y vulnerabilidad en las instituciones, con consecuencias imprevisibles, derivadas de la falta de legitimidad en las decisiones.

Finalmente, resulta de suma importancia destacar cuándo estamos frente a una decisión arbitraria, ya que de dicho supuesto dependerá la vinculación de tal precedente constitucional. Por precedente se entiende el principio de derecho (*ratio decidendi*) que ha sido aplicado por un juez para decidir un caso análogo al que le corresponde ahora resolver a otro o al mismo juez. El respeto a los precedentes judiciales, o principio de *stare decisis*, tiene como fundamento el principio de igualdad, o sea, la exigencia de que los casos análogos sean decididos análogamente y se vincula con el principio de la seguridad jurídica de las personas.<sup>26</sup>

En este sentido, la obligatoriedad de un precedente no se predica con la misma intensidad para las diferentes partes de la decisión judicial. La doctrina angloamericana distingue entre la parte resolutive (*decisium*), la razón de la decisión (*ratio decidendi*) y los *obiter dicta* (dichos al pasar).<sup>27</sup>

- *Decisium*: Es la resolución concreta del caso. Solo surte efecto entre las partes, no constituye en sí mismo un precedente ni vincula a otros jueces, pues ningún caso es idéntico.
- *Ratio decidendi*: Es el precedente vinculante, ya que por su abstracción y generalidad puede y debe ser aplicado por los demás jueces a casos similares.
- *Obiter dicta*: Es la reflexión del juez en el momento de motivar su sentencia, que no es necesaria para su decisión, pero que constituye una opinión incidental en la argumentación del tribunal.

Evidentemente, el respeto al precedente se encuentra íntimamente ligado a una exigencia que pesa sobre toda actuación judicial, y para que pueda ser calificada como verdaderamente jurídica y racional, los jueces deben fundamentar sus decisiones, no en criterios ad hoc, caprichosos y coyunturales, sino en un principio general o regla de derecho. Ciertamente de los jueces se espera que resuelvan adecuadamente los conflictos, pero no de cualquier manera, sino con fundamento en las prescripciones del ordenamiento.<sup>28</sup>

El juez debe entonces hacer justicia en el caso concreto, pero de conformidad con el derecho vigente, por lo cual tiene el deber mínimo de precisar la regla general o el principio que sirve de base a su decisión concreta. Por ende, la existencia de una *ratio decidendi* en una sentencia resulta de la necesidad de que todos los casos

---

<sup>26</sup> Prats, *op. cit.*, p. 352.

<sup>27</sup> *Idem.*

<sup>28</sup> República de Colombia - Corte Constitucional, Sentencia SU-047. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co>.

no sean decididos caprichosamente, sino con fundamento en normas aceptadas y conocidas por todos, que es lo único que legitima en una democracia el enorme poder que tienen los jueces de decidir sobre la libertad, los derechos y los bienes de las otras personas.<sup>29</sup>

Por tanto, somos del entender que aquellos casos en los cuales –como los precitados– los jueces acudan a una interpretación arbitraria de la norma, fundamentados en criterios circunstanciales y veleidosos, rechazando los principios generales de interpretación o reglas de derecho ya fijadas, no pueden, ni deben, constituirse como *ratio decidendi* o precedente constitucional vinculante. Y es que permitir que se opere de tal manera, implicaría la inserción dentro del sistema jurídico de normas paraconstitucionales que desconocen los límites del poder del Estado trazados por la seguridad jurídica y el respeto a los derechos fundamentales.

## Bibliografía

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., Madrid, Sociedad anónima de Fotocomposición, 2007.
- BREWER CARÍAS, Allan, *Constitución, democracia y control del poder*, Mérida, Editorial Jurídica Venezolana, 2004.
- COMITÉ AFRICANO DE LOS DERECHOS Y BIENESTAR DEL NIÑO, 002/09. Disponible en: <http://www.acerwc.org/wp-content/uploads/2011/09/002-09-IHRDA-OSJI-Nubian-children-v-Kenya-Eng.pdf>.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DOMINICANA, textos de 2002 y de 2010. Disponible en: <http://www.comisionadodejusticia.gob.do/phocadownload/Actualizaciones/Libros/libro%20constitucion%20abril2011.pdf>.
- CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Ratificada por República Dominicana el 19 de abril de 1978. Disponible en: [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm).
- CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0034>.
- CONVENCIÓN PARA REDUCIR LOS CASOS DE APÁTRIDA. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0007>.
- CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Disponible en: <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>.
- CORTE IDH, *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Disponible en: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/.../seriec\\_130\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/.../seriec_130_esp.doc).

---

<sup>29</sup> *Idem*.



- \_\_\_\_\_, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la convención* (Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 1 y 2); Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A núm. 14. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_14\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_14_esp.pdf).
- ESQUIAGA, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional*, Bogotá, D.C., Librería Medellín, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 3ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2007.
- GÓMEZ, Laureano, *Hermenéutica jurídica. La interpretación a la luz de la Constitución*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, Ltda., 2008.
- GUASTINI, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, México, D. F., Trotta - Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2008.
- LANDA, César, *Tribunal constitucional y Estado democrático*, 2ª ed., Lima, Palestra, 2003.
- MONROY, Marco Gerardo, *La interpretación constitucional*, 2ª ed., corregida y aumentada, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, Ltda., 2005.
- MORA RESTREPO, Gabriel, *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces. Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*, Buenos Aires, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2009.
- PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, adoptado el 16 de diciembre de 1966. Ratificado por República Dominicana el 4 de enero de 1978. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0015>.
- PÉREZ, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*, 9ª ed., Madrid, Tecnos, 2005.
- PRATS, Eduardo Jorge, *Derecho constitucional*, vol. I, Santo Domingo, Amigo del Hogar, 2010.
- PRIETO, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 2ª ed., Madrid, Editorial Trotta, 2009.
- REPÚBLICA DE COLOMBIA - CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-047. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co>.
- SÁCHICA, Luis Carlos, *La corte constitucional y su jurisdicción*, Bogotá, Editorial Temis, S.A., 1993.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA REPÚBLICA DOMINICANA, Resolución 1920-2003, 13 de noviembre de 2003. Disponible en: [http://www.comisionadodejusticia.gob.do/phocadownload/Biblioteca\\_Virtual/Codigos/Resolucion%20SCJ%201920-2003,%20sobre%20medidas%20anticipadas%20aplicacion%20Codigo%20Procesal%20Penal.pdf](http://www.comisionadodejusticia.gob.do/phocadownload/Biblioteca_Virtual/Codigos/Resolucion%20SCJ%201920-2003,%20sobre%20medidas%20anticipadas%20aplicacion%20Codigo%20Procesal%20Penal.pdf).
- \_\_\_\_\_, *Normativa procesal penal en la República Dominicana*, 2ª ed., Unidad de Investigación y Estudios Especiales, Santo Domingo, Editora Taína, 2006.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

**Lenio Luiz Streck\* (Brasil)**

## **El avance necesario a la discrecionalidad y al decisionismo: de cómo no se deben entender los precedentes como un “mal en sí mismos”**

### **RESUMEN**

Este artículo tiene el objetivo de ofrecer herramientas hermenéuticas para comprender el problema de la discrecionalidad judicial dentro de los precedentes en Brasil. Para ello, se toman fundamentos de las teorías de Gadamer y Dworkin, y se sostiene la forma en que se puede dar una respuesta adecuada a la Constitución, es decir, una respuesta que se debe confirmar en la propia Constitución. Desde ese punto de partida, se puede comprender cómo el precedente judicial puede ser malentendido como un resquicio de la influencia positivista en la manera de aproximarse al fenómeno jurídico.

**Palabras clave:** discrecionalidad, decisión judicial, precedentes judiciales.

### **ZUSAMMENFASSUNG**

Der vorliegende Beitrag stellt die hermeneutischen Werkzeuge für ein besseres Verständnis des Problems des richterlichen Entscheidungsspielraums bei gerichtlichen Präzedenzentscheidungen in Brasilien dar. Ausgehend von den Theorien von Gadamer und Dworkin wird eine Lösung vorgeschlagen, die der Verfassung entspricht und die sich außerdem aus der Verfassung selbst ergibt. Auf diese Weise soll dargestellt werden, wie die richterliche Präzedenzentscheidung als Ausweg aus dem rechtspositivistischen Einflussbereich missverstanden werden kann, wenn es um die Auseinandersetzung mit dieser Rechtsfigur geht.

---

\* Doctorado y posdoctorado en Derecho (Universidad Federal de Santa Catarina y Universidad de Lisboa). Defensor del Pueblo jubilado; profesor de la Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) y Universidade Estácio de Sá (UNESA); profesor visitante de la Universidad Javeriana (Colombia), Roma TRE (Italia) y Facultad de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). lenio@unisinos.br.

**Schlagwörter:** Entscheidungsspielraum, richterliche Entscheidung, richterliche Präzedenzentscheidungen.

## ABSTRACT

This paper aims to offer some hermeneutic tools for understanding the issue of judicial discretion within the precedent system in Brazil. For this purpose we use the arguments in the theories of Gadamer and Dworkin and put forth the way in which it is possible to give an adequate response to the constitution, i. e., a response which finds confirmation in the constitution itself. This will allow us to understand how judicial precedent may be incorrectly understood as a residue of positivist influence on our approach to the law.

**Keywords:** Discretion, judicial decision, judicial precedent.

## 1. Presentando el problema

Sobre el estado del arte, representado por el predominio del positivismo, que sobrevive a partir de las más diversas posturas y teorías sostenidas de un modo o de otro en el esquema sujeto-objeto –problemática que se agrava con una especie de protagonismo del sujeto-intérprete en pleno paradigma de la intersubjetividad–, pienso que, más que una posibilidad, *la búsqueda de respuestas correctas es una necesidad*.

Sin embargo, la respuesta correcta no significa respuesta definitiva o la última respuesta posible, como es el caso de la institucionalización de los precedentes vinculantes. Parece evidente que la adopción de precedentes vinculantes por parte de un sistema jurídico no constituye un “mal en sí mismo”. A fin de cuentas, la integridad del derecho también se construye a partir del respeto a las decisiones judiciales.

De hecho, la integridad está fundamentalmente vinculada a la democracia, exigiendo que los jueces construyan sus argumentos de modo integrado al conjunto del derecho.<sup>1</sup> Se trata, pues, de una “consistencia articulada”. Con eso, se aleja tanto del punto de vista objetivista, por el cual “el texto carga consigo su propia norma” (ley es ley en sí), como del punto de vista subjetivista-pragmatista, para el cual –aprovechando la relación “texto-norma”– la norma puede hacer que el texto se pierda o, aun –lo que es peor en determinadas situaciones, cuando el juez o el tribunal decide *contra-legem*–, que la “norma” creada sea otra que no aquella “acusada” de estar (o de haber estado) en el texto. Ese texto, estará volviendo al realismo jurídico, dará cuenta de un nuevo texto en la medida en que edita la construcción de precedentes vinculantes.

<sup>1</sup> Cf. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, The Belknap Press, 1986, p. 176.

El problema al que haré referencia se referirá a los precedentes jurisprudenciales en Brasil, los cuales tienen una pretensión de universalización que es incompatible con un derecho que debe ser construido a partir de la discusión de los casos concretos. En otras palabras, los precedentes vinculantes –del modo como la dogmática jurídica los entiende– encarnan una instancia metafísicamente controladora de sentidos, o sea, a través de ellos *se cree que es posible manejar conceptos sin las cosas* (en fin, sin las multiplicidades y las peculiaridades de los casos concretos, es decir, una forma de universalizar).

En efecto, del modo como se entienden los precedentes vinculantes en el interior del pensamiento dogmático del derecho, ellos se ponen como sucedáneos a los conceptos universales propios de la metafísica clásico-especialista, con el agravante, aquí, *de que son creados a partir de una institucionalización de subjetivismo, axiologismos y realismos*, variaciones del esquema sujeto-objeto.

Es cierto que los precedentes no son respuestas a los casos pasados, sino una pretensión de abarcamiento de todas las futuras hipótesis de aplicación de determinada norma jurídica. Los precedentes convirtieron el lenguaje en un simple vehículo de conceptos. Son, así, antihermenéuticos, porque no interrogan el origen de los significados, o sea, por el procedimiento de precedente, se usan palabras –transformadas en artículos– sin antes interrogarlas en su relación con las cosas de que las palabras deben tratar.

Se forma, de este modo, un círculo vicioso en el interior de la dogmática jurídica: primero, ante el predominio del positivismo, se admiten interpretaciones discrecionales y arbitrarias (a fin de cuentas, como sostienen juristas de los más variados matices, no hay cómo impedir la “creatividad” de los aplicadores, como si estuviéramos condenados al solipsismo),<sup>2</sup> todo en nombre de la ideología del caso concreto para después “congelarse” ese sentido, como si fuera posible abarcar todas las futuras hipótesis de aplicación. O sea, en nombre del “caso concreto” se institucionaliza una especie de “grado cero de sentido”. Pero ese “caso” desaparece en medio del proceso de conceptualización. Para evitar malentendidos, es evidente que el derecho es “una cuestión de caso concreto”. Pero del modo como se procede en la dogmática jurídica, el “caso concreto” –que posee particularidades (él, al final de cuentas, no es un estándar jurídico)– deja de ser un caso, *porque queda obnubilado por la pretensión de universalización que se hace a partir de él*, problemática bien presente en la proliferación de artículos que la cultura confiada únicamente en el manual de derecho “institucionalizó” en el campo jurídico.

A medida que no se respeta la integridad del derecho y la fundamentación se da a partir de conceptos *prêt-à-pôrtier* (véase que el precedente, de por sí, sirve como fundamentación para una decisión, como, desde hace mucho, ya ocurría con cual-

---

<sup>2</sup> En ese sentido, es posible observar cierta imbricación –consciente o inconsciente– de los paradigmas metafísicos clásico y moderno en el interior de la doctrina brasileña (y extranjera). Se trata, entonces, de un problema paradigmático.

quier artículo o enunciado), se tiene un sistema que admite una multiplicidad de “respuestas” (decisiones). La consecuencia es un sistema “desgobernado”, a partir de una sucesión interminable de recursos (ver la proliferación de la bizarra figura de los “embargos de declaración”), que, lejos de ofrecer respuestas adecuadas, sólo reproducen sumarios *prêt-à-pôrtier*.

La ausencia de una tradición (en el sentido que trata Gadamer) que obligue a los magistrados a obedecer a la integridad del derecho hace que los jueces de primer grado sean apenas un rito de paso para el segundo grado y a los tribunales superiores.

En el seguimiento, en virtud de la multiplicación de procesos (recursos de los más variados) y para controlar ese caos, se *busca construir conceptos abstractos con pretensiones de universalización, como si fuera posible que una norma jurídica abarcara todas las hipótesis (futuras) de aplicación*. Y crece, consecuentemente, la importancia de los precedentes, que pasan a tener la función de corregir lo que el propio positivismo ha provocado.

El *establishment* jurídico, con fuerte predominancia de la escuela instrumentalista del proceso, siempre apostó al protagonismo judicial. Basta ver cómo el proceso civil se fue transformando a lo largo de los años. Los juzgados colegiados en juzgados monocráticos; precedentes y jurisprudencia dominantes pasaron a servir de obstáculo, incluso para la admisión de los recursos (también de agravios).

En síntesis, *los precedentes pueden constituirse en un importante mecanismo de refuerzo de la integridad y coherencia del derecho*. Pero para ello se los debe entender adecuadamente, es decir, como textos jurídicos, y aplicarlos justamente a partir del respeto a la integridad y a la coherencia del derecho. Se deben comprender adecuadamente tales circunstancias a la estricta obediencia del deber de fundamentar las decisiones. De ese modo, pueden contribuir a la construcción de respuestas adecuadas a la Constitución.

La cuestión del combate al “estado de naturaleza hermenéutico” no reside, así, en los precedentes, sino en la pretensión metafísica de su uso (y a veces en su ilegalidad/inconstitucionalidad). Se refiere a que de todos modos, a veces, el propio precedente se aplica –él mismo– más allá de sus límites semánticos. Un ejemplo interesante es el de la Súmula Vinculante<sup>3</sup> n° 10 del Supremo Tribunal Federal (STF) (“Viola la cláusula de reserva de plenario la decisión de órgano fraccionario de tribunal que, aunque no declare expresamente la inconstitucionalidad de ley o acto normativo del Poder Público, aleja su incidencia en su totalidad o en parte”). Aquí, o el precedente es tautológico y refuerza la dicción del artículo 97 de la Constitución Federal (CF), o va más allá del dispositivo constitucional al pretender, por ejemplo, afectar la interpretación conforme y la nulidad parcial sin reducción de texto. En este caso, ella

---

<sup>3</sup> La Súmula Vinculante en el derecho brasileño es un enunciado normativo creado por el Supremo Tribunal Federal que representa determinada interpretación del tribunal respecto de algún tema jurídico, y, además, tiene efecto vinculativo sobre todos los demás tribunales del país.

sería inconstitucional. Y explico por qué: así como no hay que enviar al Senado una decisión de nulidad parcial sin reducción de texto (también llamada de decisión de inconstitucionalidad parcial cualitativa), hecha por el STF, no cabe exigir incidente de inconstitucionalidad, no habiendo, con eso, violación al *full bench* (CF, art. 97). Eso es porque ni en la interpretación conforme la Constitución ni en la nulidad parcial sin reducción de texto hay expurgación de texto o parte de texto normativo, sólo hay alejamiento de una de las incidencias del texto. Como hay varios sentidos, y el tribunal opta por uno de ellos (en la interpretación conforme hay una adición de sentido), en la nulidad parcial cualitativa el resultado hermenéutico hace que el texto permanezca con un *minus en la interpretación*.

En la medida en que, en ambas hipótesis, el texto permanece en su literalidad, *no se debe hablar de incidente de inconstitucionalidad*. Por el contrario, no habría cómo manejar el incidente de inconstitucionalidad de sentido de un texto. En una palabra, el Precedente 10 se aplica sólo a los casos en que hay inconstitucionalidad *con* reducción de texto (o sea, en las hipótesis en que los órganos fraccionarios o los propios tribunales hacen un “desvío” hermenéutico en el art. 97 de la CF). Por lo tanto, la Súpula Vinculante n° 10, entendida adecuadamente, no es inconstitucional. Inconstitucionales son las decisiones de tribunales que la aplican más allá de sus “límites semánticos”, abarcando cualquier tipo de “interpretación” conforme o nulidad parcial sin reducción de texto.<sup>4</sup>

## 2. La respuesta adecuada a la Constitución como derecho fundamental del ciudadano

En tiempos posteriores al positivismo, estamos condenados a interpretar. Gadamer nos ha enseñado que interpretar la ley es un acto productivo y no reproductivo, mostrando la superación de la hermenéutica clásica por la hermenéutica filosófica. Saltar de la *Auslegung* a la *Sinngebung*, decía el maestro de Tubinga. Un principio (una ley, un precedente), una vez enunciado, ocupará “campos para los cuales no haya sido dimensionado”; recordemos, por ejemplo, a Laurence Tribe y

---

<sup>4</sup> “Límites semánticos” son interpretados como los sentidos originarios del uso pragmático del lenguaje que compone el enunciado. Es una especie de “mínimo es” que resulta del uso lingüístico. O sea, en el ámbito de la lección de Gadamer, si quieres decir algo acerca del sentido de un texto, deja por lo menos que ese texto te diga algo (teniendo en cuenta que el dispositivo no sea inconstitucional, por supuesto). Así, si una ley establece la prohibición de circulación de bicicletas en parques en los fines de semana, podremos –superada la cuestión de la validez constitucional de la norma– discutir los límites del horario, el alcance de la acepción de parque (¿las plazas estarían incluidas?), etc. Sin embargo, hay un punto que parece indiscutible: la prohibición. O sea, el intérprete no podrá transformar la prohibición en permisión, como, por ejemplo, lo hizo el STF al interpretar el artículo 212 del Código Procesal Penal.

Michael Dorf, apoyados en la lección del juez Cardozo.<sup>5</sup> El problema es que la pretensión de componer un cuerpo de leyes coherente y consistente requiere la elaboración de principios constitucionales, con lo cual corremos el riesgo de pensar que tal circunstancia acarrea (o proporciona) una “mayor abertura interpretativa” y, consecuentemente, un retroceso a la discrecionalidad del juez/intérprete (siempre recordando que los términos “discrecionalidad” y “positivismo” se aplican según el debate establecido entre Dworkin y Hart; siempre pensando que en Brasil la “cuestión de la discrecionalidad” asume contornos dramáticos, en los que la discrecionalidad y la arbitrariedad resultan ser lados de la misma moneda; siempre recordando, además, que en *terrae brasilis*, la mezcla de las posturas objetivistas y subjetivistas hace que un mismo tribunal asuma posiciones exegéticas –por las cuales la “ley vale todo”– y posiciones voluntaristas en las que se ignora la ley). Y, luego, correríamos en búsqueda de métodos que nos indicaran el camino para solucionar las partes interminables de los textos jurídicos.

Pues, si un texto legal –o un precedente, *que también es un texto*– lograra abarcar todas las hipótesis de aplicación, sería una ley perfecta. *Mutatis mutandis*, es como si lográramos hacer un mapa que se configurara perfectamente con el globo terrestre. Pero, ¿qué ventajas hay en eso? Pues, ¡un *mapa perfecto* no sería más que el propio planeta! Dicho de otro modo, si se pudiera transmitir la realidad tal como es, estaríamos ante una paradoja y, por lo tanto, algo sobre lo que no podemos decidir.

De ahí el enigma provocado por la figura de Hermes, que ya nace engañando al propio padre. Y Hermes se hizo muy poderoso. Sin él, no sabríamos qué habían dicho los dioses. En realidad, nunca se supo qué habían dicho los dioses; *¡se supo sólo lo que Hermes dijo que los dioses dijeron!* Sabemos, entonces, del problema originario de la “subjetividad” de Hermes y de la complejidad que eso representa (por ejemplo, ¿cuál es el límite del “nivel de abstracción de la generalidad” de las “sentencias de Hermes”?). Pero también sabemos, en la metáfora, que el acceso directo al lenguaje de los dioses es imposible. De ahí surge la pregunta inevitable: si fuera posible ese “acceso directo”, ¿qué utilidad tendría para los hombres, que, definitivamente, no son dioses?

Quizás hayamos recibido el castigo de Sísifo: rodamos la piedra hasta el límite del *logos* apofántico e, inmediatamente, somos lanzados inexorablemente de vuelta a nuestra condición de posibilidad: el *logos* hermenéutico. Lo anterior nos anticipa las posibilidades de la comprensión. Y los métodos (o varios métodos positivistas o “pospositivistas”) terminan llegando tarde. Si pensamos que el método es indispensable para la “seguridad” y la “racionalidad” en la atribución de los sentidos, o que debemos desordenar al intérprete/aplicador de los discursos de fundamentación/justificación (*Begründungsdiskurs*), “poniéndole a disposición” discursos *previa-*

---

<sup>5</sup> Cf. Laurence Tribe y Michael Dorf, *Hermenéutica constitucional*, trad. de Amarilis de Souza Birchal, Belo Horizonte, Del Rey, 2006.

*mente justificados* (porque no confiamos en la razón práctica de quien interpreta), deberemos responder al siguiente planteo: *¿qué hacer con la precomprensión?*

Finalmente, si pensamos que la destrucción del método (cánones, criterios ponderativos o postulados) tendrá como consecuencia un relativismo en la interpretación, volveremos a estar equivocados. Es más, esa es una grave equivocación cometida por los críticos de la hermenéutica filosófica.

En ese sentido, vale destacar entre esos críticos al jusfilósofo Mathias Jestaedt,<sup>6</sup> para quien las decisiones creativas (activistas o “intervencionistas”) del Tribunal Constitucional Alemán son positivistas porque la interpretación de la Ley Fundamental, institucionalizada en su jurisprudencia, sustituye la propia Ley Fundamental. Con eso, es posible entender que, para Jestaedt, el paradigma juspositivista es aquel que tiene la capacidad de determinar lo que es “positivo”. Así, para él, la dogmática constitucional alemana se rindió al positivismo jurídico aplicado al Tribunal Constitucional, una vez que desde hace mucho ella, la dogmática, ya no se remite a la *grundgesetz*, sino a la colección de fallos.

Hasta aquí, no habría grandes discordancias con el pensador alemán. La divergencia comienza cuando Jestaedt pone como “culpable” de ese positivismo a la hermenéutica de matriz gadameriano-heideggeriana (a veces llamada por él filosofía hermenéutica y, en otras, hermenéutica filosófica, como si fueran lo mismo). Para el jusfilósofo alemán, el Tribunal Constitucional viene haciendo una “jurisprudencia de la concretización”, tesis que giraría alrededor del pensamiento fundamental de la hermenéutica filosófica.

¿Y por qué sería así? La respuesta de Jestaedt es que por no existir –en la hermenéutica– una comprensión sin aplicación, aquello que debe ser comprendido solamente se materializa en el proceso de aplicación. De ese modo, la idea de una *lex ante casum preexistente*, que se pueda expresar únicamente descubriendo qué “se le ha puesto”, resultaría en una quimera en el plano de la teoría del conocimiento, una vez que la “interpretación significa siempre concretización”. La interpretación se explica como “producción de derecho”, por medio de la concretización creativa de las normas.<sup>7</sup>

En la secuencia, el autor “equipara” la hermenéutica filosófica, que estaría en la raíz de la “jurisprudencia de la concretización”, con la “jurisprudencia del discurso” habermasiana, momento en que también equipara la jurisprudencia del discurso a la ponderación, lo que, de por sí, ya representa un problema complejo, en la medida en que las teorías habermasiana y la alexyana, que sistematizó de modo sofisticado la ponderación, son absolutamente antiéticas. Lo que sucede es que esas conclusiones de Jestaedt son consecuencia –a mi parecer– de una equivocada lectura de Hei-

<sup>6</sup> Ver Matthias Jestaedt, “La ponderación en el derecho”, en Eduardo Montealegre (comp.), *El derecho público: una ciencia*, trad. de Irmgard Kleine, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 118 y ss.



degger y Gadamer, sobre todo del último. De hecho, cuando Gadamer afirma que interpretar es aplicar, por lo tanto, superando las *intelligendi*, *explicandi intelligendi*, *explicandi* y *aplicandi*, no quiere decir que él haya sustituido la interpretación por la aplicación o la comprensión por la concretización. Parece que en eso reside la equivocación central de autores como Jestaedt. Lo que sostiene Gadamer es que no hay cómo escindir la interpretación de la aplicación. Dicha afirmación es defendida a su vez por Friedrich Müller, padre del pospositivismo.

O sea, la compleja hermenéutica gadameriana está sostenida en el círculo hermenéutico y en la tradición. No tiene sentido decir que en la hermenéutica de la ley (*ante casum*, o sea, el texto de la ley, para usar las palabras de Jestaedt) sería una quimera. Más aún, es necesario que quede claro que Gadamer no desplaza el “polo de tensión” para la concreción. Para él, así como para Müller, la concretización (*applicatio*) no es un hecho que ignora la *lex ante casum*. Al contrario, eso transformaría la de Gadamer (o la hermenéutica por él profesada) en una postura pragmaticista/nominalista (por lo tanto, positivista).

Si pensamos que la hermenéutica es ese modo “concreto” de llegar a un sentido ignorado (incluso del texto), estaremos sepultando uno de los teoremas fundamentales de la filosofía hermenéutica que ha redundado en la hermenéutica filosófica, la diferencia ontológica entre ser y ente. El ser sólo es en el ente y el ente sólo es en su ser. La hermenéutica no guarda ninguna relación con relativismos o nihilismo. En realidad, es de Gadamer la frase “*Wahrheit und Methode: wer einen Text verstehen will, ist vielmehr bereit, sich von ihm etwas zu sagen Lassen*” (si quieres decir algo sobre un texto, deja primero que el texto diga algo).

Para aclararlo: desde el inicio, siempre quedó claro que la *hermenéutica que sirve de base para estas reflexiones no abre espacios a arbitrariedades, relativismos, decisionismos ni discrecionalidades*. Por supuesto que eso no representa una “prohibición de interpretar”, como, de hecho, se explica en el presente artículo.

De todos modos, cabe la pregunta: ¿cuál sería la validez (o el sentido) de una hermenéutica jurídica que admitiera “cualquier respuesta”? En fin, ¿de una hermenéutica que admitiera, como Kelsen, que la interpretación judicial es un acto de voluntad? ¿Cuál sería la utilidad de una hermenéutica que admitiera incluso múltiples respuestas para un mismo caso “concreto”? ¿Cuál sería la razón de ser de una teoría hermenéutica que admitiera que el derecho es aquello que el “intérprete autorizado” dice lo que es? Sin temor a equivocarse, nada más ni nada menos, eso sería volver al último principio de la metafísica moderna: la voluntad del poder (*Wille zur Macht*). Y, como consecuencia, se estaría admitiendo un “grado cero en la significación” y, por consiguiente, un constante “estado de excepción hermenéutico”. La hermenéutica sería, pues, prelingüística. Pero, entonces, ¡ya no sería “hermenéutica”! De allí se deriva la necesidad de existir respuestas correctas en el Derecho.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> Para esa desiderata, remito al lector a Lenio Luiz Streck, *Verdad y consenso. De la posibilidad a la necesidad de respuestas correctas en derecho*, Montevideo, Editorial B de F, 2012.

Aquí cabe una vez más la advertencia: el no relativismo propugnado por la hermenéutica y su aversión a la discrecionalidad no significa “prohibición de interpretar”, con la “exclusión de la subjetividad”, de las “voluntades”, “de los deseos”, de las “preferencias personales”, etc., de cada sujeto-intérprete. Definitivamente, es necesario aclarar que la hermenéutica aquí sostenida no excluye la subjetividad inherente a cualquier actividad comprensiva. Por lo tanto, la superación del esquema sujeto-objeto significó derrocar la filosofía de la conciencia, como también significó la muerte *del sujeto de la relación de objetos* (a fin de cuentas, ella ahora se convierte en sujeto-sujeto). Sucede que, al contrario de lo que pasa en otras teorías lingüístico-discursivas, en la hermenéutica, el sujeto del esquema sujeto-objeto no ha sido sustituido por una estructura, una red de comunicación o un sistema.

Aunque admitir que cada sujeto tiene preferencias personales, intuiciones, valores etc. –lo que es inherente al modo propio de ser-en-el-mundo de cada persona– *no quiere decir que no pueda haber condiciones de verificación sobre la corrección o veracidad acerca de cada decisión que ese sujeto toma* (principalmente cuando se trata de un juez), o sea, nada de eso significa que dependamos sólo de los aspectos lingüísticos o límites semánticos de los textos jurídicos. En efecto, siempre hay un significado del texto (y el texto es siempre un evento) que no adviene tan sólo del “propio texto”, sino de un análisis de decisiones anteriores, de la aplicación coherente de tales decisiones y de la compatibilidad del texto con la constitución. El grado de exigencia de fundamentación/justificación de la interpretación alcanzada aumentará en la medida en que esa significación atribuida al texto se aleje de los “aspectos lingüísticos”. Se trata de convencer y de establecer amplias posibilidades de control de la decisión. Ese es el espacio para la respuesta adecuada a la constitución, lo cual se configura como un derecho fundamental del ciudadano.

Hay, entonces, una relación intrínseca entre la exigencia de fundamentación y el derecho fundamental que cada ciudadano tiene a una respuesta adecuada a la constitución, es decir, correcta. Como bien señala Flaviane Barros, aunque el juez sea una persona con convicciones e historia de vida, la limitación a su subjetivismo y a su parcialidad ocurre justamente en el impedimento de una fundamentación que extrapole los argumentos jurídicos y en la obligatoriedad de construir la decisión con la argumentación participada de las partes. Esta construcción parte de la discusión entre las partes contradictorias, de modo que la decisión racional se garantice en términos de coherencia normativa a partir de la definición del argumento más adecuado al caso en concreto. Así, el objetivo es garantizar que un juez, incluso con sus convicciones, no presente un juicio axiológico, en el sentido de que todos los ciudadanos compartan la misma concepción de vida, o que los valores expuestos allí en la sentencia vinculen normativamente a todos los demás sujetos del proceso.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Ver Flaviane de Magalhães Barros, “A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo”, *Revista do IHJ*, núm. 6, 2008, p. 145.

Si las concepciones metafísicas sobre el derecho están sostenidas en la atribución de sentidos *in abstracto* –y por eso sostienen la posibilidad de la existencia de múltiples respuestas– es porque la interpretación ocurre en etapas, escindiendo interpretación y aplicación. Pues, *es exactamente en este punto donde reside la diferencia entre la hermenéutica y las diversas teorías discursivo-procedimentales*. En otras palabras, es la imposibilidad de escindir, interpretar y aplicar lo que representa la ruptura con el paradigma representacional-metodológico. Y es el círculo hermenéutico, referido a la saciedad en las etapas anteriores de estas reflexiones, el que se constituirá en condición de ruptura del esquema (metafísico) sujeto-objeto, introduciendo en él el mundo práctico (facticidad) que sirve para cementar esa travesía, hasta entonces romanceada en la y por la epistemología. No hay como aislar la preconcepción.

La admisión de múltiples respuestas está relacionada con el conceptualismo de la regla, que “abarca” (o intenta abarcar todas) las posibles “situaciones de aplicación” de forma anticipada, independientemente del mundo práctico. Es decir, la admisión de múltiples respuestas tiene que ver con el análisis del lenguaje, con el *semantic sense*. En ese “mundo”, lo que vale es el enunciado, es decir, *todas las otras formas de lenguaje y todos los otros modos de hablar del objeto de análisis se resumen en el enunciado*. Para explicar mejor ese fenómeno, es posible decir –basados en Gadamer– que la posibilidad de múltiples respuestas está calcada en el *logos apofántico*, cuya función es significar el discurso, o sea, la proposición cuyo único sentido es la de realizar el *apofainesthai*, mostrar lo que se ha dicho. Es una proposición teórica en el sentido de que se abstrae de todo lo que no dice expresamente. Lo que constituye el objeto del análisis y el fundamento de la conclusión lógica es sólo lo que ella propia revela por su decir.<sup>10</sup>

La hermenéutica no niega que un texto (un enunciado lingüístico) tenga varios significados, ni la vaguedad y la ambigüedad del lenguaje. No es esa la discusión. El problema es que las posturas analíticas (donde se insiere la dogmática jurídica *lato sensu*) consideran posible agotar los significados de los textos *in abstracto* (por eso, el *semantic sense*). De ahí la proliferación de los artículos y la cultura de la estandarización del derecho. Y es allí donde los precedentes vinculantes son un ejemplo privilegiado de ese intento semántico de abarcar los sentidos antes de la aplicación.

Contrariamente a eso, para la hermenéutica adoptada, no hay respuestas antes de las preguntas, es decir que no hay textos sin cosas. Puede haber cientos de definiciones para la palabra “hurto”. Sin embargo, el evento hurto –momento único en que se dará el sentido de un “hurto real”– ocurre sólo de un modo. Ese “modo” se da a partir de la *applicatio*. La decisión acerca de ese evento se dará a partir de la reconstrucción institucional del derecho, de la coherencia y de la integridad. La

---

<sup>10</sup> Sobre la distinción regla-principio, consultar la profunda investigación de Rafael Tomaz de Oliveira, *Decisão judicial e o conceito de princípio*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.

decisión acerca del fenómeno no partirá de un grado cero, tampoco sucederá por acomodar el sentido previamente elaborado (sintáctica y semántica) a un “hecho desnudo”. Es de esa manera como la hermenéutica representa la superación del problema dejado por la discrecionalidad positivista.

Pero, ¿cómo surge y en qué reside la discrecionalidad positivista? La respuesta es sencilla: a medida que –en el “mundo” del *semantic sense*– siempre hay un déficit de previsiones (a fin de cuentas, es *imposible* que un texto abarque todas las posibilidades aplicativas), las posturas positivistas “delegan” al juez para que complete ese vacío de sentido. Esa delegación a favor del poder discriminatorio fragiliza la autonomía del derecho y la propia democracia.

Por eso la necesidad de una *teoría de la decisión*, para controlar el solipsismo en la aplicación. Es así como con la excusa de superar el problema de la discrecionalidad/arbitrariedad (subjetivista-axiologista) del juez, no se puede relevar de la “tarea” de elaboración de discursos de fundamentación (que en la teoría del discurso de Habermas y Güther se dan siempre *prima facie*). Decir que se deben controlar las decisiones judiciales (fundamentación de la fundamentación, como vengo afirmando) no implica un regreso al exegetismo o “prohibición de interpretar”. Debido a que interpretar es aplicar, atribuir sentido. Lo que quiero decir es que tal circunstancia no eleva al intérprete a “señor de los sentidos” o a “propietario de los medios de producción de las significaciones”.<sup>11</sup>

En resumen, cuando sostengo el deber de *accountability*, no estoy simplemente diciendo que la fundamentación “soluciona” el problema original, como por ejemplo, el del libre convencimiento, el de la libre apreciación de la prueba o el de la admisión *latu sensu* de la discrecionalidad. Por favor, no es eso lo que estoy diciendo. *Accountability*, en los moldes en que la propongo, quiere decir *fundamentación de la fundamentación*. Eso quiere decir que, ni de lejos, el problema de la exigencia de fundamentación se soluciona en un nivel superficial. Por supuesto que, con todo lo que ya escribí, ¡no sería ingenuo pensar que el “deber de fundamentar las decisiones” soluciona(ría) el problema de la decisión! Un vector de racionalidad de segundo nivel –lógico-argumentativo– no puede ser sustituido por el vector de racionalidad de primer nivel, que es la comprensión. En ella, *en la comprensión*, reside la “razón hermenéutica”, para usar la expresión de Ernest Schnädelbach. Al final de cuentas, ¿por qué razón Gadamer diría que “interpretar es explicitar lo comprendido”? Explicitar lo comprendido no es poner una capa de sentido a lo comprendido. Ese es el espacio de la epistemología en la hermenéutica. No nos olvidemos del dilema de las teorías congitivistas-teleológicas: *no es posible cruzar el abismo del conocimiento –que “separa” al hombre de las cosas– construyendo un*

<sup>11</sup> Para una comprensión acerca de esta cuestión, consultar Lenio Streck, “Hermenéutica e decisão jurídica: questões epistemológicas”, en Lenio Luiz Streck y Ernildo Stein (comps.), *Hermenéutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011.

*punte por el cual ya se ha pasado*. No se puede hacer una lectura superficial del artículo 93, IX, de la Constitución Federal.<sup>12</sup> La exigencia de fundamentación no se resuelve con “capas argumentativas”. O sea, el juez no debe “explicar” aquello que lo “convenció”, sino que debe *explicitar* las razones de su comprensión, ofreciendo una justificación (fundamentación) de su interpretación, desde el punto de vista con el cual demuestra que la interpretación ofrecida por él es la mejor para aquel caso (más adecuada a la Constitución o, en términos dworkinianos, correcta), en un contexto de unidad, integridad y coherencia en relación con el derecho de la comunidad política.

Quien no logra superar sus prejuicios, termina produciendo un perjuicio al derecho. Como bien lo dice Dworkin: no importa qué piensan los jueces acerca del derecho, sino el ajuste (*fit*) y la justificación (*justification*) de la interpretación que ellos ofrecen de las prácticas jurídicas con relación al derecho de la comunidad política.<sup>13</sup>

Por eso, es posible decir que una interpretación es correcta y la otra es incorrecta. Nos movemos en el mundo exactamente porque podemos hacer afirmaciones de ese orden. Y siquiera nos damos cuenta de eso. O sea, en la comprensión, los conceptos interpretativos no resultan temáticos como tales, como bien recuerda Gadamer; al contrario, se determinan por el hecho de que desaparecen detrás de aquellos a los que ellos hicieron hablar/aparecer en la y por la interpretación. Aquello que las teorías de la argumentación o cualquier otra concepción teórico-filosófica (aún) llaman de “razonamiento subsuntivo” o “razonamiento deductivo”, es nada más que esa “paradoja hermenéutica” que se da exactamente porque la comprensión es un existencial (o sea, no me pregunto por qué comprendí algo, por la simple razón de que ya lo comprendí, lo que hace que mi pregunta siempre llegue tarde).<sup>14</sup>

De ese modo, la tesis que vengo sosteniendo es una simbiosis entre las teorías de Gadamer y Dworkin, agregando que la respuesta no es ni la única ni la mejor. Simplemente se trata “de la respuesta adecuada a la Constitución”, es decir, *una respuesta que se debe confirmar en la propia Constitución*.

---

<sup>12</sup> *In verbis*: todos los juicios de los órganos del Poder Judicial serán públicos, y fundamentadas todas las decisiones, bajo pena de nulidad, pudiendo la ley limitar la presencia, en determinados actos, de las propias partes y de sus abogados, o solamente de estos últimos, en los casos en que la preservación del derecho a la intimidad del interesado en el sigilo no perjudique el interés público de la información.

<sup>13</sup> Ver Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1989. En especial, el capítulo sobre los *hard cases*.

<sup>14</sup> Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Method: Ergänzung Register*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1985, p. 402.

### 3. Haciendo justicia a Dworkin y a Gadamer. De cómo el juez “Hércules” no es subjetivista (solipsista). Las razones por las cuales “no se puede decir nada sobre nada”

Para finalizar –y otra vez con el objetivo de evitar malentendidos–, es necesario entender que igual que Gadamer, en su *Wahrheit und Method*, Dworkin no defiende ninguna forma de solipsismo (la respuesta correcta que defiende no es producto de una actitud de un *Selbstsüchtiger*). Es necesario entender que Dworkin superó –y de forma decisiva– la filosofía de la conciencia. Dicho de otro modo, el juez “Hércules” del que habla Dworkin es sólo una metáfora para demostrar que la *superación* del paradigma representacional (muerte del sujeto solipsista de la modernidad) *no ha significado la muerte del sujeto que siempre está presente en cualquier relación con el objeto*.

Es decir, el *linguistic-ontological-turn* provocó la muerte del sujeto del esquema sujeto-objeto (el sujeto de la conciencia propia del pensamiento pensante). Pero, convergamos, eso no quiere decir que no haya “permanecido nada en el lugar de ese sujeto”. Una lectura apresurada de Dworkin (y eso también ocurre con quien lee a *Gadamer* como un filólogo, hecho que ocurre principalmente en el campo jurídico) da la falsa impresión de que Hércules es el portador de una “subjetividad asujetadora”. Incluso François Ost comete esa equivocación al mencionar los “tres modelos de juez”.<sup>15</sup>

En realidad, así como Dworkin sufre injusticias cuando se dice que el juez Hércules es solipsista, también Gadamer no escapa de análisis que lo ponen indebida-

---

<sup>15</sup> Hay un texto titulado “Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juiz”, de François Ost (*Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 14, 1993), en el cual el profesor belga propone una especie de juez posmoderno-sistémico (Hermes) que actuaría en red y superaría, con gran ventaja, los “modelos anteriores”. A ese texto le hago una crítica en *Verdade e Consenso*, *op. cit.*, y también en artículo por mí publicado en *el Nevada Law Journal* (Lenio Luiz Streck, “Deconstructing the Models of Judges: Legal Hermeneutics and Beyond the Subject-Object Paradigm”, *Nevada Law Journal*, núm. 3, 2010, pp. 683-699). Equivocación similar, aunque desde una perspectiva teórica diversa y no menos bien elaborada, es cometida por Marcelo Neves al tratar de las temáticas “respuesta correcta” y “juez Hércules”, *verbis*: “Por lo tanto, en la interpretación jurídica, no se trata aquí de extraer arbitrariamente de una infinidad de sentido de los textos normativos la decisión materializadora, en los términos de un contextualismo decisionista, pero también es insostenible la concepción ilusoria de que sólo hay una solución correcta para cada caso, según los criterios de un juez hipotético racionalmente justo. La posibilidad de más de una decisión justificable a la luz de principios y reglas constitucionales me parece evidente” (p. 207 – lo señalé). En nota 214 de pie de página, el autor asocia al juez Hércules de Dworkin a ese juez “hipotético racionalmente justo”. La crítica de Neves no procede. La solución correcta (respuesta correcta) no es producto de la “mente” de Hércules (que, como ya se mencionó, es una metáfora para demostrar la superación del esquema sujeto-objeto). Dworkin deja eso bien claro, incluso –y principalmente– al ponerse radicalmente contra la discrecionalidad. Un juez que busque respuestas según “sus propios criterios” sería exactamente el juez discrecional criticado por él, Dworkin, en su debate con Hart.

mente en un ambiente contrario al que se propuso en *Wahrheit und Method*. En efecto, Marcelo Neves insiere al maestro de Tubinga, indebidamente, en el contexto de un “modelo semántico-pragmático”, al decir:

En la segunda mitad del siglo XX, la teoría del derecho caminó en la dirección de considerar la interpretación del derecho sobre todo como un problema de determinación semántica del significado de los textos jurídicos, condicionada pragmáticamente (modelo ‘semántico-pragmático’). Las operaciones sintácticas servirían para la delimitación estructural de los contornos lógico-semánticos de la interpretación. Sin embargo, la tónica del proceso hermenéutico recaería en la búsqueda del sentido normativo de textos jurídicos en contextos históricos específicos. En su formulación inicial, ese modelo remonta a la hermenéutica de Gadamer. Al intérprete del derecho cabe descubrir el sentido latente de textos normativo-jurídicos, adecuándolos al momento histórico de su aplicación al caso en cuestión. El elemento semántico está presente, aquí, en la consideración de la variación del sentido de los textos ante su campo de denotación concreta. El aspecto pragmático se presenta en la noción de precomprensión o preconcepto del intérprete con relación a la ley del caso. Por otro lado, mientras comprende la interpretación jurídica como un proceso en el que se conoce y reconoce el sentido válido de la ley y, así, se adapta esta ‘a las necesidades del presente, la hermenéutica no considera suficientemente la relevancia de la dimensión pragmática en el proceso de interpretación del derecho, desconociendo o, por lo menos, subestimando la función constructiva del intérprete ante los textos normativos’.<sup>16</sup>

Pienso que Marcelo Neves no le hace justicia a Gadamer, subestimando, principalmente, la obra *Verdad y método*. De hecho, se debe analizar la hermenéutica filosófica gadameriana en el contexto del giro ontológico provocado por Heidegger, en el cual rompe con las concepciones epistemológico-analíticas al introducir el mundo práctico en la filosofía (modo práctico de ser en el mundo). Por eso, Heidegger dirá que la filosofía es hermenéutica, y Gadamer, posteriormente, defenderá que la hermenéutica es filosófica. En ese sentido, texto es evento. Y la hermenéutica es facticidad. No se puede separar el elemento semántico del elemento pragmático en la obra de Gadamer. Eso sería olvidarse de la noción de círculo hermenéutico, que rompe con el esquema sujeto-objeto y el papel desempeñado por la anticipación de sentido (sin tener en cuenta, además, el papel de la diferencia ontológica –*ontologische Differenz*). Al contrario de lo que afirma Marcelo Neves, Gadamer no subestima la función constructiva del intérprete. Pero ese intérprete ya no tiene la plenipotenciariadad del sujeto solipsista. Su hermenéutica es productiva y no

---

<sup>16</sup> Marcelo Neves, *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*, São Paulo, Martins Fontes, 2006.

reproductiva. Por eso, el maestro de Tubinga supera la interpretación como una *Auslegung*. Para él, interpretación es *Sinngebung*. El jurista brasileño no reconoce la gran contribución de Gadamer en la y para la superación de la cisión entre interpretar y aplicar. En sentido opuesto, este reconocimiento es hecho por autores como Kaufmann, Stein y Castanheira Neves, para hablar sólo de algunos.

Por lo tanto, no se sostienen las críticas que pretenden poner a Dworkin como defensor de un Hércules solipsista y a Gadamer como defensor de un “modelo semántico-pragmático” o de una hermenéutica relativista.<sup>17</sup> Interpretaciones de ese tipo se muestran equivocadas. Pues, como ya se refirió exhaustivamente, mientras que las múltiples teorías que pretenden justificar el conocimiento busca(ron) “superar” al sujeto del esquema sujeto-objeto, eliminándolo o sustituyéndolo por estructuras comunicacionales, redes o sistemas y, algunas de modo más radical, incluso por un pragmatismo fundado en la *Wille zur Macht* (por todas, vale referir las teorías deconstructivistas y el realismo de los *Critical Legal Studies*). Ronald Dworkin y Hans-Georg Gadamer, cada uno a su modo, *siempre buscaron controlar ese subjetivismo y esa subjetividad solipsista a partir de sus posturas antirrelativistas del respeto a la tradición, del virtuosismo del círculo hermenéutico, del respeto a la integridad y de la coherencia del derecho*, de manera que, fundamentalmente, ambas teorías son antimetafísicas porque rechazan, perentoriamente, los diversos dualismos que la tradición (metafísica) nos legó desde Platón. Recordemos que ni Dworkin ni Gadamer admiten la cisión (dualismo) entre interpretación y aplicación. Y eso hace la diferencia.

Es posible afirmar, por lo tanto, que la equivocación recurrente acerca de la comprensión de las tesis de Gadamer y de Dworkin –en especial, la aversión de ambos a la discrecionalidad (que, *semánticamente*, es atravesada en todo momento por la *arbitrariedad* en la atribución de sentidos)– reside en el hecho de pensar que el derrocamiento del esquema sujeto-objeto significó la eliminación del sujeto (presente en cualquier relación de objeto), cuya consecuencia sería un “libre albedrío de sentidos” (a partir de la instauración de un grado cero de sentido).

Por pensar así –y porque tienen la falta de racionalidad en la interpretación–, diversas teorías, tesis o posturas terminaron, de un lado, regresando al problema de

<sup>17</sup> En ese sentido, rechazando cualquier similitud de Hércules con “arbitrariedad” o “subjetivismo”, Wálber Araujo Carneiro propone la alegoría de un juez adaptado a las condiciones sistémico-institucionales del *civil law* y, en contraposición a la lectura posmoderna de Ost, concibe su “juez Hermes” en una “vivienda más familiar”, o sea, en el contexto hermenéutico-filosófico. El juez Hermes propuesto por Wálber “es responsable de traducir jurídicamente aquello que entiende a partir del mundo de la vida”. Aunque Hermes haya sido preparado para moverse en el mundo institucionalizado del derecho, eso no lo convirtió en un “extranjero”, pues “vive su vida en su mundo originario”. La creativa relectura de la alegoría de Hermes traída por Wálber enfrenta aun la formación académica de Hermes, en una fuerte crítica al modelo de enseñanza jurídica en Brasil, así como el “método” heterorreflexivo por él propuesto en su obra (Wálber Araújo Carneiro, *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011, pp. 273-280).



utilizar el método en las ciencias sociales y, de otro, construyendo discursos que exoneraran al sujeto-intérprete del encargo de elaborar discursos de fundamentación (*Begründungsdiskurs*). Todo porque creen en la eliminación del sujeto y en su pura y sencilla sustitución por sistemas (Luhmann) o teorías comunicativas (Habermas).

Dicho de otro modo, si el método para el paradigma representacional es/fue el supremo momento de la subjetividad, la adjudicación de su superación –como magistralmente hizo Gadamer–, no quiere decir que, a partir de entonces, sea posible “decir nada sobre nada”. Al contrario, si el método ponía el lenguaje en un plano secundario (tercer elemento entre el sujeto y el objeto), manipulable por el sujeto solipsista, la intersubjetividad que se instaura con el giro lingüístico-ontológico exige que en el interior del propio lenguaje se haga el control hermenéutico (entre otros elementos, *tomar el texto en serio*, circunstancia que se coaduna perfectamente con las constituciones en la segunda mitad del siglo XX y brinda especial especificidad a la interpretación del derecho, además de reafirmar la autonomía del derecho).

Es necesario, así, entender la problemática de la superación del esquema sujeto-objeto a partir de una visión *paradigmática*. Y, fundamentalmente, darse cuenta de que el derecho no podría quedar inmune a esas transformaciones. Sería una contradicción, por ejemplo, pensar que, tanto Gadamer como Dworkin asumieran posturas que llegasen a contradecirlos. ¿Qué sentido tiene pensar que Gadamer, después de *Verdad y método* (que se debe leer como Verdad contra el método), después de promover una profunda revolución en el campo de la hermenéutica, viniera a defender posturas relativistas (con lo que sepultaría la tradición y todas sus consecuencias, principalmente el problema de la diferencia ontológica)? ¿Por qué motivo Dworkin, después de su vehemente crítica al positivismo de Hart (fundamentada en el problema de la discrecionalidad del solipsismo judicial), vendría a proponer, en lugar de ese juez hartiano, como “solución para el problema”, un juez *superdiscrecional* (o su Hércules)? Por esas razones es que se debe hacer la lectura de Dworkin y Gadamer a partir y desde el interior del giro lingüístico-ontológico y, por lo tanto, desde la superación del esquema sujeto-objeto, debido a que una lectura que no tenga en cuenta los paradigmas, puede generar peligrosas equivocaciones en los casos concretos, como lo he advertido durante todo el texto.

## Bibliografía

- ARAÚJO CARNEIRO, Wálber, *Hermenêutica jurídica heterorreflexiva*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011.
- DE MAGALHÃES BARROS, Flaviane, “A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo”, *Revista do IHJ*, núm. 6, 2008.
- DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz, *Decisão judicial e o conceito de princípio*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008.
- Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, The Belknap Press, 1986.

- \_\_\_\_\_, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1989.
- GADAMER, Hans-Georg, *Wahrheit und Method. Ergänzung Register*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1985.
- JESTAEDT, Matthias, “La ponderación en el derecho”, en Eduardo MONTEALEGRE (comp.), *El derecho público: una ciencia*, trad. de Irmgard Kleine, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- NEVES, Marcelo, *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*, São Paulo, Martins Fontes, 2006.
- OST, François, “Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juez”, *Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 14, 1993.
- STRECK, Lenio Luiz, “Deconstructing the Models of Judges: Legal Hermeneutics and Beyond the Subject-Object Paradigm”, *Nevada Law Journal*, núm. 3, 2010.
- \_\_\_\_\_, “Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas”, en Lenio Luiz STRECK y Ernildo STEIN (comps.), *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2011.
- \_\_\_\_\_, *Verdad y consenso. De la posibilidad a la necesidad de respuestas correctas en derecho*, Uruguay, Editorial B de F, 2012.
- TRIBE, Laurence y Michael DORF, *Hermenêutica constitucional*, trad. de Amarílis de Souza Birchal, Belo Horizonte, Del Rey, 2006.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Jesús M. Casal\* (Venezuela)

## Respuestas del legislador ante la interpretación de la constitución efectuada por la jurisdicción constitucional

### RESUMEN

La constitucionalización del ordenamiento, junto a la profundización de la reflexión sobre los procesos democráticos de toma de decisiones, ha reavivado los debates en torno a la objeción contramayoritaria y ha estimulado el estudio de los modelos llamados débiles de control judicial de la constitucionalidad de las leyes. Después de aproximarse a estos últimos aportes, este trabajo pone de relieve la necesidad de identificar las fórmulas dialógicas de revisión judicial que se desarrollan o pueden desplegarse en diversos sistemas de control judicial de la constitucionalidad, en lugar o antes de contraponer dicotómicamente los modelos denominados fuertes a los calificados como débiles. Además, analiza dos formas de respuesta del legislador ante la interpretación judicial vinculante de la constitución: la reconfiguración legislativa de soluciones jurisprudenciales adoptadas en casos concretos al resolver colisiones, y la reiteración, en determinadas condiciones, de una regulación antes declarada inconstitucional.

**Palabras clave:** diálogo entre la jurisdicción constitucional y el legislador, respuestas legislativas, reedición normativa, configuración legal, colisiones constitucionales.

---

\* Abogado egresado con la mención *Summa Cum Laude* de la Universidad Católica Andrés Bello y doctor en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Constitucional y exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello; actual director de su Instituto de Investigaciones Jurídicas. Miembro de la Comisión Andina de Juristas y del Grupo de Estudios de Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales de la Universidad de Chile y la Fundación Konrad Adenauer. jcasal@ucab.edu.ve

## ZUSAMMENFASSUNG

Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung hat im Zusammenspiel mit der Vertiefung der Überlegungen zu den demokratischen Entscheidungsprozessen die Debatte um die Verweigerung des Mehrheitswillens belebt und Anstöße zur Untersuchung von Modellen einer sogenannten schwachen gerichtlichen Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen gegeben. Im Anschluss an eine Diskussion dieser jüngsten Beiträge unterstreicht die vorliegende Arbeit die Notwendigkeit, dialoggestützte Formeln zur gerichtlichen Revision zu identifizieren, die sich in unterschiedlichen Systemen der gerichtlichen Verfassungskontrolle anstelle einer dichotomischen Gegenüberstellung von als stark oder schwach bezeichneten Modellen entwickeln oder entfalten können. Darüberhinaus analysiert der Beitrag zwei Formen, mit denen der Gesetzgeber auf die rechtsverbindliche gerichtliche Verfassungskontrolle reagieren kann: die Gesetzesform von Lösungen, zu denen die Rechtsprechung bei der Entscheidung über Kollisionen in konkreten Fällen gelangt ist, und, unter bestimmten Umständen, die erneute Verabschiedung von bereits für verfassungswidrig erklärten Bestimmungen.

**Schlagwörter:** Dialog zwischen Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgeber; Reaktionen des Gesetzgebers; erneute Verabschiedung einer Norm; gesetzliche Gestaltung; Verfassungskollisionen.

## ABSTRACT

The constitutionalization of the legal order, together with a more profound reflection on democratic decision-making processes, have reignited debate with regard to the counter-majoritarian objection and have stimulated the study of so-called weak models of judicial control of the constitutionality of laws. After examining these contributions, we show the need for identifying forms of judicial review based on dialogue mechanisms for the different systems of judicial control of constitutionality, instead of resorting to a dichotomy between strong and weak models. We also analyze two types of responses provided by lawmakers to the binding judicial interpretation of the constitution: the legislative reformulation of judicial remedies adopted for specific cases to avoid collisions, and the reiteration, in certain circumstances, of a rule previously declared unconstitutional.

**Keywords:** Dialogue between constitutional courts and the legislator, legislative responses, reformulation of norms, legal configuration, constitutional collisions.

## 1. Respuestas legislativas ante la interpretación judicial de la constitución y diálogo entre la jurisdicción constitucional y el legislador

En la democracia constitucional es primordial el diálogo entre la jurisdicción constitucional y la legislación y entre los órganos que ejercen las respectivas fun-

ciones, ya que a estos debe interesar tanto la preservación de la supremacía constitucional como el saludable desenvolvimiento del proceso democrático. El control judicial de la constitucionalidad de las leyes suscita tensiones con la democracia, pues implica la posibilidad de remover el producto normativo de la voluntad popular representada en el parlamento, si entra en contradicción con la constitución. Pareciera que, desde la óptica de la democracia constitucional, ello no debería ser un problema, ya que la constitución se origina en la soberanía del pueblo e impone límites a las decisiones mayoritarias, pero una amplia literatura existente en la materia ha señalado que esta génesis democrática de las constituciones es muchas veces precaria y que, en todo caso, la base popular del texto constitucional no convierte en democrática a una institución que por su naturaleza fuera contramayoritaria, como lo sería, según una extendida opinión, el control judicial de constitucionalidad de las leyes, en virtud del cual los jueces están facultados para hacer prevalecer sobre el legislador su interpretación acerca de la compatibilidad de una ley con disposiciones de la generalidad o indeterminación que caracterizan a las contenidas en la constitución.<sup>1</sup> Estas últimas apreciaciones ponen de manifiesto algunos fundamentos del debate en torno a la objeción contramayoritaria, pero no bastan para perfilar el control judicial de constitucionalidad de las leyes como antidemocrático, ya que permanece abierta la cuestión de cómo velar por el respeto de los condicionamientos que la propia democracia impone a la construcción de la voluntad colectiva.

No es la finalidad de este trabajo examinar los argumentos que pueden aducirse para desvirtuar dicha objeción. Solo interesa ahora apuntar que, si se la entiende dirigida a negar la justificación o legitimidad de la jurisdicción constitucional en un sistema democrático, puede decirse que es sumamente discutible, pues el control judicial de constitucionalidad de la ley se perfila como un mecanismo al menos útil para mantener el proceso político dentro de los linderos trazados por los presupuestos sustantivos y adjetivos de la democracia, generalmente constitucionalizados, es decir, como una opción por lo menos válida de diseño institucional, que podría ser incluso necesaria desde otros puntos de vista a los que no es preciso referirnos. Sin embargo, la consideración de tal objeción es pertinente cuando esta apunta o es reconducida a poner de relieve que en dicho control judicial confluyen fuerzas encontradas de la democracia constitucional, orientadas a hacer efectiva la voluntad popular del presente, por un lado, y a sujetarla a los parámetros constitucionales, por otro.

Una forma de mitigar la confrontación entre estas fuerzas es el desarrollo de fórmulas de diálogo entre la jurisdicción constitucional y el legislador, así como el afianzamiento de los vínculos democráticos de la justicia constitucional. Ello no con el propósito de que sean pocos los casos en los que un tribunal o sala constitucional

---

<sup>1</sup> Ver, en relación con esta temática, Víctor Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEPC, 1997, pp. 42 y ss.

desautorice al legislador, sino con el objeto de articular mejor el funcionamiento de la jurisdicción constitucional con la dinámica político-legislativa y de consolidar el control judicial de constitucionalidad de las leyes mediante su enriquecimiento democrático. Esta mayor articulación es necesaria porque los jueces constitucionales y el legislador ejercen funciones diferentes, pero concurren en un mismo ámbito: el de las materias constitucionalmente enmarcadas. Son muchos los asuntos en que coinciden desde su específica mirada y papel funcional, y respecto de los cuales los mecanismos de diálogo pueden ser fructíferos. Así, hay zonas intermedias entre lo que la constitución claramente ordena, prohíbe o permite y lo que deja a la discrecionalidad legislativa, en las cuales los instrumentos dialógicos facilitan que se obtenga la solución más idónea.

En este contexto, el funcionamiento de la jurisdicción constitucional ha conducido a que se hayan hecho realidad diversas formas de diálogo entre la jurisdicción constitucional y el legislador. Parte de la doctrina tiende además a propiciar el estudio de esos procesos dialógicos y la incorporación de variados mecanismos de cooperación e intercambio jurisdiccional-legislativo en el control de constitucionalidad de las leyes.<sup>2</sup>

Sin pretender siquiera enunciar todas esas vías institucionales dialógicas, conviene aproximarnos, desde una perspectiva de derecho comparado, a una de ellas, relativa a las posibles respuestas del legislador ordinario a la interpretación de la constitución realizada por la jurisdicción constitucional. Su análisis presupone aludir al alcance con el cual la interpretación de la constitución llevada a cabo por la jurisdicción constitucional vincula al legislador. Solo se examinarán, en sus aspectos fundamentales, dos de los canales por los cuales puede transitar la respuesta democrática del legislador ante la interpretación de la constitución establecida por la jurisdicción constitucional. Se trata de la posibilidad de que el legislador ordinario<sup>3</sup> reitere una regulación legislativa que haya sido objeto de una declaración de inconstitucionalidad, así como de que reconfigure en el plano normativo soluciones jurisprudenciales adoptadas en casos concretos al resolver colisiones constitucionales.

---

<sup>2</sup> En relación con la importancia y las vías para el diálogo y la colaboración entre la jurisdicción constitucional y el legislador, ver, entre otros, Eliseo Aja (ed.), *Las tensiones entre el tribunal constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998, pp. 288 y ss.; Gaspar Caballero, *Corte constitucional y legislador: contrarios o complementarios*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002, pp. 77 y ss.; Carmen Márquez Luzardo, *Interpretación evolutiva de la constitución y teorías de la interpretación constitucional*, Caracas, UCAB, 2015, pp. 119 y ss.; Jesús M. Casal, *Constitución y justicia constitucional*, Caracas, UCAB, 2004.

<sup>3</sup> No son objeto de este estudio las respuestas que pueda adoptar el parlamento como instancia facultada para la revisión de la constitución, bajo las condiciones establecidas en cada ordenamiento.

## 2. Las respuestas legislativas ante la jurisprudencia constitucional vinculante y los sistemas o las formas llamadas débiles de control de la constitucionalidad

Ante las tensiones existentes entre el (auto)gobierno democrático y el control judicial de constitucionalidad de las leyes algunos apuestan por el establecimiento de sistemas débiles de *judicial review*, o los consideran una referencia fundamental con miras a la superación de aquellas.<sup>4</sup> En este sentido, hace aproximadamente diez años se decía que una de las preguntas más importantes que los constitucionalistas habrían de responder en la siguiente década era si las diferencias entre las formas fuertes y las débiles de *judicial review* son suficientes para “disolver, o al menos debilitar, la dificultad contramayoritaria”.<sup>5</sup> Se observa adicionalmente la inclinación a asociar o asimilar los “sistemas” llamados débiles de control de constitucionalidad con la existencia de respuestas dialógicas del legislador ante la interpretación judicial de la constitución. Conviene analizar si resulta apropiado este acercamiento al tema de las posibles respuestas del legislador a la interpretación constitucional vinculante.

Es preciso explicar, primeramente, cuál sería el criterio para atribuir a un sistema o mecanismo de *judicial review* uno u otro carácter. Se afirma que la distinción principal estriba en que en las formas o sistemas fuertes de control, la interpretación constitucional emanada de la jurisdicción constitucional es final e irrevisable para el legislador ordinario, y solo podría ser rechazada o revertida mediante una modificación constitucional; mientras que en las formas o sistemas débiles, el legislador cuenta con la posibilidad de “desplazar” interpretaciones judiciales de la constitución en un corto plazo, sin tener que someterse a los rigores y lapsos de la enmienda o reforma constitucional.<sup>6</sup> Aquí el criterio de diferenciación tendría una relevante dimensión *temporal* y estaría centrado en la posibilidad de *doblegar* al poder judicial en la interpretación constitucional. Se introduce también un elemento de fondo: la aptitud del sistema o mecanismo de control de constitucionalidad para favorecer el diálogo entre la jurisdicción constitucional y el legislador y, por medio de este, con el proceso democrático y sus diversos actores, lo cual se conecta con el peso o valor que se atribuye a la interpretación de la constitución efectuada por el legislador.<sup>7</sup>

Esta conceptualización puede ser problemática. En primer lugar, si las coordenadas en las que se sitúa la cuestión son las de las tensiones entre el (auto)gobierno de-

<sup>4</sup> Ver, entre otros, Mark Tushnet, *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, Princeton, Princeton University Press, 2008, pp. 18 y ss.; Diego Moreno, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2011, pp. 28 y ss.; 266 y 348.

<sup>5</sup> Mark Tushnet, “Judicial review of legislation”, en Peter Cane y Mark Tushnet, *The Oxford Handbook of Legal Studies*, New York, Oxford University Press, 2005, p. 174.

<sup>6</sup> Tushnet, *Weak courts, strong rights*, *op. cit.*, pp. 22-23.

<sup>7</sup> *Ibid.*, pp. 33 y ss. y 79 y ss.

mocrático y la *judicial review*, la calificación de un sistema de control jurisdiccional sobre la constitucionalidad de la ley como débil debería incluir criterios adicionales o alternativos al temporal y al de la capacidad de desplazar la interpretación judicial de la constitución por decisión del legislador ordinario. Así, un sistema de *judicial review* puede minimizar los choques con exigencias democráticas en virtud de factores como las limitadas facultades de los tribunales para controlar la constitucionalidad de las leyes, derivadas de la reducida extensión del parámetro normativo con base en el cual se ejerce el control, las dificultades para acceder al tribunal constitucional u órgano equivalente, las exigencias procesales y probatorias que recaen sobre quien impugne la ley, o el estrecho alcance reconocido a los pronunciamientos del tribunal correspondiente, desde la perspectiva del contenido resolutivo de las sentencias (solo declarativas de la inconstitucionalidad –nunca anulatorias–, con fijación de plazo al legislador para la modificación o derogación legislativa, p. ej.) o del efecto vinculante que posean (solo interpartes, p. ej.).

Por otro lado, los signos de posible debilidad de un sistema de justicia constitucional no necesariamente se traducen en la generación de interacciones dialógicas. La mayor o menor debilidad o fortaleza de un sistema de justicia constitucional, según factores como los mencionados, es un rasgo separable de su aptitud para favorecer el diálogo jurisdiccional-legislativo. Lo decisivo es la apertura al diálogo jurisdiccional-legislativo-democrático de un sistema de justicia constitucional, más allá de su fortaleza o debilidad desde la perspectiva esbozada.

Nótese además que el criterio temporal ya mencionado, tal como se asume, no lleva necesariamente consigo procesos dialógicos. Un legislador facultado para superponerse en todo caso a un pronunciamiento judicial interpretativo de la constitución (*override*), de manera rápida y, se entiende, sin tantas complicaciones procedimentales, podría usar este poder de una manera contraria al diálogo con el tribunal constitucional, guiada más por la voluntad de imponerse completamente a la jurisdicción constitucional en ciertos temas sensibles de su agenda política que por la búsqueda de soluciones intermedias, transaccionales o con algún grado de espíritu componedor o de apertura reflexiva a las razones de la jurisprudencia constitucional. Por eso mismo, centrar la atención en la capacidad legislativa de doblegar o superponerse (*override*) a los tribunales en la interpretación constitucional oscurece, antes que ilumina, el estudio de las fórmulas de diálogo jurisdiccional-legislativo existentes o posibles dentro de los diversos sistemas de *judicial review*.

En ocasiones se acude fundamentalmente a la contraposición entre dos “modelos”, uno fuerte y otro débil, de jurisdicción constitucional, en vez de poner de relieve las distintas formas de diálogo jurisdiccional-legislativo o extralegislativo relacionadas con la interpretación de la constitución que son empleadas en ordenamientos con sistemas fuertes o débiles de *judicial review*.<sup>8</sup> En lugar de abordar dicotómicamente la

---

<sup>8</sup> Tushnet se refiere a la gradualidad de la distinción; ver *Judicial review of legislation*, *op. cit.*, pp. 177-178.



existencia de uno u otro supuesto “modelo”, han de identificarse en unos u otros sistemas los instrumentos que favorecen interacciones entre la justicia constitucional y el legislador, en el ejercicio del control de la constitucionalidad y en la interpretación de la constitución. También en sistemas usualmente calificados como fuertes, como el estadounidense<sup>9</sup> o el europeo de inspiración kelseniana, al igual que en sistemas híbridos o mixtos, como los predominantes en América Latina, se producen interacciones dialógicas, cuyo reconocimiento y análisis puede ser, desde la óptica de estos ordenamientos, tan o más certero, en términos descriptivos, y fructífero desde el punto de vista práctico e institucional-democrático, que la artificial alternativa mencionada y la necesidad de optar entre uno u otro modelo que de allí resultaría.

Algunos calificarían esas fórmulas dialógicas como manifestaciones de un control judicial débil de la constitucionalidad dentro de un sistema fuerte de control. Es preciso, sin embargo, advertir que a veces bajo el concepto de la modalidad débil de control judicial (*weak-form judicial review*)<sup>10</sup> se engloban fenómenos bastante distintos, sin que se pongan debidamente de manifiesto sus diferencias. En un “sistema” o “modelo” de control de constitucionalidad en su modalidad débil, el legislador podría torcer el brazo de la judicatura o, más bien, dejar de lado lo que ella haya establecido como jurisdicción constitucional respecto de la inconstitucionalidad de una regulación, para mantener o hacer prevalecer la posición legislativa sobre la interpretación que ha de darse a determinadas normas constitucionales. Mientras que ciertas manifestaciones de un control judicial moderado, más bien dialógico, de la constitucionalidad pueden desplegarse en el interior de los sistemas llamados débiles o también de los calificados como fuertes, que dejan incólume la facultad judicial última de determinar si la ley dictada es o no compatible con la constitución, aunque abran espacios a la reacción legislativa ante el pronunciamiento judicial.

Así, por ejemplo, son de naturaleza sustancialmente distinta la cláusula *notwithstanding* (cláusula de salvedad o, con una traducción impropia que en ocasiones se emplea, de derogación), prevista en la sección 33 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, y la norma contenida en la sección 1 de esta Carta, según la cual los derechos que ella garantiza solo quedan sujetos a limitaciones razonables, establecidas por la ley, que puedan ser justificadas de manera demostrable en una sociedad libre y democrática.

La cláusula *notwithstanding*,<sup>11</sup> cuyo trasfondo histórico radica en las tensiones institucionales entre la federación y las provincias en Canadá, permite incluir en la

---

<sup>9</sup> Tushnet alude a la evolución de la jurisprudencia de la suprema corte referida a las limitaciones al discurso crítico de políticas gubernamentales, caracterizada por el experimentalismo y por la apertura a la realidad forense y a la observación de las sucesivas regulaciones y de sus implicaciones, antes de la realización de un control judicial más riguroso o intenso, con los respectivos criterios jurisprudenciales, (*Weak courts, strong rights, op. cit.*, pp. 66 y ss.).

<sup>10</sup> *Ibid.*, pp. 24 y ss.

<sup>11</sup> Al respecto, ver Peter Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 2014, pp. 39-1.

ley una declaración con la advertencia de que sus preceptos o algunos de ellos son aplicables con independencia de que puedan entrar en contradicción con normas de la Carta, dejando a salvo los derechos que están fuera del alcance de la cláusula. De esta forma, la ley o las disposiciones legales comprendidas por la cláusula son inmunes a un control judicial de la constitucionalidad, basado en la vulneración de las correspondientes disposiciones de la Carta, durante un tiempo no superior a cinco años, lapso que coincide con el de la legislatura (Cámara de los Comunes). La incorporación de esa cláusula en alguna ley puede obedecer principalmente a que la jurisprudencia constitucional existente se opone a preceptos como los dictados o también a que, aun en ausencia de aquella, el legislador piensa que posiblemente surgirán cuestionamientos sobre la constitucionalidad de la ley que deben ser evitados anticipadamente. En uno u otro supuesto, resulta eclipsado el control judicial de constitucionalidad de la ley y podría hablarse, si la praxis institucional lo permitiera,<sup>12</sup> de un modelo débil de *judicial review*, en el sentido ambiguo o equívoco de la expresión antes criticado, al menos en materia de derechos (aunque no en relación con todos los derechos).

La sección 1 de la misma Carta tiene un sentido diferente. Ella recoge una formulación similar a la del artículo 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y establece las condiciones bajo las cuales los derechos allí consagrados pueden ser limitados. Sus limitaciones tienen que ser razonables y debe haberse demostrado que son justificadas en una sociedad libre y democrática. Con esta formulación, la Carta adopta parámetros para medir la licitud de las restricciones a los derechos similares a los contemplados o desarrollados en ordenamientos jurídicos con sistemas de control de constitucionalidad que serían calificados como fuertes, en los cuales los principios de razonabilidad o proporcionalidad ostentan gran importancia al determinar la validez de las restricciones a derechos fundamentales. La propia Corte Suprema de Canadá ha señalado que, al verificar si una restricción legislativa está justificada, en los términos de la sección 1 de la Carta, ha de acudir a un cierto test de “proporcionalidad”,<sup>13</sup> el cual posee escalones o elementos que son semejantes a los del clásico esquema germánico.

Sin embargo, la faceta dialógica específica que este control ha adquirido en Canadá estriba en que la exigencia de que sea demostrada la justificación de la limitación, vinculada a una carga que debe cumplir la autoridad interesada en el sostenimiento de la restricción, se ha aplicado de tal modo que deja márgenes para que el Parlamento o las legislaturas reaccionen al pronunciamiento judicial dictando una ley

---

<sup>12</sup> Dicha praxis tiende a mover el ordenamiento canadiense hacia los sistemas fuertes de control, ante la escasa invocación de la cláusula; ver Tushnet, *Weak courts, strong rights.*, *op. cit.*, pp. 31 y ss., aunque hay otras corrientes institucionales dentro del sistema que frenan ese desplazamiento. No obstante, esto no supone que la sección 33 de la Carta sea irrelevante, pues subsiste potencialmente como instrumento en manos del legislador y puede generar consideraciones estratégicas o prudenciales en la judicatura.

<sup>13</sup> Tushnet, *ibid.*, p. 32.

sobre la misma materia y no muy alejada en su contenido o finalidad de la anterior, con la cual se intenta evidenciar la justificación de la medida limitativa adoptada, atendiendo a los requerimientos de la sentencia.<sup>14</sup> Si, según el órgano jurisdiccional, no se demostró que la ley fuera idónea para lograr el fin perseguido o que las limitaciones de derechos fueran necesarias para alcanzarlo o proporcionales en un sentido más global, el legislador puede dictar una ley sobre el mismo asunto, procurando patentizar o completar lo que antes fue estimado insuficiente por la Corte al declarar la inconstitucionalidad de la ley o de algunas de sus disposiciones.

Este último tipo de respuestas legislativas no es conceptualmente extraño a sistemas llamados fuertes de control. Salvo el caso de una ley que simplemente reedite abiertamente la norma antes declarada inconstitucional,<sup>15</sup> sin ningún ajuste o soporte argumentativo o empírico distinto, lo cual nos colocaría ante una problemática diferente, la posibilidad de que el legislador reaccione, con éxito, ante la declaración judicial de la inconstitucionalidad de una ley por falta de proporcionalidad mediante la adopción de una nueva ley, que considere los parámetros fijados por la sentencia e intente convencer de que han sido colmados, no ha de descartarse en los sistemas llamados fuertes de control de la constitucionalidad en que tal principio se aplica. La sección 1 de la Carta Canadiense, tal como ha sido interpretada, ilustra ciertamente sobre una dimensión dialógica plausible del examen de proporcionalidad hasta ahora poco desarrollada en otros sistemas. No obstante, esta modalidad dialógica de control no debe entenderse reservada a un sistema o modelo débil de control de la constitucionalidad. Al contrario, ella presupone que no basta una decisión del legislador para desplazar en un corto plazo el pronunciamiento judicial referido a la inconstitucionalidad de una regulación (*override*); lograrlo implica activar interacciones dialógicas que parten de la interpretación constitucional vertida en el pronunciamiento judicial y que a menudo la asumen como válida, conservando los jueces constitucionales la facultad de evaluar si los criterios jurisprudenciales han sido cumplidos o si deben ser modificados.

La doctrina que se refiere a las formas débiles de control de la constitucionalidad afirma que estas permiten respuestas prontas (*real-time dialogue*) y efectivas del legislador ante las interpretaciones de la constitución provenientes de la jurisdicción constitucional.<sup>16</sup> En sistemas de control de la constitucionalidad que esa misma doctrina califica de fuertes, dicha respuesta, en boca del legislador ordinario, no siempre es fácil y rara vez es inmediata; pero es admisible, bajo ciertas condiciones, y puede ser objeto de estudio desde la lógica propia de tales sistemas, como se expone en la continuación.

---

<sup>14</sup> Hogg, *op. cit.*, pp. 36-5.

<sup>15</sup> Supuesto este que puede llegar a formar parte del espectro de la norma en Canadá, excepcionalmente, aunque la Corte Suprema conserva la facultad de estimar contraria a la Constitución la norma reeditada; *idem*.

<sup>16</sup> Tuhsnet, *Weak courts, strong rights, op. cit.*, pp. 18 y ss. y 33 y ss.

### 3. Efecto vinculante de la jurisprudencia constitucional y respuestas legislativas

La eficacia vinculante de las interpretaciones constitucionales originadas en un tribunal o sala constitucional no debe conducir al desconocimiento del papel que han de cumplir los jueces ordinarios en la construcción del derecho constitucional y en la adaptación de criterios fijados por la más alta instancia de la justicia constitucional. Tampoco debe coartar abusivamente la libertad política y la facultad de configuración normativa del parlamento, como espacio institucional democrático-representativo por excelencia. En relación con lo primero, es conocida la diferenciación entre la *ratio decidendi* y el *obiter dictum* de un pronunciamiento judicial y su utilidad para la formación de la jurisprudencia en sistemas regidos por el *stare decisis*, como también la relevancia que en estos posee la técnica de la distinción para la adaptación de los precedentes, lo cual ha trascendido en parte a la jurisdicción constitucional en sistemas de derecho civil.<sup>17</sup> Es importante afinar estas categorías y aplicarlas de tal manera que exista fluidez en el proceso de enriquecimiento jurisprudencial del derecho constitucional.

Dicha fluidez es beneficiosa en las relaciones de la jurisdicción constitucional con los jueces ordinarios. Estos son los que normalmente quedan comprendidos por el efecto vinculante de la interpretación constitucional emanada de los tribunales o salas constitucionales, a menudo bajo la figura del precedente. El legislador se sitúa en una posición institucional distinta, aunque, en algunos ordenamientos, la regulación respectiva pretende en parte incluir al legislador bajo el radio de influencia de esa eficacia vinculante.<sup>18</sup> Pero aun cuando el legislador no sea destinatario formal o directo de tal eficacia, dicha interpretación no puede resultarle indiferente, más allá de que obviamente deberá observarse el dispositivo del fallo respectivo. Es decir, lo establecido mediante sentencia por el tribunal o sala constitucional en relación con la aplicabilidad o validez de una ley, en procesos de control normativo, ha de recibir cabal cumplimiento, pero se discute la cuestión de si la interpretación de la constitución que sirve de sustento a esa declaración judicial obliga al legislador o con qué alcance. Este interrogante puede plantearse también, según la regulación de cada sistema, respecto de las interpretaciones vertidas por la jurisdicción constitucional en otra clase de procesos.<sup>19</sup>

Una proyección no matizada de la interpretación jurisprudencial vinculante de la constitución sobre el legislador puede suscitar serias complicaciones institucionales. Incluso en ausencia de ese efecto jurídico directo, es notable la repercusión de los pronunciamientos de los tribunales constitucionales sobre el legislador. Es natural

---

<sup>17</sup> Ver Román Duque Corredor, *Sistema de fuentes de derecho constitucional y técnica de interpretación constitucional*, Caracas, Homero, 2014, pp. 73 y ss. y 99 y ss.

<sup>18</sup> Como en el derecho alemán, al que luego se hará mención.

<sup>19</sup> Ver Aja, *op. cit.*, pp. 272 y ss.

que los diputados o parlamentarios, o sus asesores, o los del poder ejecutivo en lo que atañe a la iniciativa legislativa –o a los poderes normativos delegados o extraordinarios de que disponga–, examinen las sentencias pertinentes de los tribunales o salas constitucionales antes de dictar o proponer una normativa, para no correr el riesgo de que la ley sea declarada inconstitucional. También lo harán las bancadas de oposición, para emplear o tener en cuenta los criterios correspondientes en el debate sobre el proyecto de ley. Si en el ordenamiento respectivo existe un control previo de la constitucionalidad de las leyes activable a instancias de la oposición parlamentaria, esta inclinación será más acentuada. Algunas investigaciones empíricas han documentado la influencia de los pronunciamientos del tribunal constitucional sobre el trabajo de los parlamentarios y sobre el debate político, corroborando lo antes señalado.<sup>20</sup>

La interpretación de la constitución efectuada por los tribunales o salas constitucionales no puede vincular al legislador de la misma forma en que lo hace respecto de los jueces. Los jueces están integrados, junto al tribunal o sala constitucional, en un sistema jurisdiccional –ello con independencia de que el tribunal constitucional pertenezca o no al poder judicial–, llamado a decir o pronunciar el derecho mediante la resolución de conflictos, mientras que el legislador es competente para crear o cambiar el derecho positivo en el correspondiente plano normativo. Los jueces coadyuvan a la construcción del derecho y de esta forma a su creación, pero lo hacen de forma diferente y su función institucional no es equiparable a la del legislador. Es razonable que se exija a los jueces sumarse, como actores con capacidad crítica, a las interpretaciones constitucionales establecidas por la máxima instancia de la justicia constitucional, para que la jurisprudencia actúe de manera articulada en la garantía de la constitución, con la posibilidad de dinámicas de modificación o ajuste promovidas por la propia judicatura.

Sin embargo, la posición institucional del legislador es diferente. El legislador está llamado a cumplir una función especial en la identificación de las necesidades y concepciones o valoraciones sociales, que ya se ponen de manifiesto en los procesos democráticos que determinan la propia integración del parlamento. Esto puede motivar que sea preciso impulsar legislativamente en algún ámbito una lectura de las disposiciones constitucionales que difiera de los criterios jurisprudencialmente establecidos, la cual obviamente no vincula a la jurisdicción constitucional, pero debe ser evaluada y hace patente la importancia de prever canales institucionales para el diálogo jurisdiccional-legislativo. Puede ocurrir igualmente que el parlamento formule una regulación global sobre una materia abordada fragmentariamente por la jurisprudencia constitucional, apoyándose en los respectivos criterios judiciales, pero eventualmente ajustándolos en atención a los principios de política legislativa que guíen dicha normativa.

---

<sup>20</sup> Gunnar F. Schuppert y Christian Bumke, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, Baden-Baden, Nomos, 2000, pp. 45 y ss.

En este trabajo serán analizadas dos vertientes de la especial posición institucional del legislador ante la interpretación judicial de la constitución: en algunos ordenamientos con sistemas de control judicial de la constitucionalidad que serían calificados como fuertes, dadas las condiciones que se señalarán, el legislador puede, según criterios jurisprudencialmente asumidos o mayoritarios en la doctrina, aprobar una normativa que suponga replantear una problemática jurídica ya resuelta por la jurisdicción constitucional al declarar la inconstitucionalidad de una ley; por otro lado, hay razones para admitir que el legislador establezca una solución general o abstracta referida al arreglo o convivencia entre derechos o bienes constitucionales en colisión, que no quede encadenada a las puntuales decisiones circunstancialmente adoptadas por los jueces constitucionales al dirimir los respectivos conflictos concretos.

### **3.1. La posibilidad de dictar una norma similar a otra antes declarada inconstitucional**

Suele aceptarse en el derecho procesal constitucional que la desestimación de la inconstitucionalidad de una ley no impide la ulterior interposición de un recurso impugnatorio contra la misma, cuando este temporalmente aún proceda, o el planteamiento de una cuestión o excepción de inconstitucionalidad respecto de esa ley. Esta es una manifestación de la flexibilidad de la cosa juzgada en los procesos de control normativo.

Un asunto debatido, por el contrario, es la posibilidad de que el legislador reedite una disposición previamente declarada inconstitucional, lo cual se discute desde la categoría de la cosa juzgada o desde la óptica del efecto vinculante de la jurisprudencia constitucional. No se trata simplemente de que el legislador reaccione ante un pronunciamiento jurisdiccional dictando una segunda ley sobre la misma materia, pero ajustándola completamente a las exigencias del fallo anulatorio anterior, sino de introducir normativamente alguna discrepancia, modificación o adaptación respecto de lo resuelto por la jurisdicción constitucional. La tendencia, no exenta de controversias, de algunos ordenamientos jurídicos consiste en permitir, al menos bajo ciertas condiciones, la reproducción en una ley futura de la norma antes declarada inconstitucional o de una similar, ello en virtud del papel del parlamento en una democracia. Según tal orientación se estima que este debe contar con la facultad de volver a emitir dicha norma si considera que, en atención al fin de la nueva ley, distinto al de la ley contentiva de la norma ya censurada, el asunto debe examinarse de otro modo; o si ha habido cambios en el contexto normativo, en las circunstancias sociales o en las concepciones predominantes en la comunidad que hagan aconsejable una relectura del precepto constitucional que dio fundamento al control.

Estos márgenes para la respuesta legislativa son razonables, pues armonizan las exigencias de la supremacía constitucional y de la garantía jurisdiccional en el campo

de los derechos, con las de la dinámica jurídica y social y los procesos democráticos que la canalizan. Fuera de los supuestos mencionados u otros análogos, como el replanteamiento de una regulación sustancialmente igual con base en evidencias empíricas adicionales, la simple insistencia del legislador en la aprobación de la norma declarada inconstitucional representaría un desacato a la decisión del tribunal o sala constitucional. Esto podría encauzarse a través de un medio procesal especial que permita ejecutar el pronunciamiento judicial anterior, previa verificación jurisdiccional, con oportunidad para el contradictorio, sin que sea por tanto necesario activar desde el comienzo un proceso de inconstitucionalidad contra la nueva ley. Lo expuesto confirma que la cosa juzgada constitucional es relativa y que la línea divisoria entre la constitucionalidad y la inconstitucionalidad de una regulación, judicialmente declarada, no es definitiva ni del todo rígida.<sup>21</sup>

Dos ejemplos del derecho comparado dignos de mención son el de Francia y Alemania. El Consejo Constitucional francés ha sostenido que si hay modificaciones en la redacción de las disposiciones antes invalidadas, o en el objeto o fin de la ley que las recoge, no procede hacer valer directamente el efecto de cosa juzgada. Se ha subrayado, con base en su jurisprudencia, que estas pautas admiten un margen de decisión significativo y que la posición general del Consejo Constitucional es la de ser prudente en el momento de estimar que la controversia sobre la constitucionalidad de una regulación ha quedado zanjada por una sentencia previa.<sup>22</sup> El mismo criterio de estimar inaplicable la cosa juzgada, si la disposición ha sido reformulada o el propósito de la ley es otro, denota flexibilidad y abre campo a la reconsideración de la temática constitucional originalmente resuelta.

En Alemania se ha producido una discrepancia, de significación más teórica que práctica, entre los dos senados del Tribunal Constitucional Federal en relación con la licitud de la reiteración de una norma previamente declarada nula a causa de su inconstitucionalidad. Esto a pesar del texto categórico de la ley que regula las funciones de este Tribunal, cuyo artículo 31.1 establece que las decisiones del Tribunal Constitucional Federal vinculan “a los órganos constitucionales de la federación y de los estados así como a todos los tribunales y autoridades”. Este último precepto sustenta la postura del Segundo Senado del Tribunal, pues de aquel se colegiría una prohibición de reiteración de la norma declarada inconstitucional. Mientras que el Primer Senado afirma que el legislador, según la Ley Fundamental (art. 20.3), está sometido solo al orden constitucional, no al de rango legal, al cual pertenece el citado artículo 31.1, y en ejercicio de su libertad de configuración normativa puede dictar nuevamente una norma antes rechazada por inconstitucional, con fundamento en la singular responsabilidad del parlamento, democráticamente legitimado para la adaptación del ordenamiento jurídico a exigencias sociales cambiantes y a altera-

---

<sup>21</sup> Casal, *op. cit.*, p. 248.

<sup>22</sup> Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, París, Montchrestien, 1995, pp. 142 y ss.

ciones en la conciencia o concepción jurídica de la comunidad. Ello se justificaría además en las limitaciones procesales del Tribunal Constitucional Federal, el cual carece, como muchos otros tribunales constitucionales, de facultades para corregir por propia iniciativa su jurisprudencia en procesos de control normativo, por lo que el legislador no debe estar atado por una prohibición de reiteración que priva a la jurisdicción constitucional de la oportunidad de revisar un criterio jurisprudencial no ajustado a las transformaciones de la realidad o de las valoraciones sociales. Buena parte de la doctrina se inclina a favor de la tesis del Primer Senado.<sup>23</sup>

En España, la cuestión ha sido igualmente objeto de discusión. Si bien la simple reiteración de la ley declarada inconstitucional es calificada por algunos como un ilícito constitucional, se ha afirmado que de la Constitución española cabe inferir un principio implícito de reversibilidad de los pronunciamientos constitucionales,<sup>24</sup> dado que ella prevé la renovación parcial del Tribunal Constitucional, cada tres años, y ordena que las sentencias del Tribunal Constitucional se publiquen junto a los votos particulares, si los hubiere, lo cual sería expresión de una idea de movilidad o flexibilidad de la declaración jurisdiccional, asociada a la renovación periódica y al voto particular como posible anticipo de un cambio de criterio. Adicionalmente, en atención a la evolución de los sistemas europeos de control de la constitucionalidad, se aboga por un modelo más dinámico de justicia constitucional, que comprendería un tratamiento matizado, no rígido, de este asunto.<sup>25</sup>

Bajo las premisas expuestas, hay márgenes adecuados para el replanteamiento de los asuntos constitucionales tratados por la jurisdicción constitucional en una decisión previa relativa a la inconstitucionalidad de alguna ley. La última palabra sigue correspondiendo a los tribunales o salas constitucionales, pero esta se inscribe en un proceso de diálogo y mutua consideración institucional, en el que la primera palabra generalmente emanada del legislador debe ser apreciada suficientemente, lo cual ha de tener repercusión en distintos momentos o aspectos del control de constitucionalidad. El proceso jurisdiccional ha de ser estructurado de tal manera que se garantice la oportunidad de intervención del legislador y de participación de la ciudadanía, y las modalidades de las sentencias dictadas en el control de constitucionalidad de la ley han de incluir fórmulas de reparación bilateral (o trilateral) de la inconstitucionalidad, que tengan en cuenta la posición institucional del parlamento. Además, ni la cosa juzgada ni el efecto vinculante deben cerrar las puertas a la reconsideración de un criterio jurisprudencial, por iniciativa del legislador, en las condiciones indicadas, de manera que se acepta y promueve un diálogo jurisdiccional-legislativo aun después de dictada una sentencia que declare la inconsti-

---

<sup>23</sup> Klaus Schlaich y Stefan Koriath, *Das Bundesverfassungsgericht*, München, Beck, 2007, pp. 268 y ss.

<sup>24</sup> Javier Jiménez Campo, "Qué hacer con la ley inconstitucional", *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley*, Cuadernos y debates, núm. 66, 1997, p. 27.

<sup>25</sup> Aja, *op. cit.*, p. 284.



tucionalidad y nulidad de una ley. El tribunal o sala constitucional deberá evaluar si se dan tales condiciones, siendo posible adoptar posiciones matizadas, ya que la revisión puede tener fundamento solo respecto de algunos y no de todos los tópicos que el legislador intentaba replantear. Puede incluso que, estimándose justificada la reconsideración del problema, se llegue nuevamente a la conclusión de que la disposición legal es inconstitucional, pero no con base en la expedita constatación de que existe una cosa juzgada, sino en virtud de una discusión suficientemente amplia sobre los argumentos o evidencias que aducen quienes sostienen una tesis diferente.

Es interesante observar que, según lo expuesto, entre la primera palabra –del legislador– y la última –de los tribunales o salas constitucionales– pueden y suelen tener lugar interacciones dialógicas entre la jurisdicción constitucional y el legislador. En ellas ha de participar también la ciudadanía como sujeto de la dinámica interpretativa de la Constitución. Y la última palabra jurisdiccional cierra un ciclo interpretativo en relación con el caso o situación decididos, pero el diálogo puede continuar por mecanismos diversos y dar inicio a un nuevo ciclo. El diseño institucional debe favorecer este diálogo.<sup>26</sup>

### **3.2. La posibilidad de reconfigurar legislativamente las reglas jurisprudenciales resolutivas de colisiones**

Pasamos a referirnos a un tipo de iniciativa legislativa ante la jurisprudencia constitucional que no suele reconocerse expresamente en la doctrina o en la jurisprudencia, pero que estimamos justificada por razones diversas.

Con más frecuencia de lo que se refleja en estudios referidos a los temas aquí tratados, la interpretación constitucional proveniente de un tribunal o sala constitucional no se emite en procesos de control normativo (abstracto o concreto), sino en procesos de amparo u otros de similar naturaleza, en los que corrientemente no se dicta pronunciamiento alguno sobre la inconstitucionalidad de una ley, lo cual no significa que dicha interpretación carezca de eficacia vinculante. En estos supuestos, el legislador debe estar en principio facultado para adoptar una regulación global sobre una materia que la jurisdicción constitucional haya abordado de manera simplemente puntual o casuística, y al hacerlo puede establecer criterios que no concuerden completamente con los que se hubieran fijado jurisprudenciales en casos concretos. Debe precisarse no obstante hasta qué punto esto es admisible. Se analizará esta cuestión desde la óptica de la resolución jurisdiccional de colisiones constitucionales.

La problemática que ha de considerarse es la siguiente: los jueces, al solucionar conflictos en el ámbito de los derechos, efectúan ponderaciones que conducen a una regla aplicable a un caso particular y que a su vez puede o debe servir de base para

---

<sup>26</sup> En tal sentido, ver Markus González Beilfuss, *Tribunal constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Madrid, CEPC, 2000; Casal, *op. cit.*, pp. 254 y ss. y 285 y ss.

dirimir posteriores situaciones antinómicas sustancialmente iguales.<sup>27</sup> Esto según una síntesis muy apretada de una visión hoy muy extendida acerca de la manera de tratar dichas colisiones. Pues bien, cabe preguntarse qué valor posee esa regla derivada de la labor jurisdiccional resolutoria de colisiones constitucionales.

Una aproximación al asunto sería estimar que tales reglas, al resultar de ponderaciones entre principios constitucionales y, a fin de cuentas, de una interpretación de la constitución, adquieren una rigidez semejante a la de la constitución. Esta postura tendría, sin embargo, que ser rechazada, porque no deben confundirse los parámetros constitucionales que convergen en ese conflicto normativo con la norma o regla que nace de su resolución. Esta regla tendrá pues el valor que le otorgue la exigencia de coherencia en la solución de controversias en un orden jurídico y la que le corresponda en virtud del carácter persuasivo o vinculante de los precedentes. En ello incide la concepción que se tenga sobre la ponderación, pues desde una visión universalista, la racionalidad de la ponderación se vincula con la posibilidad de generalizar la concreta decisión adoptada, a la luz de los datos particulares que la fundamentaron.<sup>28</sup>

Bajo la óptica de la eficacia del precedente, si un tribunal o sala constitucional dirime una controversia asociada a la colisión entre principios o derechos constitucionales, su pronunciamiento sentará un precedente para casos futuros, cuya mayor o menor fuerza obligatoria dependerá de cada sistema. Aun en los supuestos en los que esta es reconocida formalmente, existen compuertas por las cuales el dinamismo de la sociedad y del derecho circula. Una de ellas estriba en la distinción entre la *ratio decidendi* y el *obiter dictum*, que permite circunscribir y adaptar los criterios vinculantes, lo cual tiene especial relevancia en la esfera de la jurisdicción.

Pero la cuestión de mayor significación se refiere a la libertad con que cuente el legislador para configurar de manera general o abstracta las relaciones entre bienes constitucionales en potencial colisión, a pesar de la existencia de precedentes jurisprudenciales relativos a la resolución en concreto de conflictos normativos entre ellos, emanados de un tribunal o sala constitucional. Si ya existe una ley que regule en abstracto estas (potenciales) colisiones y los jueces constitucionales, al ser requeridos para dirimir el conflicto, estiman que la solución legislativa es contraria a la constitución, se suscita un tema de control de constitucionalidad de la ley; pero si el legislador no ha intervenido y la jurisdicción constitucional ha sido precursora, surge la pregunta acerca del alcance de sus precedentes frente al legislador. Con frecuencia se entiende que las razones fundantes o determinantes de las decisiones del tribunal constitucional, y la respectiva interpretación de la constitución, aun de

---

<sup>27</sup> Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1993, pp. 95 y ss.; Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 192 y ss.

<sup>28</sup> David Martínez Zorrilla, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 179 y ss.

las proferidas fuera de los procesos de control de la constitucionalidad de normas, ostentan una eficacia vinculante, al menos respecto de los jueces. No obstante, debe preservarse la facultad del legislador de evaluar de manera global la relación entre los principios involucrados, a la luz de los criterios jurisprudenciales, considerando todos los bienes jurídicos en juego, y de precisar la forma de articularlos y de definir los términos de su convivencia.

La necesidad de dejar a salvo esta facultad legislativa se sustenta en dos razones principales. La primera se relaciona con un *plus* componedor que puede estar presente en la resolución jurisdiccional de colisiones. Si la ley no ha regulado la tensión entre los principios enfrentados de manera latente y la jurisdicción constitucional, al conocer de amparos o de otras acciones o recursos referidos a situaciones concretas, establece una fórmula de articulación que se orienta por un espíritu componedor entre los derechos o bienes en conflicto, puede suceder que haya adoptado una solución constitucionalmente razonable más no necesaria ante la colisión. Es decir, puede que, dada la ausencia de la determinación legislativa sobre el modo de armonizarlos, el juez constitucional haya fijado, a la luz del caso particular y ante su obligación de decidirlo, un esquema de relaciones entre ellos conceptualmente provisional y que deja márgenes para una articulación general posterior efectuada por el legislador.

Esta provisionalidad no siempre se hará explícita en la sentencia, pero podrá inferirse de su análisis, y la regulación legislativa definitiva o estable sobre la situación de colisión latente o abstracta puede diferir de la regla jurisdiccionalmente fijada, al menos en aquello que no pertenezca a la esencia de lo que el tribunal constitucional haya interpretado de la constitución al dirimir el conflicto. Recuérdense que, conforme a la evolución de la jurisdicción constitucional, no es inusual que esta adopte, en el control de constitucionalidad de las leyes, regulaciones provisionales sobre las relaciones jurídicas correspondientes, que rigen hasta tanto sea dictada la legislación que se ajuste a los criterios que fundamentaron la declaratoria de la inconstitucionalidad de la ley. Este tipo de reglas provisionales difieren de las que ahora se están comentando, pues son concebidas explícitamente con tal carácter, como consecuencia de la inconstitucionalidad de una ley y de la necesidad de dejar en pie criterios normativos cónsonos con la constitución hasta la aprobación de la nueva ley; mientras que en los casos de colisiones, que se suscitan en procesos de amparo u otros similares, las soluciones establecidas son definitivas, aunque esta fijeza se refiere a la controversia concreta decidida, en correspondencia con la naturaleza del proceso y del objeto del control, no a todos los elementos interpretativos involucrados en su resolución. Hay aquí, pues, una combinación entre la fijeza de la decisión particular y la ductilidad de ciertos criterios o puntos de vista que le dieron fundamento, en especial de aquellos asumidos para suplir la ausencia de una determinación legislativa y que sustancialmente respondan más a la búsqueda de un arreglo razonable entre los principios enfrentados.

Por supuesto, el legislador podría también apartarse del criterio esencial de la interpretación proveniente del tribunal o sala constitucional, si piensa que aquel

debe matizarse en virtud de la visión de conjunto o abstracta de la colisión examinada, o debe ajustarse a nuevas circunstancias o a una alteración en las valoraciones sociales predominantes, y en tal caso la ley dictada en sentido no coincidente con el de la jurisprudencia constitucional habría de entenderse como una propuesta de modificación del criterio imperante, que la jurisdicción constitucional habría de considerar cuando fuera requerida su intervención.

La segunda razón se refiere a la eventual existencia de elementos de carácter normativo o empírico que no hayan sido tenidos en cuenta al resolver la colisión. Nótese que la intervención judicial al dirimir conflictos entre derechos u otros principios constitucionales es puntual o concreta y se inscribe en las coordenadas particulares de las situaciones fácticas examinadas, mientras que el legislador está en condiciones de efectuar una apreciación general de la tensión o colisión potencial planteada, que introduzca en la ponderación bienes o intereses jurídicos no sopesados por la jurisdicción constitucional en los casos sometidos a su conocimiento. Puede haber además avances científicos, presentes al tiempo de las decisiones judiciales emitidas o posteriores a ellas, que no hayan sido evaluados, o no lo hayan sido suficientemente. Esto justifica que el legislador entre en escena para reconfigurar desde una perspectiva más global las soluciones que los tribunales constitucionales hayan establecido desde una óptica más parcial o incompleta.

Esta es, pues, una posible modalidad de respuesta legislativa ante la interpretación de la constitución que lleva a cabo la jurisdicción constitucional, la cual se inscribe también en el marco de un diálogo jurisdiccional-legislativo. Este no concluye con la promulgación de la ley que ordene de manera general la materia objeto de tratamiento jurisprudencial puntual o fragmentario, sino que puede continuar si se activa el control de la constitucionalidad, mediante el cual la jurisdicción constitucional puede acoger, en todo o en parte, el diseño legislativo.

#### **4. Conclusión: hacia un constitucionalismo abierto**

Las tensiones entre el constitucionalismo y la democracia, que se han acentuado en virtud del proceso de constitucionalización, han conducido a que algunos defiendan un constitucionalismo débil y el establecimiento de sistemas o modelos también débiles de control judicial de la constitucionalidad, en los que el legislador pueda imponerse frente a la jurisdicción constitucional en la interpretación de la constitución, o en la resolución de las correspondientes disputas. También se ha planteado que ciertas materias queden anticipadamente excluidas de la revisión de la constitucionalidad de las leyes.

No es posible entrar ahora en la consideración de las distintas opciones que al respecto han sido examinadas y, en algunos casos, adoptadas. Sí interesa advertir que esta aproximación al problema parece equivocada, más aún en el contexto latinoamericano. Ante la alternativa artificialmente construida entre un consti-

tucionalismo fuerte y un constitucionalismo débil, ha de transitarse la ruta de un constitucionalismo abierto, perforado o, mejor, alimentado o enriquecido por la vertiente democrática del sistema en que se inserta. Ello ha de tener una concreta proyección institucional en la jurisdicción constitucional, lo cual comprende tópicos como los procedimientos de designación de los magistrados de los tribunales o salas constitucionales, la duración de su mandato, la regulación de los procesos ante tales órganos jurisdiccionales, la modulación de las sentencias dictadas en el control de constitucionalidad de las leyes, entre otros. En particular, es fundamental prever oportunidades institucionales para el diálogo entre la jurisdicción constitucional y la legislación en las distintas etapas de los procesos de control de constitucionalidad, también después de dictada una sentencia, en fase de ejecución o cumplimiento. Adicionalmente, como antes se señaló, no ha de descartarse un replanteamiento de problemas interpretativos ya resueltos por la jurisdicción constitucional.

## Bibliografía

- AJA, Eliseo (ed.), *Las tensiones entre el tribunal constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1993.
- CABALLERO, Gaspar, *Corte constitucional y legislador: contrarios o complementarios*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002.
- CASAL, Jesús M., *Constitución y justicia constitucional*, Caracas, UCAB, 2004.
- DUQUE CORREDOR, Román, *Sistema de fuentes de derecho constitucional y técnica de interpretación constitucional*, Caracas, Homero, 2014.
- FERRERES, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEPC, 1997.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, *Tribunal constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Madrid, CEPC, 2000.
- JIMÉNEZ CAMPO, Javier, "Qué hacer con la ley inconstitucional", *La sentencia sobre la constitucionalidad de la ley, Cuadernos y debates*, núm. 66, 1997, pp. 15-79.
- MÁRQUEZ LUZARDO, Carmen, *Interpretación evolutiva de la constitución y teorías de la interpretación constitucional*, Caracas, UCAB, 2015.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, David, *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- MORENO, Diego, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2011.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.
- ROUSSEAU, Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, París, Montchrestien, 1995.
- SCHLAICH, Klaus y Stefan KORIOTH, *Das Bundesverfassungsgericht*, München, Beck, 2007.

SCHUPPERT, Gunnar F. y Christian BUMKE, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, Baden-Baden, Nomos, 2000.

TUSHNET, Mark, "Judicial review of legislation", Peter CANE y Mark TUSHNET, *The Oxford Handbook of Legal Studies*, New York, Oxford University Press, 2005.

\_\_\_\_\_, *Weak Courts, Strong Rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, Princeton, Princeton University Press, 2008.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

**Florentín Meléndez\* (El Salvador)**

## **Jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional de la República de El Salvador**

### **RESUMEN**

El presente artículo realiza un breve recuento histórico del camino constitucional de El Salvador a partir de sus trece constituciones, en tanto se subrayan, en primer lugar, los procesos constitucionales vigentes en el país y el reconocimiento jurisprudencial de los último cinco años, que ha dado paso a nuevas líneas de interpretación constitucional y mostrado que si bien el Tribunal Constitucional aún depende administrativamente de la Corte Suprema de Justicia, conserva independencia jurisdiccional.

**Palabras clave:** Constitución, Tribunal Constitucional, independencia, interpretación constitucional.

### **ZUSAMMENFASSUNG**

Der Beitrag stellt zunächst in einem kurzen Rückblick den verfassungsrechtlichen Entwicklungsprozess El Salvadors anhand seiner dreizehn Verfassungen dar. Anschließend geht er auf die laufenden Verfassungsprozesse und die Rechtsprechung der vergangenen fünf Jahre ein, mit der neue verfassungsrechtliche Interpretationsleitlinien eröffnet wurden. Außerdem wird dargestellt, dass das Verfassungsgericht trotz seiner administrativen Abhängigkeit vom Obersten Gerichtshof in seiner Rechtsprechung unabhängig ist.

**Schlagwörter:** Verfassung; Verfassungsgericht; Unabhängigkeit; Verfassungsinterpretation.

---

\* Magistrado de la Sala de lo Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador; expresidente de la Sala y de la Corte Suprema de Justicia; expresidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de El Salvador, magíster en Derechos Humanos y doctor en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. florentinmelendez@hotmail.com.

## ABSTRACT

This article provides a brief outline of El Salvador's constitutional history through its thirteen constitutions. We underline the current constitutional trends and their recognition by judicial decisions made over the last five years, leading to new lines of constitutional interpretation. We show that although the Constitutional Court still reports administratively to the Supreme Court of Justice, it maintains its judicial independence.

**Keywords:** Constitution, Constitutional Court, independence, constitutional interpretation.

## Introducción

El derecho constitucional salvadoreño se ha desarrollado en las trece constituciones históricas, partiendo de la Constitución Federal de Centroamérica de 1824 hasta la actual de 1983. A lo largo de este proceso de casi 200 años, se han ido reconociendo e incorporando ciertos principios y disposiciones relacionadas con los derechos fundamentales y con la justicia constitucional.

Así, por ejemplo, en la Constitución de 1841 se reconoce por primera vez el *habeas corpus* o derecho a la exhibición personal como una acción o proceso constitucional para la protección de la libertad personal, junto a un catálogo de garantías básicas de los imputados de delitos, como la garantía de audiencia, el derecho al juez natural y la protección contra la tortura.

En la Constitución de 1864 se establecen las medidas cautelares sustitutivas de la prisión preventiva, por medio de fianza o caución, y se declara abolida la pena de muerte por razones políticas. La Constitución de 1871 establece que ninguna autoridad puede restringir o violar las garantías constitucionales; y la Constitución de 1883 reconoce el derecho de libre acceso a los tribunales o derecho de acceso a la jurisdicción.

En la Constitución de 1886 –conocida como la Constitución liberal– se reconoce por primera vez el amparo, el cual procede por violación de la libertad y de otros derechos constitucionales. Se incorpora la cláusula de los derechos no enunciados, al establecerse que “[l]os derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”. Dicha cláusula aparece ya reconocida en el siglo XX en los principales tratados sobre derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 5) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (art. 29).

En la Constitución de 1945 se establece la base para la Ley de Amparo, y se reconoce por primera vez en el país el derecho al voto de las mujeres.

La Constitución de 1950 –conocida como la Constitución social– reconoce un amplio catálogo de derechos sociales y colectivos, como el derecho al trabajo y la



seguridad social; el derecho a la salud y la asistencia social; y la protección de la familia, las mujeres y los niños. Asimismo, reconoce importantes derechos políticos, como el derecho a asociarse en partidos políticos, y el derecho a la propaganda y la vigilancia electoral. Se instauro la suspensión de garantías constitucionales y se otorga competencia a los tribunales militares durante los periodos de emergencia excepcional.

La Constitución vigente de 1983 –conocida como la Constitución democrática pluralista– reafirmó el catálogo de derechos liberales y sociales adoptados con anterioridad y garantías constitucionales reconocidas históricamente, e incorporó nuevos derechos y libertades democráticas. Creó nuevas instituciones públicas, algunas de ellas vinculadas a la protección constitucional de los derechos fundamentales, tal como la Sala de lo Constitucional.

Las reformas constitucionales de 1991 y 1995 fueron las primeras en la historia en ser aprobadas por medio de los procedimientos establecidos por la misma Constitución. Dichas reformas se aprobaron en el marco del proceso de paz promovido por las Naciones Unidas para poner fin al conflicto armado interno que se inició en 1980 y finalizó con la firma de la paz en 1992. La comunidad internacional contribuyó sustancialmente al proceso de paz, incluida especialmente la República de Francia.

En estas reformas históricas se fortaleció la independencia judicial y el debido proceso; se transformó la Fuerza Armada y la seguridad pública; se reformó el sistema electoral y se creó la figura del *ombudsman* de derechos humanos, entre otros cambios significativos.

La Constitución de 1983 creó por primera vez el Tribunal Constitucional de El Salvador –la Sala de lo Constitucional–, integrado por cinco magistrados propietarios y cinco suplentes, electos directamente por la Asamblea Legislativa para UN período de nueve años, con competencia para conocer de los procesos constitucionales. También reconoció, por primera vez, tanto la acción de inconstitucionalidad de las leyes a través del ejercicio del control concentrado o abstracto como el ejercicio del control difuso de constitucionalidad a todos los jueces y tribunales, en los procesos en que tengan que dictar sentencias (art. 185).

En la Constitución vigente se reconocen tres procesos constitucionales: a) el control de constitucionalidad de las leyes (art. 183); b) el proceso de amparo (art. 247), para proteger los derechos constitucionales; y c) el proceso de *habeas corpus* (art. 11), para proteger específicamente la libertad personal contra cualquier restricción ilegal o arbitraria, y para proteger la dignidad e integridad física o psicológica de las personas privadas de libertad.

Los procesos constitucionales se tramitan de oficio, ya que no requieren el impulso de las partes procesales, y en ellos se ve reflejada una amplia legitimación procesal activa y pasiva, garantizándose así el acceso a la justicia constitucional de cualquier ciudadano o persona agraviada en sus derechos fundamentales.

La Constitución de 1983 recoge las aportaciones liberales y sociales de las constituciones históricas, lo cual se ve reflejado en el catálogo de derechos y libertades

públicas o libertades democráticas, quedando pendiente un desarrollo más amplio y actualizado de la parte dogmática de la Constitución, a fin de incorporar nuevos derechos, como los de la mujer y los de las víctimas, entre otros.

## 1. Mandato de la Sala de lo Constitucional

La Constitución de la República de 1983, al crear la Sala (art. 174), establece su mandato, el cual se circunscribe a tres funciones fundamentales:

- a) Ejercer el control de constitucionalidad por medio del proceso de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos; del proceso de amparo; y del proceso de *habeas corpus* o exhibición personal.
- b) Intervenir en la solución de las controversias entre el órgano legislativo y el órgano ejecutivo que se susciten en el proceso de formación de ley, conforme lo establece el artículo 138 de la Constitución;
- c) Intervenir en los casos de suspensión o pérdida de la ciudadanía y de su rehabilitación, según lo contempla el artículo 182, numeral 7, de la Constitución.

La Sala ejerce control constitucional, teniendo como parámetro la Constitución; no ejerce, en estricto sentido, un control de convencionalidad, pero sí ha realizado en muchos casos una interpretación sistemática, integral, evolutiva e histórica de las normas constitucionales en armonía con las normas del derecho internacional, y ha fundamentado complementariamente sus sentencias en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y en tratados sobre derechos humanos, declaraciones y principios del derecho internacional.

## 2. Procesos constitucionales

### 2.1. Proceso de inconstitucionalidad

La Constitución de 1983 reconoció por primera vez en el derecho constitucional salvadoreño la facultad de ejercer el control de constitucionalidad de las leyes de manera general y obligatoria.

Este proceso, por mandato expreso de la Constitución, se ejerce respecto de las leyes, decretos y reglamentos, y se activa a petición ciudadana, de tal manera que cualquier ciudadano, individualmente o en grupos, está legitimado para presentar demandas de inconstitucionalidad.

El artículo 183 de la Constitución contempla: “La Corte Suprema de Justicia por medio de la Sala de lo Constitucional será el único tribunal competente para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, en su forma

y contenido, de un modo general y obligatorio, y podrá hacerlo a petición de cualquier ciudadano”.

La Ley de Procedimientos Constitucionales, vigente desde 1960, establece los tres procesos constitucionales: inconstitucionalidad de las leyes, amparo y *habeas corpus* (arts. 1).

En cuanto al proceso de inconstitucionalidad, la ley establece un proceso breve y sencillo, sin mayores trámites procesales (arts. 6 y ss.). Se reconoce la legitimación activa y pasiva de manera amplia.

En relación con su naturaleza, el proceso de inconstitucionalidad no constituye la continuidad de instancia alguna o de algún proceso pendiente de resolución definitiva. Tampoco es un incidente procesal ni un recurso ordinario o extraordinario. Por el contrario, es un proceso autónomo y estrictamente jurisdiccional, con actos propios, atendiendo a sus características procesales, a saber:

- a) Acto formal de inicio por medio de una demanda o requerimiento judicial.
- b) Aplicabilidad del principio contradictorio.
- c) Oportunidad probatoria cuando así se requiera para mejor proveer por el Tribunal.
- d) Sentencia que resuelva definitivamente el fondo del asunto de trascendencia constitucional, ya sea que se trate de sentencias estimatorias o desestimatorias, o de sentencias interpretativas, aditivas, sustitutivas, declarativas, exhortativas, integradoras, estructuradas o constitutivas.

Con respecto al objeto del proceso, lo que se pretende controlar es la constitucionalidad de las leyes o actos normativos del Estado, pero también los actos subjetivos públicos de la administración y del Parlamento, garantizando así la defensa de la Constitución y de su supremacía en el ordenamiento jurídico. El objeto del proceso es, pues, realizar un examen abstracto y público de compatibilidad entre normas jurídicas.

La Sala, por lo tanto, al ejercer el control concentrado o abstracto de constitucionalidad de las leyes, procede a examinar si una norma concreta de la legislación vigente (objeto de control) es compatible o no con disposiciones de la Ley Primaria (parámetro de control). No juzga, en consecuencia, la aplicación de una norma a hechos concretos, ni procede a examinar si una norma vulnera derechos fundamentales en casos particulares.

No tiene por finalidad la protección de situaciones jurídicas individualizadas. El proceso responde, más bien, al interés abstracto de velar por la constitucionalidad de las normas o depurar el ordenamiento jurídico.

Se permite ampliamente la participación ciudadana en este tipo de procesos, reconociéndose la legitimación procesal activa. El proceso, una vez iniciado, se tramita de oficio por el Tribunal sin necesidad del impulso procesal de las partes. Cualquier ciudadano salvadoreño, individual o colectivamente, está legitimado para

presentar demandas de inconstitucionalidad ante la Sala de lo Constitucional, pero también podrá presentar dichas demandas ante los jueces de primera instancia del país, los cuales deberán enviar la demanda a la brevedad posible ante la Sala (Ley de Procedimientos Constitucionales, arts. 2 y 41).

En el proceso intervienen fundamentalmente el demandante, la autoridad demandada y el fiscal general de la República en nombre del Ministerio Público, pero también, en los casos en que procede, se ha permitido la intervención de *amicus curiae*, o de terceros que demuestren tener un interés legítimo en el proceso.

El objeto de control, que inicialmente se circunscribía en la jurisprudencia de la Sala a los actos normativos del Estado, ha sido modificado por la jurisprudencia de la Sala actual, con el fin de ejercer control de constitucionalidad de todos los actos y omisiones del Estado que tengan trascendencia constitucional, a efecto de que no haya zonas exentas de control constitucional. Según la jurisprudencia reciente, se puede también ejercer control de los actos subjetivos públicos y de la omisión del legislador de cumplir el mandato constitucional de legislar en ciertas materias de derechos fundamentales.

El control de constitucionalidad, por lo tanto, se ejerce plenamente y con efectos generales y obligatorios para todos, tomando la Constitución como parámetro de control y, complementariamente, los tratados vigentes, en particular los tratados sobre derechos humanos y la jurisprudencia internacional, como la emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Las sentencias de inconstitucionalidad no admiten recurso alguno, pero sí es posible que las partes o un tercero que demuestre un interés legítimo puedan solicitar la explicación o aclaración de la sentencia.

De esta forma ejerce la Sala el control concentrado de constitucionalidad, además del control difuso de que también dispone, según el artículo 183, que expresa lo siguiente: “Dentro de la potestad de administrar justicia, corresponde a los tribunales, en los casos en que tengan que pronunciar sentencia, declarar la inaplicabilidad de cualquier ley o disposición de los otros Órganos, contraria a los preceptos constitucionales”.

La Sala no solo ejerce el control de constitucionalidad de actos concretos del legislador, sino también de las omisiones legislativas. El Tribunal se ha pronunciado en el sentido de declarar como inconstitucional la falta de cumplimiento del Parlamento de legislar sobre la indemnización universal de los trabajadores privados por renuncia o retiro voluntario, después de más de 30 años de haber sido ordenado por la Constitución de 1983 (inconstitucionalidades 53-2005/55-2005).

El artículo 38, numeral 12, de la Constitución establece: “La ley determinará las condiciones bajo las cuales los patronos estarán obligados a pagar a sus trabajadores permanentes, que renuncien a su trabajo, una prestación económica cuyo monto se fijará en relación con los salarios y el tiempo de servicio”.

De igual forma se ha ejercido dicho control en cuanto al derecho a indemnización por daños de carácter moral contemplado en la Constitución desde 1983 (Inconstitucionalidad 53-2012). El artículo 2 de la Constitución dispone: “Se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral”.

La Sala fijó en ambos casos a la autoridad demandada el plazo de un año a fin de que emitiera la legislación respectiva para subsanar la omisión declarada inconstitucional.

En los procesos de inconstitucionalidad, la Sala ha acudido a la modulación de los efectos de las sentencias, y en algunos casos ha diferido los efectos por motivos de seguridad jurídica y para reconocer situaciones jurídicas consolidadas.

El seguimiento de las sentencias de inconstitucionalidad para efectos de su cumplimiento es una de las tareas pendientes que debe enfrentar el Tribunal para cumplir a cabalidad el mandato constitucional de hacer ejecutar lo juzgado (Constitución, art. 172).

No obstante, el Tribunal ha dictado algunas resoluciones de seguimiento que han anulado los efectos de los actos legislativos adoptados para cumplir la sentencia y se ha obligado al órgano legislativo a que legisle de nuevo cumpliendo los parámetros de la sentencia. Asimismo, ha declarado inválidos los nombramientos de funcionarios de elecciones de segundo grado por la Asamblea Legislativa, obligando a repetir dichos nombramientos hasta satisfacer el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Constitución.

Incluso, en seguimiento al cumplimiento de sus sentencias, la Sala ha declarado inaplicable una sentencia de la Corte Centroamericana de Justicia, que es un tribunal sobre derecho comunitario, ya que invadía potestades constitucionales de la Sala de lo Constitucional.

## 2.2. Proceso de amparo

El amparo está reconocido por la Constitución (art. 247) en favor de toda persona que alegue violaciones de sus derechos constitucionales, a excepción del derecho a la libertad personal, protegido por el *habeas corpus*. El artículo 247 de la Constitución establece: “Toda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, por violación a los derechos que otorga la presente Constitución”.

El amparo surgió en el derecho constitucional salvadoreño a partir de la Constitución de 1950. En ese entonces, y hasta 1983, era conocido y resuelto por la Sala de Amparos de la Corte Suprema de Justicia, previa a la creación de la actual Sala de lo Constitucional en 1983.

Según la legislación procesal constitucional aplicable, los presupuestos procesales necesarios para la procedencia del amparo son los siguientes: legitimación activa, legitimación pasiva, agotamiento de los recursos y acreditación de un agravio de trascendencia constitucional. El amparo, pues, únicamente puede incoarse cuando el acto contra el cual se reclama no es susceptible de ser subsanado mediante otros recursos dentro del respectivo procedimiento. El acto u omisión de la autoridad contra la que se reclama debe ser capaz de causar un agravio de trascendencia constitucional. Procede el amparo, entonces, contra actos definitivos de la administra-

ción pública del Estado o de personas particulares, pero no en asuntos judiciales de carácter civil, mercantil, laboral o respecto de sentencias penales, ya que la Sala de lo Constitucional no constituye una instancia más en la jurisdicción salvadoreña. Los procesos constitucionales no son una instancia de revisión de los procesos judiciales ordinarios.

El amparo procede, entonces, contra actos actuales y concretos, siempre que se hubieren agotado los recursos ordinarios disponibles, y que estos sean idóneos y eficaces. El agotamiento de los recursos implica una carga procesal para la parte actora, ya que este proceso constitucional es especial y subsidiario, establecido para otorgar una protección reforzada a los derechos constitucionales, por lo que la falta de agravio actual y concreto puede ser motivo de improcedencia del amparo.

En la práctica jurisprudencial del Tribunal se ha ampliado la legitimación procesal pasiva para dar paso al amparo entre particulares, en cuyo caso el supuesto transgresor debe estar, de hecho o de derecho, en una posición de poder o ventaja con respecto al demandante.

Los individuos, los grupos sociales y las personas jurídicas están legitimados procesalmente para activar el proceso de amparo, siempre que aleguen una violación de sus derechos constitucionales. La persona agraviada es quien tiene legitimación activa en los procesos de amparo (Ley de Procedimientos Constitucionales, art. 3).

En el proceso de amparo está prevista la adopción de medidas cautelares con el objeto de evitar que se produzca durante la tramitación del proceso un daño irreparable o de difícil reparación con la adopción de la sentencia definitiva, asegurándose con ello la eficacia de la sentencia (Ley de Procedimientos Constitucionales, art. 12).

Se permite la adopción de medidas cautelares cuando se dan los siguientes presupuestos:

1. *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, que se obtiene analizando los hechos concretos y demás circunstancias del proceso, y deduciendo razonablemente que se puede estar frente a una transgresión de derechos constitucionales, sin que ello implique anticipar criterio sobre el fondo del asunto; y
2. *periculum in mora* o peligro en la demora del proceso, que implica el riesgo u obstáculo que puede representar la tramitación temporal del proceso para la materialización de las posibles consecuencias de la sentencia, evitándose por medio de la medida cautelar un daño irreparable.

El procedimiento de amparo previsto en la ley da lugar a la intervención oral y escrita de las partes, y a la aportación de pruebas, pero no contempla un plazo para emitir la sentencia definitiva, al igual que en el proceso de inconstitucionalidad.

Los efectos materiales de la sentencia de amparo van encaminados a producir que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la vulneración constitucional; pero si dicho efecto no es posible, la sentencia es meramente declarativa o de efectos restitutorios declarados así por el Tribunal, de la cual se puede deter-

minar que hay lugar a la acción civil por daños y perjuicios, procediendo en primer lugar la acción contra el funcionario o autoridad directamente responsable, y subsidiariamente contra el Estado (Constitución, art. 245, y Ley de Procedimientos Constitucionales, art. 35).

El incumplimiento de la sentencia de amparo da lugar al juzgamiento de la autoridad por el delito de desobediencia (Ley de Procedimientos Constitucionales, art. 35).

El proceso de amparo también puede darse por terminado mediante el sobreseimiento, el cual procede por desistimiento de la parte actora; por expresa conformidad con el acto reclamado como inconstitucional; por ausencia de pruebas sobre el fondo del asunto; y por la cesación o terminación del acto reclamado (Ley de Procedimientos Constitucionales, art. 31).

### 2.3. El *habeas corpus*

El proceso de *habeas corpus* o exhibición personal fue reconocido por primera vez en el ordenamiento constitucional salvadoreño en 1871.

La Constitución de 1983 (art. 11) reconoce: “La persona tiene derecho al *habeas corpus* cuando cualquier individuo o autoridad restrinja ilegal o arbitrariamente su libertad. También procederá el *habeas corpus* cuando cualquier autoridad atente contra la dignidad o integridad física, psíquica o moral de las personas detenidas”.

En los procesos de *habeas corpus* se protege fundamentalmente la libertad de las personas privadas de libertad, pero también quienes tienen amenazas serias, concretas y objetivas a su libertad.

Se reconoce en nuestro ordenamiento jurídico el *habeas corpus* preventivo, correctivo y de pronto despacho.

El *habeas corpus* preventivo (Ley de Procedimientos Constitucionales, art. 39) procede cuando aún no se ha materializado la privación de libertad, pero se pretende y se ejerce autoridad con un dominio general sobre las acciones de la persona y contra su consentimiento, es decir, cuando esta se halla bajo la restricción del sujeto que ejerce tal poder.

A raíz de las reformas constitucionales que se aprobaron en el marco de los Acuerdos de Paz de 1992 que dio fin al conflicto armado interno, se protege además, con el *habeas corpus*, la dignidad y la integridad física y psicológica de las personas detenidas o privadas de su libertad en cualquier forma, ampliándose con ello el ámbito de su aplicación material. Se protege, además, a las personas privadas de libertad contra actos de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Según la Constitución y la Ley, toda persona, agraviada o no, tiene la titularidad procesal para activar el proceso de *habeas corpus* (Constitución, art. 11, y Ley de Procedimientos Constitucionales, art. 41).

Los tribunales de segunda instancia del interior del país también tienen competencia para recibir demandas de *habeas corpus* y tramitar los procesos respectivos, los cuales en definitiva son revisados por la Sala de lo Constitucional.

### 3. Jurisprudencia constitucional

En los últimos cinco años, la Sala de lo Constitucional ha desarrollado su jurisprudencia y ha introducido nuevas líneas de interpretación constitucional, gracias a la iniciativa de los ciudadanos que han presentado demandas sobre nuevas materias que no habían sido objeto de conocimiento y examen del Tribunal, entre ellas, los derechos sociales y colectivos; la protección del medio ambiente; el control de constitucionalidad de los actos subjetivos públicos de la administración del Estado, como los nombramientos de funcionarios públicos; la inconstitucionalidad por omisión; y el control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución (Inconstitucionalidad 7-2012).

La Sala también ha desarrollado su jurisprudencia sobre otras materias como las relacionadas con el presupuesto del Estado y con la rendición de cuentas de los fondos públicos, que sin excepciones deben entregar todos los funcionarios del Estado, incluido el Presidente de la República respecto de los fondos discrecionales o partida secreta de la Presidencia.

En materia tributaria se ha desarrollado la jurisprudencia a fin de garantizar la seguridad jurídica, la justicia y equidad tributaria, e impedir la doble tributación de los contribuyentes.

En cuanto a la seguridad pública y la defensa nacional se interpretó la Constitución a la luz de los Acuerdos de Paz de 1992 que dieron fin al conflicto bélico interno, con la mediación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), a fin de determinar la separación de funciones entre las fuerzas de policía y las fuerzas armadas en tareas de seguridad pública, tal como se consignó en las reformas constitucionales aprobadas para dar cumplimiento a los Acuerdos de Paz. De tal forma, la Sala declaró inconstitucional el nombramiento que el presidente de la República hizo de dos generales del Ejército como altos mandos de la seguridad pública, por ser incompatible con las reformas constitucionales, que separaron ambas funciones públicas.

En este caso, por primera vez, se fundamentó un fallo de inconstitucionalidad tomando como base acuerdos políticos firmados por el Gobierno y los insurgentes en el contexto de un conflicto armado, para interpretar el alcance de las reformas constitucionales aprobadas tras la firma de la paz (inconstitucionalidades 4-2012, Sentencia de 17 de mayo de 2013, y 103-2012, Sentencia de 11 de mayo de 2014).

En materia de independencia judicial, la jurisprudencia ha avanzado significativamente. La Sala ha emitido varias sentencias de inconstitucionalidad de actos subjetivos públicos, es decir, de nombramientos de altos funcionarios del Estado realizados por el Parlamento salvadoreño, entre ellos, el presidente de la Corte Suprema de Justicia, quien a su vez es presidente de la Sala de lo Constitucional y del Órgano Judicial; el presidente del Tribunal Supremo Electoral, máxima autoridad electoral constitucional; y los magistrados de la Corte de Cuentas de la República, ente contralor del aparato del Estado.



Tales nombramientos fueron invalidados mediante sentencias del Tribunal por ser incompatible la función jurisdiccional con la pertenencia o afiliación política partidaria de dichos funcionarios, y porque la Asamblea Legislativa, al nombrarlos, no verificó ni documentó su pertenencia a partidos políticos, incumpléndose con ello el requisito de la independencia e imparcialidad judicial que la Constitución exige de tales cargos judiciales.

En dichas sentencias se fortaleció el Estado constitucional de derecho en el país, garantizándose que en el futuro no existan conflictos de intereses en la justicia constitucional, electoral y de cuentas, ya que son precisamente estos tribunales, por razón de la materia, los que controlan los actos y decisiones de funcionarios partidarios (inconstitucionalidades 77-2013/97-2013, 49-2011, 4-2012, 18-2014).

La judicialización de los derechos sociales y colectivos, o intereses difusos, es parte de las innovaciones de la jurisprudencia constitucional salvadoreña. La Sala ha emitido varias sentencias, en los tres procesos constitucionales, relacionadas con estos derechos fundamentales. En dichos procesos se ha protegido el derecho a la salud y el derecho de acceso a medicamentos de personas que viven con VIH, personas que padecen de hemofilia o los neonatos nacidos en hospitales públicos, que reclaman protección especial al derecho a la salud; el derecho al trabajo, a la seguridad social; el derecho a pensiones dignas de los trabajadores y el derecho a indemnización universal por retiro voluntario de los trabajadores del sector privado; el derecho al fuero sindical; el derecho a la vivienda de los no propietarios; y los derechos de la niñez, de las mujeres y la familia (amparos 32-2012, 103-2012, 938-2014, 50/2014).

Particularmente, cabe mencionar el avance de la jurisprudencia constitucional en materia de estabilidad laboral de los trabajadores del Estado. A este respecto la Sala ha afirmado que todo servidor público es titular de este derecho y goza de protección frente a las destituciones arbitrarias de sus cargos, independientemente de que su relación laboral se rija o no por medio de contratos sujetos al vencimiento de plazos. Para la Sala, la estabilidad laboral debe garantizarse siempre que el empleo no sea de aquellos cuyo desempeño requiera confianza personal o política; que subsista el puesto de trabajo para el que ha sido contratado; que el empleado público desarrolle sus labores con eficiencia y no cometa infracciones o faltas graves que impliquen el despido legal de sus cargos, de los cuales solo puede ser removido por causas legalmente establecidas con anterioridad y conforme a un debido proceso, en el que se le aseguren oportunidades para su defensa y audiencia (Amparo 9-2013).

También se ha desarrollado la jurisprudencia en materia de protección al medio ambiente y contra la contaminación ambiental y las afectaciones a la salud, el derecho de acceso al agua y la protección de reservas de corales en la costa salvadoreña (amparos 163-2007; 400-2011).

Sobre el derecho a conocer la verdad sobre una matanza de campesinos cometida en la década de los años ochenta durante el conflicto armado, y atribuida a las fuerzas armadas, la Sala ha interpretado en un proceso de amparo que si bien este

derecho no es de carácter autónomo, ya que no está reconocido expresamente en la Constitución, se colige del derecho de acceso a la jurisdicción, del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho de acceso a la información.

El derecho a la verdad, para la Sala, es un derecho individual y colectivo que les pertenece a las víctimas de violaciones de sus derechos fundamentales, la víctima directa, los familiares y la sociedad. Este criterio jurisprudencial fue adoptado por la Sala tomando en cuenta la doctrina y jurisprudencia del sistema interamericano de protección (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Monseñor Romero contra El Salvador*, 2000).

En tal sentido, la Sala determinó en este proceso de amparo que los familiares de las personas ejecutadas extrajudicialmente eran titulares del derecho a conocer la verdad de lo sucedido –crimen de lesa humanidad– y la identidad de los perpetradores; y no obstante haber transcurrido más de 30 años de sucedidos los hechos, ordenó su investigación y juzgamiento, haciendo caso omiso de la Ley de Amnistía que se aprobó tras la finalización del conflicto armado y que declaró prescritos tales crímenes (Amparo 665-2010).

De igual forma, la Sala amparó a familiares de niños desaparecidos en la guerra, y ordenó su investigación y juzgamiento en procesos de *habeas corpus*, por considerar que la desaparición de personas constituía un crimen de lesa humanidad de carácter imprescriptible, según el derecho internacional y la jurisprudencia internacional, declarados por la Sala declaró como vinculantes para el país.

También se han emitido resoluciones judiciales sobre los derechos de las personas privadas de libertad, y sus condiciones carcelarias, sobre el hacinamiento y la salud en las prisiones. De igual forma, se declaró inconstitucional la pena máxima de 75 años de prisión por delitos graves, ya que en la Constitución está prohibida la pena perpetua (Constitución, art. 27).

En materia penal se habilitó a las víctimas de delitos para ejercer directamente la acción penal, sin la intervención previa del fiscal general de la República, cuando este no ejerce dicha acción o abandona el proceso una vez iniciado, reconociéndose con ello el derecho de acceso a la justicia de las víctimas y desconociéndose el monopolio de la acción penal por parte del Ministerio Público, que se había mantenido así desde 1983 (Inconstitucionalidad 5-2000).

De igual forma, en procesos de *habeas corpus* se ha desarrollado la jurisprudencia sobre nuevos temas constitucionales, entre ellos, el del fuero constitucional de los diputados propietarios y suplentes.

En el proceso de *habeas corpus* (H.C. 445-2014), la Sala revisó la constitucionalidad de la orden de detención administrativa emitida en contra de un diputado suplente, por atribuírsele la comisión del delito de lavado de dinero, tomando en cuenta el criterio relativo a la aplicación de la prerrogativa del fuero constitucional y antejuicio de los diputados propietarios.

En la sentencia, la Sala determinó que el fuero constitucional que tienen los diputados es una prerrogativa atribuida a los propietarios –no así a sus suplentes,

cuando estos no estén llamados a conformar Asamblea por las causas señaladas en la Constitución—, puesto que lo que se persigue es prevenir los obstáculos a la labor legislativa y garantizar el normal funcionamiento de dicho órgano de Estado. Por lo tanto, señaló la Sala, los diputados suplentes, mientras no hayan sido llamados a formar Asamblea y ejercer la diputación, no son titulares de los derechos, prerrogativas y atribuciones inherentes a la condición de parlamentario, declarando sin lugar el *habeas corpus* solicitado.

El fuero constitucional de los diputados también ha sido desarrollado en procesos de inconstitucionalidad (Inconstitucionalidad 66-2013).

En otros procesos constitucionales se ha garantizado el derecho a la propiedad privada individual y colectiva, las libertades económicas, el derecho a la libre contratación, el derecho a la autodeterminación informativa y a la protección de datos personales en instituciones bancarias y de crédito (Amparo 934-2007), el derecho de acceso a la información de interés público, el derecho de asociación de personas con diferente orientación sexual, el derecho al fuero sindical y a la inmunidad sindical, entre otras materias de trascendencia constitucional.

Cabe destacar las sentencias adoptadas por la Sala en materia electoral y derechos políticos. La Sala ha desarrollado la jurisprudencia y ha cambiado incluso ciertos precedentes jurisprudenciales, fortaleciéndose la capacidad libre e igualitaria de los ciudadanos de decidir en la conformación de los órganos de representación popular, y que el voto de cada ciudadano tenga el mismo peso y eficacia en la obtención de los escaños legislativos.

A raíz de la jurisprudencia reciente se han habilitado las listas abiertas y desbloqueadas en las elecciones parlamentarias, propiciando el voto libre e igualitario reconocido en la Constitución (art. 78). De tal manera, los ciudadanos, en el ejercicio de la soberanía popular, deciden libres de presiones o influencias externas, y voluntariamente según las propias convicciones de cada quien, con plena capacidad de opción, es decir, disponiendo de todas las opciones posibles para votar, sufragar o expresar libremente la voluntad ciudadana, tal como lo consigna el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (inconstitucionalidades 57-2011, 48-2014).

La justicia constitucional salvadoreña ha afirmado el derecho al sufragio pasivo de los ciudadanos, habilitando las candidaturas no partidarias al Parlamento, lo que permite que los candidatos a diputados no provengan exclusivamente de los partidos políticos (Constitución, art. 85), sino también de la sociedad.

El Tribunal ha fortalecido, además, la independencia e imparcialidad del Tribunal Supremo Electoral, en cuanto al ejercicio de la jurisdicción electoral, tal como lo dispone la Constitución en su artículo 208 (inconstitucionalidades 61-2009 y 18-2014).

Particular relevancia tiene la sentencia de inconstitucionalidad mediante la cual se resolvió un conflicto o colisión de derechos entre la libertad de expresión y el derecho al honor y la vida privada, a raíz de la aprobación de una disposición del Código

Penal (art. 191), que eximía de responsabilidad penal y civil a los propietarios y jefes editores de medios de comunicación y a los periodistas que cometían difamación en el ejercicio de la labor periodística, a diferencia de los particulares, a quienes sí se les deducía todo tipo de responsabilidad (Inconstitucionalidad 91-2007).

La Sala, en atención a los efectos del principio de igualdad ante la ley, tanto en su configuración legislativa como en su aplicación, declaró que tal disposición era inconstitucional, y determinó parámetros para resolver el conflicto de derechos tomando como fundamentación complementaria la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de libertad de expresión y derecho al honor, y disposiciones del derecho internacional convencional contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 13).

La Sala sostuvo en su sentencia que las libertades de expresión e información son manifestaciones de la dignidad humana, de la libertad e igualdad, y que forman parte del núcleo básico del estatus jurídico de la persona humana. Comprenden el derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, y difundirlas sin consideración de fronteras. Su ejercicio no está sujeto a previo examen o censura, pero los que haciendo uso de dichas libertades infrinjan las leyes, responderán por el delito establecido en la ley (Constitución, art. 6).

El Tribunal reconoció que “la libertad de expresión es el derecho de toda persona a emitir, sin interferencia indebida del Estado o de los particulares, ideas, opiniones y juicios de valor, ya sea de palabra, por escrito o a través de cualquier otro medio”, y que, por lo tanto, gozan de protección las expresiones lingüísticas, los gestos, signos, dibujos, símbolos o toda forma de expresión.

Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) –citado en la sentencia–: “La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos de la sociedad democrática, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres”. Para el TEDH son válidas las expresiones, informaciones o ideas desfavorables, es decir, las que no son bien recibidas y las que chocan, inquietan u ofenden al Estado. “Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática” (TEDH, *Caso Handyside*, Sentencia 1976/6 de 7 de diciembre de 1976).

En cuanto al ejercicio del derecho de información de los medios de comunicación social, la Sala retomó jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, la cual expresó que estos “gozan de libertad y autonomía para expresar y comunicar en forma veraz e imparcial la información, pero deben hacerlo de manera responsable, de forma que no se vulneren los derechos fundamentales” (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-094/00 de 2000).

Manifestó la Sala que los medios de comunicación desempeñan en la democracia la función de informar sobre hechos de interés público y formar una opinión pública libre, con pluralidad de fuentes informativas, pero que en el ejercicio de su función no podían actuar con conocimiento de una falsedad o con menosprecio de la verdad.

Tomando como fundamento la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Sala consideró que tanto la libertad de expresión como el derecho al honor, la vida privada y el resto de derechos constitucionales, no son de carácter absoluto, sino que tienen límites y restricciones legítimas y necesarias en su ejercicio, tales como los derechos de las demás personas y de los grupos sociales, el orden público, la moral y el bienestar general en una sociedad democrática (Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 29).

Sostuvo que la libertad de expresión, el derecho al honor y la vida privada “se encuentran recíprocamente limitados, debiéndose garantizar legalmente la protección de ambos, por lo que es en los casos concretos donde se debe establecer qué derecho prevalecerá en determinadas condiciones, en cuanto a su ejercicio práctico”.

La Sala invocó en su sentencia la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, jurisprudencia que asumió como propia, ya que es de carácter vinculante para El Salvador, la cual señala al respecto: “El artículo 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, prevé la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de pensamiento y expresión a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho”. Las causales de responsabilidad deberán ser previamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”, y no deben ir más allá de lo estrictamente necesario (Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, Sentencia de 22 de noviembre de 2005; *Caso Kimel vs. Argentina*, Sentencia de 2 de mayo de 2008; *Caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile*, Sentencia de 5 de febrero de 2001).

En cuanto a las responsabilidades ulteriores, destaca la Corte IDH, que “la necesidad de utilizar la vía penal para imponer responsabilidades ulteriores al ejercicio de la libertad de expresión se debe analizar con especial cautela y dependerá de las particularidades de cada caso”. Para ello, se debe considerar la extrema gravedad de la conducta, las características del daño causado, el medio empleado y otros datos que hagan estrictamente necesaria la utilización excepcional de la vía penal, debiéndose probar en todo caso el dolo o la mala intención de causar un daño al honor. La vía penal, para la Corte IDH, solo se puede utilizar para los casos más graves (Corte IDH, *Casos Usón Ramírez contra Venezuela*, Sentencia de 20 de noviembre de 2000; *Caso Tristán Donoso contra Panamá*, Sentencia de 27 de enero de 2009).

La Sala resolvió el conflicto de derechos haciendo una ponderación y tomando en cuenta los principios de razonabilidad, igualdad y proporcionalidad, así como la finalidad, idoneidad, necesidad y legitimidad de la medida legislativa objeto de control constitucional.

Al hacer la ponderación del caso planteado, la Sala determinó que las libertades de expresión, opinión, información y crítica pública, no son justiciables ni punibles, a menos que se actúe con dolo, real malicia o intención manifiesta de ocasionar un daño al honor o la intimidad, retomándose con ello la doctrina de la “Real Malicia”

de la jurisprudencia norteamericana. Por lo tanto, para el Tribunal salvadoreño, se despenalizan los juicios desfavorables de la crítica política, literaria, artística, histórica, religiosa o profesional, cuando no exista un propósito calumnioso o injurioso, o un ataque a la intimidad o propia imagen de una persona.

En la sentencia se reconoció el derecho a la crítica pública a los funcionarios del Estado y a personas particulares con vida pública relevante, y se afirmó que ello no podía constituir un exceso de la libertad de expresión ni una violación del honor y vida privada de dichas personas.

Según se cita en la sentencia, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los funcionarios públicos y todas las personas que influyen en cuestiones de interés público, “se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente, y consecuentemente, se ven expuestos a un mayor riesgo de sufrir críticas, ya que sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público” (Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, Sentencia de 2 de julio de 2004).

En su sentencia, la Sala argumentó que la colisión que puede producirse entre estos derechos y libertades fundamentales no es posible resolverla

desconociendo o anulando un derecho fundamental en particular, para dar paso a otro de igual jerarquía constitucional, ya que ello supondría la jerarquización de los derechos constitucionales, lo cual no tiene fundamento en nuestra Ley Suprema. Por el contrario, la jerarquía entre los derechos fundamentales no es compatible con el Estado constitucional y democrático de derecho, dada la naturaleza y el carácter indivisible e interdependiente de los derechos fundamentales”.

La sentencia es congruente con el derecho internacional de los derechos humanos, con la jurisprudencia internacional y con el derecho comparado, al reconocer que los derechos fundamentales no son absolutos sino que tienen límites razonables, excepcionales y necesarios en su ejercicio, con el objeto de garantizar los derechos de los demás y proteger intereses legítimos en una sociedad democrática.

Más recientemente, en materia de adjudicación de concesiones de frecuencias del espectro radioeléctrico de radio y televisión, se ha ejercido control constitucional de la Ley de Telecomunicaciones y se ha declarado en la sentencia que una vez asignada la frecuencia, la prórroga “automática” regulada en la ley es inconstitucional. Para la Sala, las prórrogas automáticas de las concesiones constituyen una limitación irrazonable del derecho a la libre competencia, porque obstaculizan la participación de otros ofertantes que estén capacitados técnica y financieramente en la prestación de dichos servicios (inconstitucionalidades 65-2012/36-2014).

Se declara también en esa sentencia la inconstitucionalidad por omisión de la Asamblea Legislativa, debido a que por más de 30 años el legislador no había incluido en la ley respectiva –Ley de Telecomunicaciones– una regulación que garantizara

mecanismos alternos a la subasta, para la adquisición del derecho a explotar el espectro radioeléctrico, teniendo en cuenta los derechos fundamentales que entran en juego, como el ejercicio del derecho de fundar medios masivos de comunicación y el derecho a informar y a estar informado. La Sala estableció que el Órgano Legislativo estaba en la obligación de tomar en cuenta otros criterios, distintos del factor económico, para la asignación de frecuencias, con la finalidad de propiciar la creación de otros medios de comunicación.

Se resalta la importancia de los medios de comunicación para garantizar la libertad de expresión e información, la pluralidad informativa y la expresión de las distintas corrientes del pensamiento, para lo cual se requieren, según la Sala, medios independientes y autónomos, impidiendo el monopolio y evitando la concentración de los medios en pocas personas.

Finalmente, la Sala de lo Constitucional tiene pendientes aún por resolver demandas de inconstitucionalidad sobre otros temas trascendentales para la vida del país, como, entre otros, los relacionados con el Tratado de Libre Comercio de El Salvador y Centro América con Estados Unidos, y el de la Ley de Amnistía, adoptada al finalizar el conflicto armado interno, y que perdonó todos los crímenes cometidos en la guerra, incluidos los crímenes de lesa humanidad.

El ejercicio del control de constitucionalidad en diferentes materias, pues, ha permitido a la Sala no solo crear nueva jurisprudencia sobre temas que no habían sido objeto de examen constitucional, sino cambiar los precedentes del Tribunal, ya sea por error en la interpretación, porque esta es incompleta, porque cambian los fundamentos fácticos o de hecho, o incluso, por el cambio de integración del Tribunal.

La Sala –como sin duda sucede en los tribunales constitucionales– ha conocido y fallado sobre casos de relevancia nacional, estableciendo nuevas líneas jurisprudenciales, mediante una interpretación evolutiva, sistemática e histórica, tomando como fundamento la Constitución y complementariamente el derecho internacional, para hacer prevalecer la supremacía de la Constitución y la defensa de la persona humana.

## **4. Conclusiones**

El mandato y las funciones de la Sala de lo Constitucional de El Salvador son sumamente amplios, como la legitimación procesal activa y pasiva reconocida por el Tribunal, y aun cuando esta institución pública administrativamente forma parte de la Corte Suprema de Justicia, conserva su independencia jurisdiccional, al igual que los tribunales constitucionales que funcionan desvinculados de los tribunales supremos o cortes supremas de justicia.

La jurisprudencia constitucional salvadoreña ha evolucionado en los últimos años con la integración actual del Tribunal, que ha hecho uso de una interpretación evolutiva, sistemática e histórica de la Constitución, integrando armónicamente las normas convencionales del derecho internacional y de la jurisprudencia interna-

cional de derechos humanos, lo cual le ha permitido implementar un diálogo jurisprudencial, especialmente con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, e incluso con tribunales constitucionales de la región, como referentes en cuanto a su jurisprudencia, haciendo prevalecer la supremacía y la fuerza normativa de la Constitución.

El rol del Tribunal Constitucional salvadoreño, al igual que el de cualquier tribunal con competencia en materia constitucional en la región, es el de velar por la plena vigencia del Estado de derecho, es decir por el imperio del derecho, la supremacía de la Constitución, la división de poderes, la independencia judicial, el control de constitucionalidad de las leyes y de los actos de la administración pública, la vigencia efectiva de los derechos humanos y las libertades fundamentales, la soberanía popular, la responsabilidad del Estado y por el control constitucional del poder político.

La función de los tribunales constitucionales es clave para el desarrollo de las sociedades democráticas y para la consolidación del Estado constitucional, social y democrático de derecho. Este es en definitiva el rol fundamental de los tribunales constitucionales en la actualidad, sin el cual no sería posible garantizar el sistema de pesos y contrapesos, la división de poderes públicos, ni lograr el respeto y vigencia efectiva de los derechos fundamentales.

La Sala de lo Constitucional enfrenta en la actualidad retos y desafíos muy importantes. Se tiene el desafío de modernizar la justicia constitucional y de hacerla más accesible, rápida y eficaz, haciendo prevalecer los fallos y fortaleciendo su capacidad de seguimiento del cumplimiento de las sentencias. Se requiere también ejercer de manera efectiva el control de convencionalidad en derechos humanos, integrando en las sentencias las normas convencionales del derecho internacional y los estándares de la jurisprudencia internacional, particularmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a fin garantizar plenamente la conformidad y compatibilidad de los actos de la jurisdicción interna con las obligaciones internacionales del Estado salvadoreño en materia de derechos humanos, de tal forma que se asegure el deber de garantía y respeto de los derechos protegidos, tanto por el orden constitucional como por el derecho y la jurisprudencia internacional.

Para todo ello se debe fortalecer, fundamentalmente, la independencia del Tribunal, a fin de garantizar la supremacía y la fuerza normativa de la Constitución, el control constitucional del poder y la defensa de los derechos fundamentales.

## Bibliografía

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Monseñor Romero contra El Salvador*, Caso 11.481. 13 de abril de 2000.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE CENTROAMÉRICA DE 1824.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR DE 1841.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR DE 1864.



- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR DE 1883.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR DE 1945.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE EL SALVADOR DE 1950.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR DE 1886.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE EL SALVADOR DE 1983.
- CORTE CONSTITUCIONAL, REPÚBLICA DE COLOMBIA, Sentencia de tutela T-094/00 de 2 de febrero de 2000.
- CORTE IDH, *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas.
- \_\_\_\_\_, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, Sentencia de 2 de julio de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.
- \_\_\_\_\_, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas.
- \_\_\_\_\_, *Caso Kimel vs. Argentina*, Sentencia de 2 de mayo de 2008, Fondo, Reparaciones y Costas.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE EL SALVADOR, Ley de Procedimientos Constitucionales, Decreto Legislativo núm 2996, 14 de enero de 1960.
- \_\_\_\_\_, Sala de lo Constitucional, Inconstitucionalidad 5-2000, San Salvador, 18 de septiembre de 2001.
- \_\_\_\_\_, Sala de lo Constitucional, Inconstitucionalidad 53-2005/55-2005, San Salvador, 1 de febrero de 2013.
- \_\_\_\_\_, Sala de lo Constitucional, Amparo 163-2007, San Salvador, 9 octubre de 2009.
- \_\_\_\_\_, Sala de lo Constitucional, Amparo 934-2007, San Salvador, 4 marzo de 2011.
- \_\_\_\_\_, Sala de lo Constitucional, Inconstitucionalidad 91-2007, San Salvador, 10 de septiembre de 2010.
- \_\_\_\_\_, Sala de lo Constitucional, Inconstitucionalidad 61-2009, San Salvador, 24 de marzo de 2010.
- \_\_\_\_\_, Sala de lo Constitucional, Amparo 665-2010, San Salvador, 5 de febrero de 2014.
- \_\_\_\_\_, Sala de lo Constitucional, Amparo 400-2011, San Salvador, 11 de marzo de 2015.
- \_\_\_\_\_, Sala de lo Constitucional, Inconstitucionalidad 49-2011, San Salvador, 23 de enero de 2013.
- \_\_\_\_\_, Sala de lo Constitucional, Inconstitucionalidad 57-2011, San Salvador, 7 de noviembre de 2011.
- \_\_\_\_\_, Sala de lo Constitucional, Amparo 32 de 2012, San Salvador, 15 de febrero de 2012.
- \_\_\_\_\_, Sala de lo Constitucional, Amparo 103-2012, San Salvador, 11 de abril de 2014.
- \_\_\_\_\_, Sala de lo Constitucional, Inconstitucionalidad 53-2012, San Salvador, 23 de enero de 2015.
- \_\_\_\_\_, Sala de lo Constitucional, 7-2012, San Salvador, 16 de diciembre de 2013.

- \_\_\_\_\_, Sala de lo Constitucional, Inconstitucionalidad 4-2012, San Salvador, 17 de mayo de 2013.
- \_\_\_\_\_, Sala de lo Constitucional, Inconstitucionalidad, 103-2012, San Salvador, 11 de abril de 2014.
- \_\_\_\_\_, Sala de lo Constitucional, Inconstitucionalidad 65-2012, San Salvador, 29 de julio 2015.
- \_\_\_\_\_, Sala de lo Constitucional, Amparo 9-2013, San Salvador, 6 de junio de 2014.
- \_\_\_\_\_, Sala de lo Constitucional, Inconstitucionalidad 77-2013, San Salvador, 14 de octubre de 2013.
- \_\_\_\_\_, Sala de lo Constitucional, Inconstitucionalidad 97-2013, San Salvador, 23 de julio de 2013.
- \_\_\_\_\_, Sala de lo Constitucional, Inconstitucionalidad 66-2013, San Salvador, 1 de octubre de 2014.
- \_\_\_\_\_, Sala de lo Constitucional, Amparo 938-2014, San Salvador, 12 de diciembre de 2014.
- \_\_\_\_\_, Sala de lo Constitucional, Amparo 50-2014, 19 de diciembre de 2014.
- \_\_\_\_\_, Sala de lo Constitucional, Inconstitucionalidad 18-2014, San Salvador, 9 de abril de 2014.
- \_\_\_\_\_, Sala de lo Constitucional, Inconstitucionalidad 48-2014, San Salvador, 5 de noviembre de 2014.
- \_\_\_\_\_, Sala de lo Constitucional, Inconstitucionalidad 36-2014, San Salvador, 29 de julio de 2015.
- \_\_\_\_\_, Sala de lo Constitucional, *Habeas corpus* 445-2014, San Salvador, 25 de septiembre de 2014.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Handyside*, Sentencia 1976/6 de 7 de diciembre de 1976.

## **IV. Perspectivas del derecho constitucional en los contextos latinoamericanos**

- Oscar G. Barrientos Jiménez, Bolivia  
La tolerancia e inacción del Estado en casos de violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos por razones de género: una mirada a las preocupantes cifras del feminicidio en Bolivia y las recomendaciones de los organismos internacionales de derechos humanos
- Alexander Espinoza Rausseo, Venezuela  
La reserva legal en el derecho penal y los derechos fundamentales. Estudio comparado entre Alemania y Venezuela
- Francine Machado de Paula, Brasil  
Bem jurídico-penal e constituição: a vinculação necessária para se limitar o poder punitivo estatal em face aos direitos e às garantias individuais
- Jânia Maria Lopes Saldanha, Sadi Flores Machado, Brasil  
Da ciberdemocracia aos movimentos sociais e do governo eletrônico à lei de acesso à informação pública no Brasil: dimensões da política e da democracia na sociedade em rede
- Marcela Dubón, Byron Escobedo, Guatemala  
“En estas condiciones, no queremos elecciones”. Demandas ciudadanas ante el proceso electoral vigente en Guatemala
- Vicente F. Benítez R., Julián D. González E., Colombia  
Cuando las constituciones callan: omisiones constitucionales relativas y la Sentencia C-579 de 2013

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Oscar G. Barrientos Jiménez\* (Bolivia)

## **La tolerancia e inacción del Estado en casos de violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos por razones de género: una mirada a las preocupantes cifras del feminicidio en Bolivia y las recomendaciones de los organismos internacionales de derechos humanos\*\***

### **RESUMEN**

El presente artículo inicia con un diagnóstico de graves violaciones de los derechos humanos por razones de género acontecidas sistemáticamente en Bolivia, lo que viene generando el homicidio de miles de mujeres por su condición sexual; posteriormente, identifica algunos elementos doctrinales que permiten dejar en claro la posición garante del Estado en el resguardo de los derechos humanos de este sector tan vulnerable, y la inevitable responsabilidad internacional que implica su tolerancia o inacción. Las reflexiones finales demostrarán que uno de los grandes retos del siglo XXI para América Latina es la erradicación de la violencia de género.

**Palabras clave:** derechos humanos, violencia de género, feminicidio, posición garante del Estado, tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos, Bolivia.

### **ZUSAMMENFASSUNG**

Der Beitrag untersucht zunächst die in Bolivien systematisch verübten, schweren geschlechtsspezifischen Menschenrechtsverletzungen, denen Tausende von Frauen aufgrund ihres Geschlechts zum Opfer fallen. Sodann befasst er sich mit

---

\* Abogado de la Universidad Mayor de San Andrés, diplomado en Educación Superior, magíster en Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Andina Simón Bolívar. oscarbarrientosjimenez@gmail.com.

\*\* Dedicado a mi amada esposa Luigi Peñaranda y a mi pequeña Monserrat.

rechtstheoretischen Aspekten zur Rolle des Staates als Garant für die Einhaltung der Menschenrechte dieser besonders gefährdeten Bevölkerungsgruppe und seiner unvermeidbaren internationalen Verantwortlichkeit bei Duldung und Unterlassung. Die abschließenden Überlegungen zeigen, dass die Beseitigung der geschlechtsspezifischen Gewalt eine der Hauptherausforderungen für Lateinamerika im 21. Jahrhundert darstellt.

**Schlagwörter:** Menschenrechte; geschlechtsspezifische Gewalt; Frauenmord; Garantentstellung des Staates; internationale Menschenrechtsabkommen und -instrumente; Bolivien.

### ABSTRACT

This paper begins by describing serious gender-based violations of human rights which take place systematically in Bolivia, resulting in the deaths of thousands of women on account of their sex. It then identifies some doctrinal elements which are a clear indication of the State's role as guarantor of the human rights of this highly vulnerable sector, and the inevitable international liability if it tolerates such violations or fails to act. Our final thoughts will show that the elimination of gender-based violence is one of the great challenges faced by Latin America in the 21st century.

**Keywords:** Human rights, gender-based violence, femicide, the State's role as guarantor, human rights treaties and international instruments, Bolivia.

## Introducción

Dos momentos marcaron para siempre la historia aciaga de la humanidad: el holocausto nazi de 1938, donde sistemáticamente fueron asesinados aproximadamente seis millones de judíos, y el genocidio de Ruanda, donde más de ochocientos mil personas fueron asesinadas en 1994. Actualmente, cuando pensábamos que estas atrocidades habían sido superadas por el fortalecimiento de la democracia y sobre todo con la implementación de diversos mecanismos de defensa de los derechos humanos tanto en sede nacional como internacional, en pleno siglo XXI nos encontramos con otro tipo de flagelo: el homicidio de miles de mujeres por su condición sexual, o lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte o Corte IDH) define como “[h]omicidio de mujer por razones de género, también conocido como feminicidio”.<sup>1-2</sup> Al respecto, la Comisión de

<sup>1</sup> Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párr. 143.

<sup>2</sup> Las expresiones femicidio y feminicidio encuentran su antecedente directo en la voz inglesa *femicide*, desarrollada inicialmente en el área de los estudios de género y la sociología por Diana Russell y Jane Caputi a principios de la década de los noventa. Citado por Patsilí Toledo Vásquez, *Feminicidio*, México, D. F., Consultoría para la Oficina en México del Alto

Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha dicho que por violencia contra la mujer se entiende:

[T]odo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada, e incluida la violencia doméstica, los delitos cometidos por cuestiones de honor, los crímenes pasionales, las prácticas tradicionales nocivas para la mujer, incluida la mutilación genital femenina y el matrimonio forzado.<sup>3</sup>

Según el informe *Feminicidio: un problema global*, de la organización Small Arms Survey, El Salvador es el país que presenta más feminicidios, con una tasa de 12 por cada 100.000 mujeres, datos coincidentes con el informe *Global Homicide*, de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) de 2011. Tal como se desprende del *III informe internacional. Violencia contra la mujer en las relaciones de pareja. Estadísticas y legislación 2010*, del Centro Reina Sofía, El Salvador tenía en ese año la tasa más alta de feminicidios de los 44 países analizados, con 129,43 feminicidios por millón. Según CEMUJER, cada 10 horas una mujer era asesinada en El Salvador, dos mujeres cada día. La cifra no deja de aumentar año tras año: en 2007, una mujer era asesinada cada tres días. En la última década, la violencia contra las mujeres en El Salvador ha aumentado un 197%. El observatorio de violencia de la Organización de Mujeres Salvadoreñas por la Paz (ORMUSA) señala que la Policía Nacional Civil registró, entre enero y febrero de este año, 121 feminicidios. Por su parte, el Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Mujer (ISDEMU<sup>4</sup>) contabiliza, entre enero y marzo de este año, 158 feminicidios.

Lamentablemente, en el caso concreto de Bolivia y, por qué no decirlo, en el de otros países hermanos que conforman América Latina,<sup>5</sup> este problema se ha venido

---

Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009, p. 23. Disponible en: <http://www.hchr.org.mx/files/doctos/Libros/feminicidio.pdf>.

<sup>3</sup> Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, *La eliminación de la violencia contra la mujer*, Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2001/49, E/CN.4/RES/2001/49, 23 de abril de 2001.

<sup>4</sup> El Instituto Salvadoreño para el Desarrollo de la Mujer se creó a iniciativa del Órgano Ejecutivo por Decreto Legislativo 644, de fecha 29 de febrero de 1996.

<sup>5</sup> Por razones de espacio no se ha podido realizar el diagnóstico de otros países, lo que no implica que estén exentos de la problemática, máxime si el Comité de Expertas/os del MESECVI, en su segundo informe hemisférico sobre la implementación de la Convención de Belém do Pará, indica que las altas tasas de feminicidio en la región, en algunos casos, alcanza niveles cercanos a los de pandemia, de acuerdo con el indicador de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Este organismo estima que la tasa de 10 homicidios por 100.000 habitantes se considera como epidémica.

agravando, lo cual evidencia la inconsecuencia de los Estados con sus propios fines y funciones esenciales, al desentenderse de su posición garante en la protección de los derechos humanos.

## 1. Diagnóstico: violaciones graves de los derechos humanos por razones de género, una mirada a las cifras del feminicidio en Bolivia<sup>6</sup>

Según el Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre Bolivia, difundido en febrero de 2012, el número de homicidios de mujeres registrados durante los primeros siete meses de 2011, de acuerdo con datos de la Policía, fue de 226, mientras que durante todo 2010 esta cifra fue de 144, lo que, comparativamente, representa un incremento del 60%.<sup>7</sup>

De la misma manera, después de analizar los datos de homicidios de mujeres a nivel mundial desde 2004 a 2009, la organización no gubernamental Small Arms Survey señaló a Bolivia entre los lugares del mundo donde los casos de feminicidio son “muy altos” y lo situó entre los 25 países con mayor cantidad de dichos casos.<sup>8</sup>

Según el Centro de Información y Desarrollo de la Mujer (CIDEM), el feminicidio en Bolivia cobra más víctimas que la delincuencia: del 100% de crímenes perpetrados entre el 1 de enero y el 31 de agosto de 2011, el 62,50% son feminicidios y un 37,50% son asesinatos por inseguridad ciudadana (robos) u otros motivos no esclarecidos.<sup>9</sup> Según la misma fuente, del 100% de feminicidios, un 50,77% es íntimo o conyugal; un 24,62%, sexual; un 15,34%, infantil; un 6,15%, familiar; y un 3,08%, por ocupación estigmatizada.<sup>10</sup> Del total de feminicidios, se destaca que el 29,41% de ellos han sido por violación seguida de muerte; el 20,59% por discusión; el 11,76% ha sido motivado por celos; el 8,82% porque la pareja había roto la relación; el 2,94% por venganza;

---

<sup>6</sup> Una de las principales debilidades de este trabajo es la falta de información estadística de entidades gubernamentales. Los datos surgen de Internet y de organismos no gubernamentales que realizan un monitoreo elaborado a partir de información de los principales periódicos nacionales. Asimismo, la demora en el procesamiento de datos no nos permite tener indicadores más actualizados.

<sup>7</sup> En Defensoría del Pueblo del Estado Plurinacional de Bolivia, *Feminicidio en Bolivia. Informe defensorial*, 2012, p. 40. Disponible en: [http://info.comvomujer.org.pe/catalogocomvo/17\\_Feminicidio\\_en\\_Bolivia\\_Informe\\_de\\_la\\_Defensor%EDa\\_del\\_Pueblo.pdf](http://info.comvomujer.org.pe/catalogocomvo/17_Feminicidio_en_Bolivia_Informe_de_la_Defensor%EDa_del_Pueblo.pdf).

<sup>8</sup> <http://www.smallarmssurvey.org/home.html>.

<sup>9</sup> Mary Marca *et ál.*, Centro de Información y Desarrollo de la Mujer (CIDEM), *Boletina Feminista La Escoba*, Observatorio “Manuela”. Violencia, Feminicidio y Mujeres en Riesgo, año 4, núm. 13, 2011, p. 4.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 5.

2,94% por infidelidad; el 2,94% porque la víctima exigió el pago por el servicio sexual; y un 20,50% se encuentra en proceso de investigación para determinar los móviles.<sup>11</sup>

El Instituto Nacional de Estadística (INE) señala que de 5.610 casos de violencia física y sexual atendidos en el sistema de salud público en la gestión 2007 a nivel nacional, 4.582 correspondían a mujeres y 1.028 a hombres. La relación de la denuncia se mantuvo e incluso se incrementó: el 81,67% corresponden a mujeres y el 18,32% a denuncias realizadas por hombres.

Los reportes más actualizados del Observatorio del CIDEM sobre la muerte violenta de mujeres en el primer semestre del año 2014 dan un total de 98 decesos. De estos, 59 son feminicidios; en la mayoría de los casos, la violencia contra las víctimas fue ejercida por sus parejas o exparejas hombres.

## 2. Leyes versus políticas públicas

Ante este preocupante panorama, la Asamblea Legislativa Plurinacional aprobó la ley integral para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia,<sup>12</sup> normativa que declara en su artículo 3 como “prioridad nacional” la erradicación de la violencia hacia las mujeres. Entre las principales novedades de la normativa destaca la inclusión de varias formas de violencia, como el feminicidio, delito que castiga con una pena de 30 años sin derecho a indulto; la violencia patrimonial y económica; violencia laboral; violencia institucional; violencia simbólica; y violencia contra la dignidad, la honra y el nombre. Asimismo, la norma cuenta con un enfoque integral en el tratamiento de la violencia de género. En este sentido, en su artículo 8 resalta la responsabilidad del Estado en toda política pública y plan nacional que involucre la prevención de la violencia hacia las mujeres, su atención, protección, tipificación de delitos, sanción y reparaciones.

No obstante lo señalado, el contraste entre las cláusulas declarativas de la norma con la realidad del problema nos hacen reflexionar sobre una auténtica voluntad del Estado para cambiar el preocupante panorama. Prueba de ello es que uno de los principales problemas para que los casos de violencia se incrementen, aun con la vigencia de la norma, es la profunda crisis en la cual se encuentra inmersa la administración de justicia, gran generadora de impunidad. Así, pese a la aprobación y puesta en vigencia de la Ley 348, las cifras de feminicidio continúan incrementándose.<sup>13</sup> Hay evidentes muestras de retardación de justicia; revictimización; vacíos

---

<sup>11</sup> Mary Marca *et ál.*, Centro de Información y Desarrollo de la Mujer (CIDEM), *Boletina Feminista La Escoba*, Observatorio “Manuela”. Violencia, Feminicidio y Mujeres en Riesgo, año 4, núm. 12, 2011, p. 5.

<sup>12</sup> Aprobada mediante Ley 348 de 9 de marzo de 2013.

<sup>13</sup> Hace unos meses, la propia Ministra de Justicia señalaba que en el marco de la Ley 348 se han denunciado en el país 10.759 casos de violencia contra la mujer, de los cuales solo 186 (1,72%) han llegado a la acusación formal, y solo 30 (0,28%) cuentan con sentencia.



en la norma; carencia de infraestructura y falta de personal especializado; carencia de recursos; ausencia de voluntad política, expresada en la inexistencia de un reglamento; entre otras, que parecen señalar que su promulgación no incluía un real interés por su implementación concreta. Entre algunos aspectos específicos, vemos que hay graves problemas en la formación de investigadores y aun de jueces, quienes todavía actúan sin observancia de la debida diligencia establecida en instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia y se distinguen por los prejuicios de género, que caracterizan muchas de sus actuaciones y que suman a favor de la impunidad. Las barreras de género no hacen otra cosa que favorecer el sobreseimiento y, por tanto, el desistimiento o abandono de causas por parte de las mujeres. Para colmo, por sesgos de género, se culpa a las víctimas por “abandonar su demanda”, como recientemente se ha observado en algunas oficinas de las Fuerzas Especiales de Lucha contra la Violencia.<sup>14</sup>

Lo señalado nos demuestra que el tratamiento del problema implica no solo la aprobación declarativa de una ley, sino fundamentalmente una verdadera voluntad política para la generación de políticas públicas, asignación de presupuesto, capacitación y promoción de derechos, que de manera progresiva intenten ir cambiando las malas prácticas tanto de operadores como de administradores de justicia.

En el contexto descrito, la *ratio decidendi* de este trabajo intenta, con el debido sustento doctrinal, dejar en claro la posición garante del Estado para asegurar a las mujeres una vida libre de violencia, aspectos que por supuesto van más allá de simples declaraciones normativas y que intentaremos abordar a continuación.

### **3. Elementos doctrinales para revalidar el rol garante del Estado en casos de violaciones graves de los derechos humanos por razones de género**

Expuesto el diagnóstico del problema, hemos identificado algunos elementos como sustento doctrinal para dejar en claro la posición garante del Estado en casos de violaciones graves de los derechos humanos por razones de género.

#### **3.1. La naturaleza de los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos**

Los tratados de derechos humanos tienen una naturaleza especial, que ha sido resaltada por la jurisprudencia de la Corte:

---

<sup>14</sup> Discurso del Defensor del Pueblo en el “Diálogo Institucional de Cumplimiento de la Ley 348”, Cochabamba, 30 de mayo de 2014. Disponible en: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:dbj9-tnY7wJ:www.defensoria.gob.bo/archivos/DISCURSO%2520FINAL%2520LEY%2520348.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=bo>.

La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción [...].<sup>15</sup>

Se inspiran en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano), están dotados de mecanismos específicos de supervisión, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo, y tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados Partes.<sup>16</sup>

En tal sentido, cuando los Estados ratifican tratados internacionales de derechos humanos, lo hacen en el marco de los principios básicos y fundamentales de la sociedad y del derecho internacional (*pacta sunt servanda* y *bona fide*),<sup>17</sup> “[a]sumen libremente tales obligaciones y dan su consentimiento a estar jurídicamente obligados a cumplirlas. Los tratados son acuerdos que deben regir la conducta de los Estados: tienen que cumplirse en la práctica; no son sólo papel. Los tratados deben cumplirse incluso si contradicen el derecho nacional: los Estados que ratifican un nuevo tratado o se adhieren a él están obligados a reformar sus leyes a fin de poder aplicarlo y cumplirlo en la práctica”.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos* (arts. 74 y 75), párr. 29. Citado por Claudio Nash, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*, 2ª. ed., Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Embajada de España en Chile y Centro de Derechos Humanos, 2009, p. 16.

<sup>16</sup> Corte IDH, *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 104.

<sup>17</sup> El principio *pacta sunt servanda*, consagrado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, establece que “[t]odo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. El Estado debe acatar en forma plena las decisiones adoptadas conforme a las normas del sistema interamericano y los principios de derecho internacional. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, Resolución del 17 de noviembre de 1999, Cumplimiento de Sentencia, párr. 14 - i.

<sup>18</sup> Amnistía Internacional, *Hacer los derechos realidad. El deber de los Estados de abordar la violencia contra las mujeres*, Madrid, Editorial Amnistía Internacional (EDAI), España, 2004, p. 22.

El Estado boliviano, al ratificar estos instrumentos internacionales de derechos humanos, se obliga a cumplir con tres grandes grupos de obligaciones: respetar, proteger y hacer efectivos estos derechos. Respetar significa sencillamente no interferir con su disfrute, proteger significa adoptar medidas para garantizar que terceras partes no interfieran con su disfrute, y hacer efectivos significa adoptar medidas progresivas que permitan el disfrute efectivo del derecho de que se trate.<sup>19</sup>

### 3.2. La aplicación efectiva de los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos en las jurisdicciones nacionales<sup>20</sup>

“[L]os derechos humanos constituyen, según el Tribunal Constitucional Alemán, un orden objetivo de valores. Penetran, marcan e inspiran todo el orden jurídico en el Estado. Las normas tienen que ser interpretadas a la luz de los derechos humanos y las libertades fundamentales”.<sup>21</sup> En esta línea de entendimiento, un segundo elemento es, sin lugar a dudas, la obligación del Estado –a través de los operadores y administradores de justicia– de aplicar en casos de violencia los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos en su jurisdicción nacional, ya que los derechos allí garantizados son preexistentes al propio Estado y constituyen el patrimonio de todo ser humano, al ser atributos inherentes a la dignidad humana y, por ello, son considerados superiores al propio poder del Estado, siendo por tanto el fundamento de cualquier constitución. En este sentido, cualquier enumeración de derechos contenida en las constituciones debe entenderse siempre de manera enunciativa (*numerus apertus*), no limitativa o taxativa; asimismo, tal reconocimiento se encuentra reforzado por el principio *pro homine*, que manda a realizar siempre la interpretación que sea más favorable al ser humano, verbigracia, en el caso de Bolivia, la Constitución Política, en su artículo 256, proclama que 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.

De lo referido, si hiciéramos realidad lo que proclama el texto constitucional, en el entendido de reconocer preferentemente estos instrumentos jurídicos internacionales en casos de violaciones graves de los derechos humanos por razones de

<sup>19</sup> Defensoría del Pueblo del Estado Plurinacional de Bolivia, *op. cit.*, p. 22.

<sup>20</sup> Sobre el reconocimiento expreso de la justicia constitucional supranacional, ver Oscar Barrientos Jiménez, “El diseño de la justicia constitucional plurinacional: sugerencias para la implementación del Código de Procedimientos Constitucionales”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2011*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, pp. 148-155.

<sup>21</sup> Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, “Los fundamentos del Estado de derecho”. Disponible en: <http://www.kas.de/rspla/es/pages/8909/>.

género por sobre cualquier otra disposición legal o incluso constitucional, implicaría mínimamente para el Estado el cumplimiento de las siguientes obligaciones:

- Protección de la vida de la mujer, derecho de la mujer a una vida libre de violencia, acceso a la justicia para las mujeres, sin restricciones.
- Acceso a la información estadística sobre la violencia contra las mujeres, en particular sobre homicidios y asesinatos de mujeres.
- Igualdad de oportunidad y de trato/no discriminación de las mujeres en el contexto social (salud, educación, trabajo, hogar, participación política, etc.).
- Políticas públicas y presupuesto para prevenir, atender, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres.
- Investigaciones y programas de educación destinados a aumentar la percepción social sobre el feminicidio.<sup>22</sup>

### 3.3. Reconocimiento pleno de la jurisdicción y competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Un tercer elemento es el reconocimiento pleno de la jurisdicción y competencia de la Corte. El Estado Plurinacional de Bolivia ha aprobado y ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica”, suscrita el 22 de noviembre de 1969 y puesta en vigor el 18 de julio de 1978. Al hacerlo, independientemente de su adscripción a la tesis monista o dualista,<sup>23</sup> ha reconocido, de pleno derecho incondicionalmente y por plazo indefinido, la competencia contenciosa de la Corte. En consecuencia, la sistemática violación de los derechos humanos por razones de género en este país puede ser conside-

<sup>22</sup> Defensoría del Pueblo del Estado Plurinacional de Bolivia, *op. cit.*, p. 25.

<sup>23</sup> La teoría o doctrina dualista, desarrollada por Triepel, a quien acompaña Anzilotti, se orienta en el sentido de la coexistencia separada del derecho interno (que corresponde a cada uno de los 200 Estados del planeta) y el derecho internacional. Triepel sostenía que las personas nunca pueden ser obligadas ni beneficiadas por normas del derecho internacional. Decía que sólo el Estado puede ser obligado o favorecido por ellas, en sus relaciones con los otros Estados. Según Triepel y Anzilotti, las normas de derecho internacional, para que alcancen a las personas, deben ser transformadas primero en normas de derecho interno. Para Triepel, “El Derecho Internacional y el Derecho Interno no sólo son partes diferentes del Derecho, sino sistemas jurídicos diversos. Son dos círculos que están en contacto íntimo, pero que no se superponen nunca”. Hans Kelsen, al mismo tiempo, se encargaría de la construcción de la teoría o doctrina monista de la unidad del derecho y de la primacía del derecho internacional frente al derecho interno de los Estados. La teoría o doctrina monista se manifiesta en el sentido de que “el Derecho Internacional preside una concepción unitaria de todo el Derecho, del cual forman parte en un plano de subordinación los ordenamientos jurídicos internos de los Estados (Felipe Tredinnick, “Derecho internacional de los derechos humanos: su aplicación directa”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2002*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, Uruguay, p. 351).

rada como una conculcación reiterada de la normativa convencional; esta inacción o negligencia del Estado puede ser sujeta a la jurisdicción interamericana. La situación se agrava si consideramos que Bolivia ha ratificado la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará”,<sup>24</sup> así como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y el Protocolo Facultativo de la CEDAW,<sup>25</sup> y tiene, por su compromiso internacional expreso, la obligación de responder internacionalmente ante el incumplimiento de todas estas normas.<sup>26</sup>

La Corte, en relación con la obligación del cumplimiento de las obligaciones de los Estados que ratificaron los referidos instrumentos internacionales, expresa lo siguiente:

La segunda obligación de los Estados Partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparte la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> Ratificada por Bolivia mediante Ley 1599 de 18 de agosto de 1994.

<sup>25</sup> Ratificada por Bolivia, mediante Ley 1100 de 15 de septiembre de 1989.

<sup>26</sup> En varios precedentes, la Corte ha considerado que la obligación de garantía y respeto de los derechos humanos se proyectan más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos en las relaciones entre los individuos. La atribución de responsabilidad al Estado por actos de particulares puede darse cuando el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes, con esta función de protección, pero sólo en aquellas circunstancias en que se considere que los agentes estatales cumplieran una posición de garantes con relación a la acción de particulares (Víctor Abramovich, “Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso ‘Campo algodónero’ en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 6, 2010, p. 173).

<sup>27</sup> Corte IDH, *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*, Sentencia de 20 de enero de 1989, Fondo, párrs. 175 y 176, jurisprudencia citada en Defensoría del Pueblo del Estado Plurinacional de

Asimismo, en el *Caso María da Penha Maia Fernández contra Brasil*, la Corte aplicó por primera vez la Convención de Belém do Pará y fijó deberes especiales de protección estatal vinculados con el derecho a la vida y a la integridad física, en función de una interpretación del principio de igualdad, determinando que frente a un patrón estructural de violencia doméstica que afectaba a las mujeres de la ciudad de Fortaleza en el Estado de Ceará, acompañado por una práctica general de impunidad judicial frente a este tipo de casos criminales y la negligencia del gobierno local en implementar medidas efectivas de prevención, el Estado federal había violado las garantías judiciales y la obligación de actuar con debida diligencia para asegurar la integridad física de la peticionaria y su igualdad ante la ley. También estableció que los Estados tienen un deber de acción preventiva diligente para evitar prácticas de violencia contra las mujeres, aun frente a la actuación de actores no estatales, con base no sólo en el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará sino también en la propia Convención Americana. La responsabilidad del Estado provenía de no haber adoptado medidas preventivas con debida diligencia para evitar que esa forma extendida de violencia existiera y se reprodujera en perjuicio de un grupo o colectivo determinado, además de la falta de respuesta efectiva frente a las lesiones graves sufridas por la víctima a manos de su esposo, quien estaba sujeto a un proceso que llevaba 15 años sin juicio. La Corte valoró fundamentalmente en el caso referido la existencia de un patrón o “pauta sistemática” en la respuesta estatal, que expresa a su juicio una suerte de tolerancia pública con la situación de violencia denunciada, no sólo en perjuicio de la víctima, sino con relación a otros casos idénticos o con características comunes. Es más, para la Corte, la ineffectividad judicial discriminatoria crea un ambiente que favorece la violencia doméstica que sufren las mujeres.<sup>28</sup>

### 3.4. La justicia social

Los paradigmas de nuestras distintas realidades como el Estado de bienestar, el bien común, el vivir bien o *suma qamaña*, el buen vivir o *sumer kawsay*, etc. son simples aspiraciones, si es que no existe el disfrute pleno de los derechos humanos. En este contexto, un cuarto elemento íntimamente relacionado con el principio de dignidad humana es, sin lugar a dudas, el bienestar de las personas, la *justicia social*.<sup>29</sup> En este sentido, “[l]a obligación de respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas y en particular de las mujeres, constituye la *obligación fundamental* de los Estados. Así lo establece el artículo 1 de la Convención Americana cuando señala el compromiso de los Estados de respetar los derechos

---

Bolivia, *op. cit.*, p. 25.

<sup>28</sup> Abramovich, *op. cit.*, pp. 171-172.

<sup>29</sup> La ‘justicia social’ implica hacer posible el bien de toda la comunidad, teniendo en cuenta los derechos de todos los seres humanos; permite a todos los hombres y las mujeres desarrollar sus facultades y ponerlas al servicio de la sociedad.

y las libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna.<sup>30</sup>

Por su parte, Claudio Nash precisa:

[L]a obligación de garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos implica siempre la adopción de medidas positivas. Podemos distinguir las siguientes formas de cumplimiento de la obligación de garantía: i) la obligación del Estado de asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos; ii) el deber de proteger a las personas frente a amenazas de agentes privados o públicos en el goce de los derechos; iii) adoptar medidas de prevención general frente a casos de violaciones graves de derechos; iv) reparar a las víctimas; y v) cooperar con los órganos internacionales para que estos puedan desarrollar sus actividades de control.<sup>31</sup>

No obstante lo señalado, consideramos que dada la preocupante situación en Bolivia, el Estado tiene la obligación de hacer del ejercicio de los derechos de todas las mujeres una realidad a través de medidas efectivas para erradicar la violencia por medio de la prevención, la investigación y el castigo. Esta obligación ha sido formulada por órganos políticos internacionales como la Asamblea General de la ONU, en su Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer y en las “medidas de prevención del delito y de justicia penal para la eliminación de la violencia contra la mujer”; la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, en varias resoluciones, especialmente en las relativas a la violencia contra las mujeres; y el Consejo de Seguridad de la ONU, en su Resolución 1325, sobre los derechos de las mujeres y las niñas en los conflictos armados. Asimismo, han reiterado esta obligación órganos de vigilancia de los tratados de derechos humanos como el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en su Recomendación general 19 y el Comité de Derechos Humanos, en su Observación general 28. También han resaltado la obligación expertos independientes en derechos humanos, como la primera relatora especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la violencia contra la mujer, Radhika Coomaraswamy, quien, en su informe de 2003 a la Comisión de Derechos Humanos,<sup>32</sup> escribió:

[L]os Estados deben promover y proteger los derechos humanos de la mujer y deben actuar con la debida diligencia para:

---

<sup>30</sup> Isabel Torres *et ál.*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Feminicidio: más allá de la violación del derecho a la vida. Análisis de los derechos violados y las responsabilidades estatales en los casos de feminicidio de Ciudad Juárez*, San José, IIDH, 2008, p. 40.

<sup>31</sup> Nash, *op. cit.*, p. 23.

<sup>32</sup> Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, *Integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género. La violencia contra la mujer*, E/CN.4/2003/75, 6 de enero de 2003, párr. 85.

- a) Prevenir, investigar y castigar los actos de violencia contra la mujer en todas sus formas que se cometan en el hogar, el centro de trabajo, la comunidad o la sociedad, durante la detención o en situación de conflicto armado;
- b) Adoptar todas las medidas necesarias para potenciar a las mujeres y fortalecer su independencia económica y proteger y promover el pleno disfrute de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales;
- c) Condenar la violencia contra la mujer y no invocar la costumbre, la tradición o las prácticas religiosas o culturales para eludir su obligación de eliminar esa violencia;
- d) Intensificar los esfuerzos para formular o aplicar medidas legislativas, educacionales, sociales y de otra índole para prevenir la violencia contra la mujer, mediante la difusión de información, campañas de divulgación de informaciones jurídicas y la formación de juristas y de personal judicial y sanitario;
- e) Promulgar, y cuando sea necesario, fortalecer o enmendar leyes nacionales de conformidad con las normas internacionales, con disposiciones para fortalecer la protección de las víctimas, y desarrollar y mejorar los servicios de apoyo;
- f) Apoyar las iniciativas de las organizaciones de mujeres y de las ONG para eliminar la violencia de la mujer y establecer o fortalecer en el plano nacional relaciones de colaboración con las ONG pertinentes y con instituciones de los sectores público y privado.

#### 4. Breves reflexiones finales

El vergonzoso fenómeno de la violencia contra las mujeres persiste debido, en parte, a la apatía con que lo mira el mundo, a pesar de ser un abuso atroz contra los derechos humanos. La violencia contra las mujeres, al igual que la esclavitud y la tortura hace siglos, se considera algo normal, natural, inevitable y aceptable. Pero al igual que la esclavitud y la tortura, no es nada de esto. Los actos de violencia contra mujeres son delitos. Es preciso prevenirlos, y si no se puede, sus autores han de ser juzgados y condenados. Como en los casos de la esclavitud y la tortura, se puede avanzar en la erradicación de la violencia contra las mujeres, tomando tal abuso contra los derechos humanos como lo que es y condenándolo públicamente, además de adoptando medidas contra sus autores;<sup>33</sup> no hacerlo implica, ante el derecho internacional, que el Estado es claramente responsable de los abusos contra los derechos humanos cometidos por agentes no estatales. Internacionalmente, tiene que rendir cuentas de varias formas específicas. Cabe considerarlo responsable en virtud de un tipo específico de *relación* que mantiene

---

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 78.



con los agentes no estatales o por el hecho de *no tomar medidas razonables* para impedir los abusos o responder a ellos.<sup>34</sup>

Es esencial que los Estados continúen evaluando con espíritu crítico la magnitud de violaciones de derechos humanos, como la violencia contra las mujeres, cuando se cometen. Deben también seguir revisando la eficacia de su legislación, sus políticas y su administración. Las iniciativas tomadas con el fin de erradicar la violencia contra las mujeres han tenido diversos grados de éxito, pero en todos los casos han sido parciales y no han tenido un seguimiento constante. Se ha determinado que es en una vigilancia más clara y efectiva de la magnitud de la violencia contra las mujeres y de la eficacia de los recursos donde radica el progreso a la hora de garantizar la debida aplicación del derecho internacional de derechos humanos para proteger a las mujeres de la violencia.<sup>35</sup>

En el caso concreto de Bolivia, irresponsablemente se pretende sacar partido político de este problema con fines proselitistas, ya que con asombro escuchamos que algunos candidatos irresponsables están planteando posiciones extremas como la pena de muerte o la implementación de cadena perpetua, cuando lo que realmente debe demostrarse es una auténtica voluntad política para la generación de políticas públicas con la debida asignación presupuestaria (Ministerio de Economía y Finanzas Públicas). Asimismo, la coordinación de los actores involucrados (Policía, Ministerio Público, Órgano Judicial y Ministerio de Justicia) y la generación de indicadores oficiales<sup>36</sup> deben ser medidas prioritarias para hacer efectiva no solo la Ley 348, sino fundamentalmente los tratados e instrumentos internacionales que hace muchos años fueron ratificados por el Estado boliviano.

Finalmente, quizás sea necesario imaginarnos un mundo donde los roles del hombre y la mujer se encuentren cambiados. Tal vez así podamos comprender mejor ciertos mecanismos negativos que reflejan desigualdad, injusticia y discriminación. Y, sin embargo, son aceptados culturalmente por muchas sociedades contemporáneas;<sup>37</sup> por ello, para todos (organismos internacionales, Estados y sociedad civil), uno de los grandes retos del siglo XXI es la erradicación de la violencia de género.

---

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 77.

<sup>36</sup> El Sistema Integral Plurinacional de Prevención, Atención, Sanción y Erradicación de la Violencia en razón de Género (SIPPASE) es la entidad pública encargada de generar estos indicadores.

<sup>37</sup> Cultural Librería Americana S.A, *Aprender valores y asumir actitudes*, Barcelona, Industrias Gráficas Mármol SL, 2005, p. 329.

## Bibliografía

- ABRAMOVICH, Víctor, “Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso ‘Campo Algodonero’ en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 10, 2010.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Hacer los derechos realidad. El deber de los Estados de abordar la violencia contra las mujeres*, Madrid, Editorial Amnistía Internacional (EDAI), España, 2004.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, Resolución del 17 de noviembre de 1999, Cumplimiento de Sentencia.
- \_\_\_\_\_, *Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005.
- \_\_\_\_\_, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, Excepción Preliminar, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Fondo, Reparaciones y Costas.
- CULTURAL LIBRERÍA AMERICANA S.A., *Aprender valores y asumir actitudes*, Barcelona, Industrias Gráficas Mármol SL, 2005.
- DEFENSOR DEL PUEBLO, “Diálogo Institucional de Cumplimiento de la Ley 348”, Cochabamba, 30 de mayo de 2014. Disponible en: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:dbj9-tnY7wJ:www.defensoria.gob.bo/archivos/DI+SCURSO%2520FINAL%2520LEY%2520348.pdf+%&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=bo>.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, *Feminicidio en Bolivia. Informe defensorial*, 2012. Disponible en: [http://info.comvomujer.org.pe/catalogocomvo/17\\_Feminicidio\\_en\\_Bolivia\\_Informe\\_de\\_la\\_Defensor%EDa\\_del\\_Pueblo.pdf](http://info.comvomujer.org.pe/catalogocomvo/17_Feminicidio_en_Bolivia_Informe_de_la_Defensor%EDa_del_Pueblo.pdf).
- MARCA, Mary *et ál.*, Centro de Información y Desarrollo de la Mujer (CIDEM), *Boletina Feminista La Escoba*, Observatorio “Manuela”. Violencia, Feminicidio y Mujeres en Riesgo, año 4, núm. 12, 2011.
- \_\_\_\_\_, *Boletina Feminista La Escoba*, Observatorio “Manuela”. Violencia, Feminicidio y Mujeres en Riesgo, año 4, núm. 13, 2011.
- NACIONES UNIDAS, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *La eliminación de la violencia contra la mujer*, Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2001/49, E/CN.4/RES/2001/49, 23 de abril de 2001.
- NASH, Claudio, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*, 2ª. ed., Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Embajada de España en Chile y Centro de Derechos Humanos, 2009.
- SMALL ARMS SURVEY, *Recursos violencia armada*, núm. 14, febrero 2012. Disponible en: <http://www.smallarmssurvey.org/home.html>.
- TOLEDO VÁSQUEZ, Patsilí, *Feminicidio*, México, D. F., Consultoría para la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009. Disponible en: <http://www.hchr.org.mx/files/doctos/Libros/feminicidio.pdf>.

TREDINNICK, Felipe, “Derecho internacional de los derechos humanos: su aplicación directa”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2002*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, Uruguay.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

**Alexander Espinoza Rausseo\* (Venezuela)**

## **La reserva legal en el derecho penal y los derechos fundamentales. Estudio comparado entre Alemania y Venezuela**

### **RESUMEN**

En el presente estudio revisaremos algunos aspectos del principio de legalidad penal en un proceso comparativo entre el estándar del derecho alemán y la actual aplicación del derecho penal en Venezuela. La doctrina de los derechos fundamentales constituye un valioso aporte para el análisis del ámbito de aplicación y los subprincipios del principio de legalidad penal. En la práctica venezolana encontraremos numerosas imprecisiones, que ponen en evidencia que enfrentamos un tema aún en evolución. Se trata de indicios claros del desarrollo de una justicia con connotación ideológica, donde se desconocen los límites que derivan de los derechos fundamentales, en favor de una absoluta discrecionalidad del juez.

**Palabras clave:** reserva legal, principio de legalidad penal, prohibición de analogía, costumbre, precedentes judiciales, confianza legítima, determinabilidad de la ley.

### **ZUSAMMENFASSUNG**

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit einigen strafrechtlichen Aspekten des Legalitätsprinzips mittels eines Vergleichs des deutschen Rechtsstandards mit der derzeitigen Anwendung des Strafrechts in Venezuela. Die Grundrechtslehre leistet dabei einen wertvollen Beitrag zur Bestimmung des Anwendungsbereichs des Legalitätsprinzips und den ihm zugrundeliegenden Prinzipien im Strafrecht. In der venezolanischen Rechtspraxis gibt es jedoch zahlreiche Ungenauigkeiten, die zeigen,

---

\* Doctor en Ciencias Jurídicas; magister legum, Universidad de Passau (Alemania); pasantía de investigación, universidades de Freiburg y de Würzburg (Alemania), presidente de la Fundación Instituto de Estudios Constitucionales de Caracas. Docente UCV. contacto@estudiosconstitucionales.com. <http://www.estudiosconstitucionales.com>.

dass es sich immer noch um ein nicht endgültig geklärtes Thema handelt. Es gibt klare Anzeichen für eine Ideologisierung der Justiz, die sich über die aus den Grundrechten abgeleiteten Grenzen zu Gunsten uneingeschränkter Richterwillkür hinwegsetzt.

**Schlagwörter:** Gesetzesvorbehalt; strafrechtliches Legalitätsprinzip; Analogieverbot; Gewohnheit; Präzedenzfälle in der Rechtsprechung; Vertrauensschutz; Bestimmtheitsgrundsatz.

## ABSTRACT

In this study we analyze some aspects of the legality principle in criminal law and compare the standard in German law with the actual application of criminal law in Venezuela. The doctrine of fundamental rights is a valuable contribution to the analysis of the scope of the criminal law principle of legality and its subsidiary principles. In the practical application of Venezuelan law we find numerous imprecisions which reveal that the matter is still evolving. They are clear indications of the development of a type of justice with ideological connotations, in which the limits placed by fundamental rights are ignored and replaced by the judges' absolute discretion.

**Keywords:** Requiring regulation by parliament, legality principle in criminal law; prohibition of interpretation by analogy; customary rules; judicial precedents; legitimate expectation; determinability of law.

## 1. Justificación

El principio de reserva legal general es manifestación de la separación de poderes,<sup>1</sup> del principio del Estado democrático<sup>2</sup> y liberal de derecho. En el derecho penal, deben ser tomados en consideración, adicionalmente, los principios de prevención general y de culpabilidad, así como el principio de fragmentariedad. La posibilidad del individuo de conocer la existencia de una prohibición y la amenaza penal con anterioridad al hecho también guarda relación con el principio de dignidad humana.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> José Peña Solís, *Manual de derecho administrativo*, vol. I, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, p. 602.

<sup>2</sup> BVerfGE 40, 237/249; Volker Krey, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, Stuttgart, W. Kohlhammer Verlag, 2008, p. 21.

<sup>3</sup> Boris Krivec aus Moers, *Von Versailles nach Rom*, Dissertation, Hamburg, 2004, p. 14; BVerfGE 95, 96/130 – Guardianes del Muro.

## 2. Ámbito de aplicación

### 2.1. Las normas de la parte general

**Caso 1: Dolo eventual (parte I).** Carlos Eduardo fue condenado por el delito de homicidio intencional a título de dolo eventual, por el arrollamiento de una persona al conducir la unidad de transporte colectivo, sin luces delanteras y a alta velocidad. La Sala de Casación Penal sostuvo que el dolo eventual no aparece contemplado en el ordenamiento jurídico penal y que se traduciría en una aplicación analógica de la ley penal (SCON-TSJ, 12 de abril de 2011, Exp. 10-0681).\*

\* Disponible en: [http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS\\_archivos/420.htm](http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/420.htm).

La prohibición de analogía comprende, en primer lugar, los tipos penales de la parte especial y las conminaciones de pena o penas abstractas previstas, aunque estas se encuentren excepcionalmente en la parte general.<sup>4</sup>

Los presupuestos generales de la punibilidad que no están regulados expresamente en la ley, tales como las teorías sobre la relación causal, sobre la delimitación entre acto preparatorio y tentativa, sobre dolo, imprudencia y error, o sobre consentimiento, delitos omisivos y autoría mediata, pueden ser determinados por la jurisprudencia o por la costumbre, aunque vayan en perjuicio del autor.<sup>5</sup>

#### **Solución del caso 1: Dolo eventual (parte I)**

*Relación jurídica.* El Estado protege el derecho a la vida a través del derecho penal y limita la libertad general de actuación de las personas. Tal limitación debe ser realizada mediante una ley formal.

*Tipicidad.* La conducta aparece descrita en los artículos 405 y 409 del Código Penal (dar muerte a alguna persona). La conducta en el artículo 405 debe ser intencional, mientras que en el artículo 409 debe ser “*con imprudencia o negligencia, o bien con impericia en su profesión, arte o industria, o por inobservancia de los reglamentos, órdenes e instrucciones*”.

*Determinabilidad de la ley (lex certa).* El Código Penal no describe en detalle lo que entiene por “*intencionalidad*”, ni tampoco desarrolla el término “*imprudencia*”. Pero tales conceptos indeterminados pueden ser objeto de interpretación, como en efecto lo han sido por parte de abundante doctrina y

<sup>4</sup> Claus Roxin, *Derecho penal*, t. I, Madrid, Editorial Civitas, 1997, p. 156.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 159; Johannes Wessels y Werner Beulke, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 42ª ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2012, p. 15.

jurisprudencia. El legislador pudo haber desistido de tomar partido en la controversia para permitir su desarrollo científico.\*

*Prohibición de la analogía (lex stricta).* Los límites de la interpretación de la ley penal en contra del individuo son los establecidos por el sentido de las palabras (interpretación literal). En la jurisprudencia y la doctrina se admite pacíficamente que bajo el concepto de intención o propósito cae lo que el sujeto persigue; por el dolo directo son abarcadas todas las consecuencias que, aunque no las persigue, el sujeto prevé que se producirán con seguridad; y con dolo eventual actúa quien no persigue un resultado y tampoco lo prevé como seguro, sino que sólo prevé que es posible que se produzca, pero para el caso de su producción lo asume en su voluntad.\*\*

Esta interpretación no excede los límites de la interpretación gramatical, por lo que no es contraria al principio de prohibición de la analogía.

\* El legislador alemán suprimió las definiciones propuestas, debido a las múltiples cuestiones controvertidas existentes al respecto. Roxin, *op. cit.*, p. 428.

\*\* Roxin, *op. cit.*, p. 415.

## 2.2. Aplicación *in malam partem*

**Caso 2: Código de Justicia Militar (parte I).** El artículo 505 del Código Orgánico de Justicia Militar establecía: “Incurrirá en la pena de tres a ocho años de prisión el que en alguna forma injurie, ofenda o menosprecie a las Fuerzas Armadas Nacionales o alguna de sus unidades”. La Corte Interamericana observó que el tipo penal se limita a prever la pena a imponerse, sin tomar en cuenta el dolo específico de causar descrédito, lesionar la buena fama o el prestigio, o inferir perjuicio al sujeto pasivo. Según la Corte, al no especificar el dolo requerido, dicha ley permite que la subjetividad del ofendido determine la existencia de un delito, aun cuando el sujeto activo no hubiera tenido la voluntad de injuriar, ofender o menospreciar al sujeto pasivo.\*

\* Corte IDH, *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*, Sentencia de 20 de noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 56.

El carácter de garantía individual de libertad también es relevante para establecer el ámbito de protección del principio de legalidad. Dado que se trata de la protección del individuo frente a una penalización no previsible, ello supone que sólo es aplicable cuando la disposición afecta desfavorablemente al individuo,<sup>6</sup> mientras que siempre es admisible la interpretación analógica, incluso a través de

<sup>6</sup> Albin Eser y Björn Burkhardt, *Strafrecht 1*, 4ª ed., München, Verlag C. H. Beck, 1992, p. 19.

una reducción teleológica del tipo penal, así como la costumbre, cuando resulta más favorable al reo.<sup>7</sup>

La doctrina y la jurisprudencia coinciden en admitir que, por analogía, sería posible extender las regulaciones de eximentes y atenuantes a hechos no previstos por ellas. En este sentido se acepta la analogía *in bonam partem* para solucionar lagunas que afectan a casos genéricos que merecen un tratamiento liberador o atenuador de pena, pero que carecen de esa regulación legal.<sup>8</sup>

### 2.3. Derechos fundamentales como causas de justificación

**Caso 3: Uso de armas de fuego en manifestaciones.** Mediante Resolución dictada por el Ministro para la Defensa, se reguló la actuación de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana en reuniones públicas y manifestaciones.<sup>\*</sup> Entre otras normas, el artículo 15, numeral 9, establece una excepción a la prohibición de portar o usar armas de fuego en el control de reuniones públicas y manifestaciones pacíficas, cuando por la necesidad y proporcionalidad de los medios empleados para contrarrestarla sea necesario su porte y uso. El artículo 22 indica en el numeral 7 que, frente al riesgo mortal, la funcionaria o funcionario militar aplicará el método del uso de la fuerza potencialmente mortal, bien con el arma de fuego o con otra arma.

\* Resolución 008610 del 23 de enero de 2015, dictada por el Ministro del Poder Popular para la Defensa, GO 40.589 de 27 de enero de 2015.

Estimamos que el ejercicio de los derechos fundamentales constituye una causa de justificación en el derecho penal,<sup>9</sup> aun cuando sus efectos irradiantes también pueden irrumpir en el derecho penal, a través de la interpretación de los elementos del tipo (BVerfGE 82, 236/266 – Schubart).<sup>10</sup> Así también lo ha considerado la

<sup>7</sup> Ingo Bott y Paul Krell, “Der Grundsatz ‘nulla poena sine lege’ im Lichte verfassungsgerichtlicher Entscheidungen”, *Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS)*, 6/2010, p. 694; Ralf Peter Schenke, *Die Rechtsfindung im Steuerrecht, Konstitutionalisierung, Europäisierung und Methodengesetzgebung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, p. 189; SCP, 10 de diciembre de 2003, Exp. 02-043.

<sup>8</sup> Juan Pablo Montiel Fernández, *Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el derecho penal*, tesis doctoral, Barcelona, 2008, p. 18; Alberto Arteaga, *Derecho penal venezolano*, 11ª ed., Caracas, Ediciones Liber, 2009, p. 81. Sin embargo, rechaza, en principio, la analogía en favor del reo.

<sup>9</sup> Karl Lackner y Kristian Kühl, „Vor §32,“ n.m. 28, *Strafgesetzbuch Kommentar (StGB)*, 26ª ed., München, Verlag C.H. Beck, 2007.

<sup>10</sup> Disponible en:

[http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS\\_archivos/BVerfGE-82-236.html](http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/BVerfGE-82-236.html).



jurisprudencia en Argentina<sup>11</sup> y alguna sentencia de instancia en Venezuela.<sup>12</sup> Un criterio distinto ha sido sostenido, sin embargo, por la Primera Sala de lo Penal del Ecuador<sup>13</sup> y por la Sala Constitucional de Venezuela.<sup>14</sup>

En Alemania, el parágrafo 193 del Código Penal establece que el ejercicio de intereses legítimos (entre los que se encuentran los derechos fundamentales a la libertad de opinión, de información, artística, etc.) puede justificar la afectación del bien jurídico del honor de otra persona. Tal disposición es considerada una causa de justificación.<sup>15</sup> Ello implica que la aplicabilidad de la norma depende de la ponderación entre los intereses en conflicto del autor y el ofendido, y que el autor del hecho no puede hacer valer tal disposición cuando la valoración de sus intereses no prevalezca frente a los del ofendido.<sup>16</sup>

El tema es relevante también en cuanto al principio de legalidad, en razón de que no sería necesaria una norma legal expresa para que el juez penal se encuentre obligado a ponderar la importancia de la conducta protegida por un derecho fundamental, como una circunstancia que eventualmente excluya la antijuridicidad.

### **Esquema para la solución del caso 2: Código de Justicia Militar (parte I)**

*Relación jurídica.* El Estado protege el interés general en la reputación\* y buen funcionamiento de la fuerza armada, a través del derecho penal, y limita la libertad de expresión de las personas. Tal limitación debe ser realizada a través de una ley formal.

*Determinabilidad de la ley (lex certa).* Según la Corte Interamericana,\*\* el Código Orgánico de Justicia Militar no establece el dolo específico de causar descrédito, lesionar la buena fama o el prestigio, o inferir perjuicio al sujeto pasivo. No compartimos del todo esa posición.

El *animus injuriandi* desarrollado en materia de libertad de expresión, no corresponde al análisis del dolo, sino más bien forma parte de la antijuridicidad.\*\*\* Para el dolo es suficiente que el autor sabía y por lo menos toleraba que lo expresado podía afectar la reputación. Pero en la causa de justificación tiene mayor peso la intención de narrar o de informar acerca de un hecho de interés general, frente a la lesión del bien jurídico protegido.

<sup>11</sup> *Caso Dahlgren, Jorge Eric c/ Editorial Chaco SA y otros/ daños y perjuicios*, Sentencia de 9 de noviembre de 2010, D. 828. XL. Fuente: "Libertad de Expresión" Secretaría de Jurisprudencia, Considerando 5°.

<sup>12</sup> Juzgado Superior Primero Civil, Caracas, 13 de octubre de 2010, Exp. 10.10220.

<sup>13</sup> Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de Casación Penal, Quito, 29 de octubre de 2004, Serie 17, Gaceta Judicial 15, 29 de octubre de 2004, Considerando séptimo.

<sup>14</sup> SCON-TSJ, 15 de julio de 2010, Exp. 09-1003.

<sup>15</sup> Lackner y Kühl, *op. cit.*, §193 StGB, n.m. 1.

<sup>16</sup> En este sentido, la jurisprudencia reiterada de la Corte Federal desde BGHSt 18, 182 (Sent. del 15 de enero de 1963, Exp. 1 StR 478/62).

Es cierto que sería por lo menos conveniente que la ley estableciera claramente los parámetros para que la aplicación de las normas de protección del honor y la reputación no dejen vacío el ejercicio de la libertad de expresión. Pero su omisión no impide al juez cumplir con su deber de sujeción directa a la Constitución y exigir tales estándares en el caso concreto. Falta entonces el elemento negativo de la reserva legal, relativo a la prohibición de los órganos de ejecución de actuar a falta de ley.

Sin embargo, aún queda por analizar si la norma cumple con el principio de determinabilidad, claridad y previsibilidad de la ley (ver más adelante, caso 5: Código de Justicia Militar (parte II)).

\* También en ese sentido, Corte IDH, *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*, cit., párr. 63.

\*\* *Ibid.*, párr. 199. [Nota: La Corte ordenó al Estado modificar el artículo 505 del Código Orgánico de Justicia Militar. Sin embargo, el Estado no ha dado cumplimiento al deber señalado, infringiendo normas de derecho internacional].

\*\*\* También en este sentido, la Corte Suprema de Justicia de Argentina, *Dahlgren, Jorge Eric c/ Editorial Chaco SA y otros/ daños y perjuicios*, cit., Considerando 5°.

### **Esquema para la solución del caso 3: Uso de armas de fuego en manifestaciones**

*Relación jurídica.* La norma regula la eventual justificación de la conducta del funcionario militar, a partir de la legítima defensa de la vida. Se trata de una disposición que establece la competencia de un funcionario, que puede afectar el derecho a la vida y la integridad física de un particular.

*Principio de reserva legal.* La norma no tiene carácter sancionatorio, por lo que no es aplicable el principio de reserva legal penal. Sin embargo, se trata de una limitación a un derecho fundamental, por lo que es materia de reserva legal general. Tal como lo dispone el último aparte del artículo 55 de la Constitución venezolana, una limitación por parte del Estado del derecho a la vida debe encontrarse establecida por una norma dictada por el Parlamento. Sin embargo, la Resolución del Ministro para la Defensa no constituye una ley formal.

*Principio de determinabilidad.* El grado de determinabilidad debe ser proporcional a la gravedad de la afectación del derecho.\* La afectación del derecho a la vida sería definitiva e irreversible, incluso más gravosa que una sanción privativa de libertad. Por tal motivo, no es suficiente una cláusula general, como el deber de los órganos de seguridad ciudadana para brindar protección frente a situaciones que constituyan amenaza, vulnerabilidad o riesgo. Más bien, se requiere que la ley establezca claramente en qué casos puede el Estado realizar una conducta capaz de poner en riesgo la vida de una persona.

Podría pensarse que la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana (2009) sería aplicable como fundamento legal, en la medida en que regula el uso de la fuerza mortal. En la doctrina alemana se

explica que las normas del derecho de policía no son aplicables en materia de reuniones y manifestaciones, cuando la misma se encuentra regulada en forma especial y excluyente por las leyes de la materia (BVerfG NVwZ 2007, 1180).\*\*

Además, el uso de armas de fuego en manifestaciones encuentra una prohibición constitucional expresa en el artículo 68, I de la Constitución venezolana: “*Se prohíbe el uso de armas de fuego y sustancias tóxicas en el control de manifestaciones pacíficas*”. La Resolución dictada por el Ministro del Poder Popular para la Defensa es abiertamente inconstitucional. Como veremos, tal prohibición no puede ser evadida a través de la interpretación de los derechos fundamentales como causas de justificación.

*Derechos fundamentales como causas de justificación.* En Venezuela, con anterioridad a la Ley de Policía Nacional y del Servicio de Policía (2008), se había admitido pacíficamente la aplicación de las normas sobre causas de justificación, tales como la legítima defensa, para determinar la antijuridicidad de una muerte ocasionada por funcionarios de policía (SCP-TSJ, 25 de julio de 2000, Exp. N-00-009, SCP-TSJ, 01 de agosto de 2000, Exp. 93-1089, SCP-TSJ, 16 de noviembre de 2000, Exp. 00-1242). Pero, en contra de la aplicación de tales normas en sustitución o para ampliar las disposiciones sobre la actuación de los órganos de policía, debe señalarse que las normas de legítima defensa y de estado de necesidad, en derecho civil y penal, están destinadas a regular relaciones entre particulares, pero no pueden justificar una evasión de la exhaustiva regulación de la legislación de policía y de sus elevadas condiciones de proporcionalidad y ponderación de bienes.\*\*\*

*Presunción de la imputación al Estado.* En principio, la actuación de los funcionarios de la fuerza armada es imputable al Estado, lo cual supone la aplicabilidad exclusiva de las normas de derecho público.\*\*\*\* No es posible admitir los mismos parámetros para la legítima defensa de un ciudadano común. El tratamiento diferenciado a los funcionarios de la fuerza armada deriva de ciertos elementos, tales como el deber de adoptar escalas progresivas para el uso de la fuerza, el deber de resistencia pasiva y la presunción de que el entrenamiento policial permanente le permite enfrentar la situación de una forma distinta. Se trata de un problema que adquiere gran complejidad\*\*\*\*\* en los casos en que se encuentren en juego derechos irrenunciables por el funcionario, o cuando prevalezcan elementos personales, esto es, cuando el agente actúe más como ciudadano que como funcionario. Pero en el caso planteado, podemos asumir que la autorización general para el porte y uso de armas de fuego en el control de manifestaciones, a través de una resolución, es una situación imputable sólo al Estado. Ello excluye la aplicación de las causas de justificación y exige la vigencia del principio de legalidad y de las garantías de protección de los derechos fundamentales frente a la actuación del funciona-

rio. Además, el elevado riesgo para la vida de terceros no agresores no puede ser justificado, en ningún caso.

\* Alexander Espinoza, Principios de derecho constitucional, Caracas, Instituto de Estudios Constitucionales, 2006, p. 157.

\*\* Disponible en: [http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS\\_archivos/BVerfG-1BvR-1090-06.htm](http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/BVerfG-1BvR-1090-06.htm).

\*\*\* Martin Kutscha, “Das Grundrecht auf Leben unter Gesetzesvorbehalt”, NVwZ, vol. 7, 2004, p. 803; a este resultado también llega, Philip Kunig, “art. 2”, en Ingo von Münch y Philip Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 5ª ed., t. I, München, C. H. Beck’sche Verlagbuchhandlung, 2000, n.m. 85 del.

\*\*\*\* Por el contrario, Wessels y Beulke, *op. cit.*, p. 108.

\*\*\*\*\* La legítima defensa de terceros ha sido muy controversial en el caso de la amenaza de tortura, como muestran Lackner y Kühl, *op. cit.*, § 32, n.m. 17ª. En sentido negativo, Wessels y Beulke, *op. cit.*, p. 108. En sentido afirmativo, la sentencia LG Frankfurt NJW 2005, 692, dictada en el caso Daschner.

## 2.4. Derecho procesal

**Caso 4: Medidas provisionales en el proceso penal.** El artículo 242 del COPP-2012 enumera las medidas cautelares sustitutivas de la privación judicial preventiva de libertad. El numeral 9 establece una cláusula abierta: “9. *Cualquier otra medida preventiva o cautelar que el tribunal, mediante auto razonado, estime procedente o necesaria*”. Ejemplo de ello es la prohibición de emitir declaraciones o referirse al proceso penal, que fue impuesta a *Usón Ramírez*,\* *Oswaldo Álvarez Paz*,\*\* *Gustavo Azócar*\*\*\* y a *Antonio Rivero*,\*\*\*\* entre otros.

\* Corte IDH, *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*, cit., párr. 95.

\*\* Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, “Informe sobre la situación de la Libertad de Expresión en Venezuela en 2010”, contenida en el Capítulo IV del Volumen I del Informe Anual 2010 de la CIDH, párr. 9.

\*\*\* Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y derechos humanos en Venezuela, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 464.

\*\*\*\* Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Informe sobre la situación de la Libertad de Expresión en Venezuela en 2010, párr. 12.

De acuerdo con su origen y justificación, el principio especial *nulla poena sine lege* sólo está referido a las normas del derecho penal sustantivo.<sup>17</sup> Los motivos que le sirven de fundamento no son transferibles al derecho procesal.<sup>18</sup> Por ello se afirma

<sup>17</sup> BVerfGE 112, 304/315; Markus Möstl, “Grundrechtliche Garantien im Strafverfahren”, en Josef Isensee y Paul Kirchhof (coords.), *Handbuch des Staatsrechts VIII*, 3ª ed., Hüthig Jehle Rehm, Heidelberg, C.F. Müller, 2010, §179, n.m. 56.

<sup>18</sup> Krey, *op. cit.*, p. 28; Thomas Böckenförde, *Die Ermittlung im Netz: Möglichkeiten und Grenzen neuer Erscheinungsformen strafprozessualer Ermittlungstätigkeit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, p. 117.

la posibilidad de interpretación analógica en el proceso penal, en virtud de que el principio constitucional de legalidad penal no le es directamente aplicable.<sup>19</sup>

Sin embargo, no es admisible la analogía, en el caso de las normas que tienen carácter de intervención en los derechos fundamentales, tales como las medidas de coerción en el proceso penal.<sup>20</sup> Se afirma, en tal sentido, que si bien no es aplicable el principio de legalidad penal, en todo caso el derecho procesal penal se rige por el principio de reserva legal general y de determinabilidad de la ley,<sup>21</sup> así como la doctrina de la protección de la confianza.<sup>22</sup> La densidad y determinabilidad de las medidas de coerción personal en el marco de un proceso penal dependen de en qué medida constituyen intervenciones relevantes o de cierta gravedad en derechos fundamentales.<sup>23</sup>

#### **Esquema para la solución del caso 4: Medidas provisionales en el proceso penal**

(a) El artículo 242 numeral 9 COPP-2012 no establece el contenido de la medida, ni los presupuestos en que sería procedente. En cuanto a su finalidad, es posible interpretar que la medida debería ser idónea, necesaria y proporcional para satisfacer los supuestos que motivarían la privación judicial preventiva de libertad (peligro de fuga o de obstaculización), incluso desde el punto de vista de prevención frente a la reincidencia, aun cuando tal finalidad no aparece expresamente en el COPP-2012. Aunque la norma no establece una “pena”, en sentido estricto, el grado de determinabilidad y previsibilidad debe ser proporcional a la gravedad de la limitación del derecho fundamental. Tal disposición es entonces contraria al principio de determinabilidad de la ley (*lex certa*), en la medida en que permite limitaciones graves, a través de una cláusula general.

(b) La prohibición de emitir declaraciones o referirse al proceso penal es una limitación grave del derecho a la libertad de expresión, por lo que sólo puede ser dictada en virtud de una norma legal expresa. La medida excede la simple prohibición de repetir las declaraciones que hubieran dado lugar al juicio. Tampoco existe una relación entre la medida y los supuestos que motivan la privación judicial preventiva de libertad, antes indicados.

<sup>19</sup> Böckenförde, *ibid.*, p. 117. También en este sentido, la jurisprudencia venezolana SCP, 10 de diciembre de 2003, Exp. 02-043.

<sup>20</sup> Böckenförde, *ibid.*, p. 118.

<sup>21</sup> BVerfGE 112, 304/315.

<sup>22</sup> Möstl, *op. cit.*, §179, n.m. 56.

<sup>23</sup> Uwe Hellmann, *Strafprozessrecht*, 2ª ed., Berlin, Springer Verlag, 2006, p. 45.

## 2.5. Delitos de lesa humanidad

Carl Schmitt aportó al régimen nacionalsocialista la fórmula ‘*nullum crimen sine poena*’, en sentido inverso a la expresión tradicional ‘*nulla poena sine lege*’. Con ello, no quedaría “ningún crimen sin castigo”.<sup>24</sup> El Código Penal de 1935 disponía que también podía ser objeto de sanción penal un hecho que merecía castigo, de acuerdo con la sana conciencia del pueblo. Si una ley penal no era directamente aplicable, entonces la sanción debía ser impuesta, de acuerdo con el espíritu de la norma que mejor se ajustara al caso.<sup>25</sup>

Por el contrario, el principio de legalidad penal supone que por mucho que una conducta sea socialmente nociva, el Estado sólo podrá tomarla como motivo de sanciones jurídico-penales si antes lo ha advertido expresamente en la ley.<sup>26</sup> Tal limitación puede dar lugar a graves contradicciones valorativas. Se establece una regla de ponderación de valores,<sup>27</sup> según la cual la potestad sancionatoria del Estado debe retroceder siempre, ante la garantía de seguridad jurídica del individuo.

En casos extremos se ha reconocido una excepción a la regla mencionada.<sup>28</sup> Según la fórmula de Radbruch, no sería aplicable cuando la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance un nivel insoportable.<sup>29</sup> Tal sería el caso de normas que contraríen los principios fundamentales de la justicia, que su aplicación suponga una injusticia en lugar de derecho.<sup>30</sup> Las situaciones en las que deban desconocerse tales principios, deben ser limitadas a excepciones extremas, en virtud del elevado valor del principio de seguridad jurídica.<sup>31</sup> La vulneración debe tener tal peso que infrinja las convicciones jurídicas generales de todos los pueblos sobre el valor y la dignidad del ser humano.<sup>32</sup>

En Venezuela, según la Sala de Casación Penal, los delitos de contenido inhumano deben ser juzgados, sin que la atipicidad valga como excepción.<sup>33</sup> La jurisprudencia inicial de la Sala Constitucional había establecido que la calificación de una infracción penal como delito de lesa humanidad o contra los derechos humanos corresponde al legislador, en razón del principio de legalidad que establecen el artículo

<sup>24</sup> Udo Ebert, *Derecho penal. Parte general*, Hidalgo, Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, 2005, p. 8.

<sup>25</sup> Volker Epping, *Grundrechte*, 2ª ed., Heidelberg, Springer, 2005, p. 378.

<sup>26</sup> BVerfGE 47, 109/124 – Principio de determinabilidad; BVerfGE 71, 108/116 – Prendedor Anti-Energía Atómica; Roxin, *op. cit.*, p. 137.

<sup>27</sup> Helmut Fuchs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8ª ed., Wien, Verlag Österreich, 2012, p. 41.

<sup>28</sup> Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 7. II; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 15. II.

<sup>29</sup> Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, 2ª ed., Barcelona, Edisa Editorial, 2004, p. 45.

<sup>30</sup> BVerfGE 23, 98/106 – Revocatoria de la ciudadanía.

<sup>31</sup> BGHSt 41, 101/107 – Guardianes del muro III.

<sup>32</sup> BGHSt 2, 234, 239.

<sup>33</sup> SCP-TSJ, 29 de julio de 2010, Exp. AA30-P-2010-000201.

49.6 de la Constitución y, entre otros, el artículo 9 del Estatuto de Roma, así como en resguardo de la seguridad jurídica (SCON-TSJ, 15 de abril de 2005, Exp. 04-2533).<sup>34</sup>

No compartimos la actual doctrina de la Sala Constitucional, que ha calificado como de lesa humanidad delitos cometidos por empleados de instituciones financieras,<sup>35</sup> delitos contra el patrimonio público y delitos de drogas,<sup>36</sup> o el encubrimiento y simulación de hecho punible, en un caso conexo con el delito de homicidio calificado,<sup>37</sup> sin previsión legal expresa. En nuestro criterio, no se trata de conductas que puedan ser calificadas como una “injusticia insoportable y evidente”, sino que pone en evidencia la ligereza en el manejo de una categoría de orden excepcional, en favor de una absoluta discrecionalidad del juez.

Con base en tal calificación se ha declarado la imprescriptibilidad de la acción penal,<sup>38</sup> la inaplicación de la retroactividad penal,<sup>39</sup> de la amnistía,<sup>40</sup> así como la negativa de importantes garantías procesales,<sup>41</sup> como las medidas cautelares sustitutivas de la medida de privación de libertad.<sup>42</sup>

### 3. La costumbre y los precedentes judiciales (*lex scripta*)

**Caso 5: Dolo eventual (parte II).** La Sala de Casación Penal modificó el criterio que había mantenido en forma unánime con respecto a la existencia de la figura del dolo eventual. En su nueva decisión negó la aplicación de tal figura y dictó una condena más leve que las proferidas por la instancia, bajo el sustento del dolo eventual. La Sala Constitucional declaró que tal proceder había infringido la expectativa plausible que radicaba en cabeza del Ministerio

<sup>34</sup> Disponible en: [http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS\\_archivos/428.htm](http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/428.htm).

<sup>35</sup> SCON-TSJ, 27 de mayo de 2011, Exp. AA50-T-2011-0439. Disponible en: [http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS\\_archivos/430.htm](http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/430.htm).

<sup>36</sup> SCON-TSJ, 09 de noviembre de 2005, Exp. 03-1844.

<sup>37</sup> SCON-TSJ, 06 de marzo de 2008, Exp. 07-1783. Disponible en: [http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS\\_archivos/429.htm](http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/429.htm).

<sup>38</sup> SCP-TSJ, 29 de julio de 2010, Exp. AA30-P-2010-000201. Disponible en: [http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS\\_archivos/421.htm](http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/421.htm).

<sup>39</sup> SCON-TSJ, 27 de mayo de 2011, Exp. AA50-T-2011-0439, *op. cit.*

<sup>40</sup> Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Aragua, 16 de junio de 2008, Causa 1Aa 6894/08. Disponible en: [http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS\\_archivos/713.html](http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/713.html).

<sup>41</sup> Recientemente, la Sala flexibilizó su criterio, al establecer, con carácter vinculante, la posibilidad de conceder a los imputados y penados por el delito de tráfico de drogas de menor cuantía, fórmulas alternativas a la prosecución del proceso y a la ejecución de la pena (SCON-TSJ, 18 de diciembre de 2014, Exp. 11-0836).

<sup>42</sup> SCON-TSJ, 06 de marzo de 2008, Exp. 07-1783, *op. cit.*

Público, de que, cuando menos, esa juzgadora no aplicase el nuevo criterio al caso que lo determinó (SCON-TSJ, 12 de abril de 2011, Exp. 10-0681).\*

\* Disponible en: [http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS\\_archivos/420.htm](http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/420.htm).

Si bien el derecho consuetudinario ya no desempeña hoy papel alguno, sin embargo, el llamado derecho judicial creado por los denominados “precedentes” tiene tal importancia, que podría conseguir el grado de validez del derecho consuetudinario. Tales precedentes no tienen, sin embargo, carácter vinculante. Por el contrario, el juez debe decidir en forma independiente, según su convicción, si la interpretación expresada en el precedente se encuentra o no fundada en el derecho vigente. De lo contrario estaría obligado a apartarse de tal precedente.<sup>43</sup> Ello deriva del principio de autonomía e independencia de los jueces, quienes sólo deben obediencia a la ley y al derecho.

En la práctica, sólo muy raramente se dará la convicción jurídica general que junto a la praxis constante es precisa para las construcciones de derecho consuetudinario, puesto que en derecho penal son discutidas casi todas las teorías generales.<sup>44</sup>

**Esquema de resolución del caso 5: Dolo eventual (parte II).** El precedente no tiene fuerza vinculante para el juez, ni produce efectos *erga omnes*, sino sólo entre las partes. La modificación del criterio de interpretación, dentro de los límites de la norma legal, no afecta la garantía de seguridad jurídica. El autor del hecho podía conocer directamente de la ley las consecuencias de su conducta y el riesgo de la sanción penal. No puede hablarse de una aplicación retroactiva al caso concreto de un nuevo criterio jurisprudencial. Si se admitiera la aplicación del principio de irretroactividad penal en contra de la víctima, entonces sería imposible la aplicación retroactiva en favor del reo. (continúa...)

#### 4. La confianza legítima

Como fundamento del principio de confianza legítima, la Sala Constitucional ha afirmado que los jueces deben garantizar la igualdad.<sup>45</sup> No compartimos este criterio. La aplicación del principio de igualdad produciría la petrificación del precedente judicial, el cual no podría ser modificado en otros casos similares.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 430.

<sup>44</sup> Roxin, *op. cit.*, p. 160.

<sup>45</sup> SCON-TSJ, 20 de abril de 2009, Exp. 08-1478.



La confianza legítima constituye una institución jurídica distinta al principio de igualdad. La misma protege el interés de un individuo en el mantenimiento o estabilidad de una regulación, por motivos de seguridad jurídica. Tales situaciones se plantean en casos de cambios abruptos de una regulación jurídica, en las cuales se produce una limitación desproporcionada de un derecho individual.

**Esquema de resolución del caso 5: Dolo eventual (parte II, continuación)**

Debe determinarse si un criterio más favorable al imputado no puede ser aplicado en forma retroactiva, por ser al mismo tiempo un criterio desfavorable para la víctima o para el Ministerio Público. Tal posibilidad debe ser desestimada. La imputación y sanción penales afectan derechos de libertad del imputado. La víctima sería titular de un derecho de protección, mientras que, la colectividad (representada por el Ministerio Público) no sería titular de un derecho subjetivo, sino de un interés general jurídicamente protegido, en este caso, un interés objetivo derivado del derecho a la vida (art. 43). La decisión judicial que hubiera modificado o dejado de aplicar un criterio, con un resultado desfavorable para tales intereses no puede ser objeto de control bajo los parámetros del principio de legalidad, porque no entra en su ámbito de aplicación.

## 5. La determinabilidad de la ley (*lex certa*)

**Caso 6: Código de Justicia Militar (parte II).** El artículo 505 del Código Orgánico de Justicia Militar establecía: “Incurrirá en la pena de tres a ocho años de prisión el que en alguna forma injurie, ofenda o menosprecie a las Fuerzas Armadas Nacionales o alguna de sus unidades”. La CIDH ha señalado que esta norma penal, así como los artículos antes mencionados del Código Penal, por su estructura vaga e imprecisa, vulneran el principio de estricta legalidad.<sup>7</sup> Al respecto, la Corte Interamericana observó que el tipo penal no establece los elementos que constituyen la injuria, ofensa o menosprecio, ni especifica si es relevante que el sujeto activo impute o no hechos que atenten al honor o si una mera opinión ofensiva o menospreciante, sin imputación de hechos ilícitos, por ejemplo, basta para la imputación del delito.\*\*

**Caso 7: Código de Justicia Militar (parte III).** El ciudadano Isver Raúl Molina Cárdenas desobedeció la voz de alto en un punto de control; no presentó ningún tipo de documentación y opuso resistencia a la detención, golpeando a varios soldados. El Ministerio Público presentó acusación por los delitos militares de ofensas al centinela, previsto en el encabezamiento del artículo 502 y menosprecio a la fuerza armada, previsto en el artículo 505 del

Código Orgánico de Justicia Militar, en razón de que el ciudadano presuntamente “ofendió” de palabra y gestos a los funcionarios que fungían como centinelas en la comisión, al ignorarlos y no acatar la orden de alto, “como si estuvieran pintados en la pared o su labor militar no sirviera para nada e incluso los ofendió en gestos al agredirlos físicamente con golpes”. El Juzgado Militar desestimó la acusación, por la comisión del delito militar de menosprecio a la fuerza armada nacional, pero admitió la acusación por el delito militar de ofensa al centinela.<sup>\*\*\*</sup>

\* Fuente: Democracia y Derechos Humanos en Venezuela, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párr. 402.

\*\* Corte IDH, *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*, cit., párr. 56.

\*\*\* Tribunal Militar Décimo Tercero de Control con Sede en la Fría, 2 de noviembre de 2011.

La Corte IDH ha señalado que si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal. En la elaboración de los tipos penales es necesario utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales.<sup>46</sup>

El Tribunal Constitucional Federal de Alemania ha señalado reiteradamente que el principio de legalidad penal obliga al legislador a describir con precisión los presupuestos para la punibilidad de la conducta.<sup>47</sup> La ley debe determinar la extensión y el ámbito de aplicación del tipo penal o, por lo menos, estos deben ser determinables mediante interpretación.<sup>48</sup> El grado de determinabilidad y densidad de la ley depende de la gravedad de la sanción. El legislador debe determinar las condiciones de punibilidad con mayor precisión, en la medida en que la sanción sea más grave.<sup>49</sup>

El principio de legalidad garantiza que en el ámbito del derecho penal, en atención al amplio alcance de sus consecuencias, sea únicamente el legislador quien decida –de manera general y abstracta– sobre la punibilidad de una conducta. El principio de determinabilidad constituye una orden dirigida al legislador penal para actuar y, al mismo tiempo, una orden dirigida al juez penal de abstenerse de actuar. Por estos motivos, el principio de legalidad prohíbe también al juez penal corregir por propia iniciativa una ley indeterminada.<sup>50</sup>

<sup>46</sup> Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina*, Sentencia de 2 de mayo de 2008, párr. 63; Corte IDH, *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela* Sentencia, cit., párr. 55; Corte IDH, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, Sentencia de 31 de agosto de 2004, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 174.

<sup>47</sup> BVerfGE 105, 135/152; BVerfGE 92, 1/11 – Bloqueos sentados II.

<sup>48</sup> BVerfGE 92, 1/11 – Bloqueos sentados II.

<sup>49</sup> BVerfGE 14, 245/251; BVerfGE 26, 41/43.

<sup>50</sup> BVerfGE 105, 135/153.

### **Esquema de resolución del caso 6: Código de Justicia Militar (parte II)**

Disentimos del criterio establecido por los órganos del Sistema Interamericano, en razón de que el principio de legalidad penal no excluye la posibilidad de aplicación de conceptos, que requieren la interpretación por parte del juez. Como ha sostenido el Tribunal Federal Constitucional de Alemania,<sup>\*</sup> el legislador tiene la necesidad de tomar en cuenta la multiformidad de la vida. Además, debido a la generalidad y abstracción de las normas penales, es inevitable que en los casos particulares existan dudas sobre si un comportamiento cae o no dentro del tipo legal. En todo caso, los destinatarios de las normas, basados en las disposiciones legales, deben poder prever si un comportamiento es punible.

Podríamos considerar que se trata de una posición superada por la jurisprudencia de la Corte IDH. Al pronunciarse acerca de una disposición de responsabilidad civil, relativa a una conducta descrita en términos generales (“perturbando de cualquier modo su intimidad”), señaló que no fue la norma en sí misma la que determinó el resultado lesivo e incompatible con la Convención Americana, sino su aplicación en el caso concreto por las autoridades judiciales del Estado.\*\*

\* BVerfGE 92, 1/12 – Bloqueos sentados II. También, en el caso del delito de injuria, BVerfGE 93, 266/292.

\*\* Corte IDH, *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*, Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 91.

### **Esquema de resolución del caso 7: Código de Justicia Militar (parte III)**

*Relación jurídica.* El Estado protege el interés general en la reputación<sup>\*</sup> y el buen funcionamiento de la fuerza armada, a través del derecho penal y limita la libertad de expresión de las personas. Tal limitación debe ser realizada a través de una ley formal.

*Determinabilidad de la ley.* El caso ilustra que el artículo 505 del Código Orgánico de Justicia Militar es aplicado por los tribunales en términos muy amplios. Pero el exceso en la interpretación de la norma constituye un vicio en la sentencia judicial. Para la interpretación de la norma, debe tomarse en cuenta su finalidad protectora de la reputación y buen funcionamiento de la fuerza armada, y su ámbito de aplicación en torno a la libertad de expresión. En el caso concreto, la conducta del sujeto activo habría afectado la integridad física del funcionario y la validez de la orden de detenerse e identificarse. Tales bienes jurídicos también se encuentran protegidos por normas penales, que pertenecen a la jurisdicción ordinaria y no a la jurisdicción militar. En tal caso, habría que determinar si tales órdenes eran o no contrarias a derecho y si el individuo tenía el derecho a no acatarlas (CPV-2005, art. 220; StGB, § 113, aparte 2\*\*).

Por lo tanto, la aplicación extensiva de la ley penal constituye en este caso una infracción del principio de determinabilidad de la ley (*lex certa*).

\* También en ese sentido, Corte IDH, *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*, cit., párr. 63.

\*\* BVerfG NVwZ 2007, 1180, *op. cit.*, nota al pie 26.

## 6. Habilitaciones en favor de reglamentos

**Caso 8: Sustancias ilícitas.** Para la determinación de cuáles sustancias se encuentran controladas, la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas (LOSEP) empleaba varios mecanismos: a. *La ley enumera expresamente* las materias primas, insumos, precursores, productos químicos y disolventes para ser utilizados en la fabricación no autorizada de estupefacientes y psicotrópicos (art. 3, ap. II). También remitía a las listas I y II del anexo I de dicha ley; b. En segundo lugar, la ley hacía uso de la habilitación en favor de normas sublegales. El artículo 2, en la definición de las sustancias estupefacientes y psicotrópicas, disponía que el ministerio con competencia en materia de producción y comercio, *por resolución*, podría declarar bajo control las materias primas, insumos, productos químicos, solventes, precursores y cualesquiera otros no destinados a la elaboración de medicamentos. c. En tercer lugar, el artículo 25 disponía que quedaban sometidas al control del Ejecutivo nacional las materias primas, insumos, productos químicos, solventes y demás precursores químicos, “*cuya utilización pudiera desviarse a la producción de sustancias estupefacientes y psicotrópicas*” (VS-SCP-TSJ, 29 de abril de 2011, Exp. 2010-363; BVerfG, - 2 BvR 509/96\*\*).

\* Disponible en: [http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS\\_archivos/418.htm](http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/418.htm).

\*\* Disponible en: [http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS\\_archivos/BVerfG2-BvR-509-96.htm](http://www.estudiosconstitucionales.com/SENTENCIAS_archivos/BVerfG2-BvR-509-96.htm).

La reserva legal no impide que el legislador habilite las normas sublegales para regular la materia reservada, pues sería imposible que el legislador estableciera hasta los últimos detalles de la disciplina de una materia.<sup>51</sup>

El Tribunal Constitucional Federal de Alemania ha establecido que al legislador no le está prohibido delegar al Ejecutivo la precisión más detallada de las condiciones de una conducta punible, a través de la habilitación para dictar reglamentos, siempre que tal habilitación sea suficientemente determinada, en cuanto a su contenido, finalidad y alcance. Además de tales requisitos, debe tomarse en consideración el

<sup>51</sup> SCON-TSJ, 17 de agosto de 2004, Exps. 03-0508 y 03-0527.

principio de legalidad penal, según el cual, las condiciones de la punibilidad y del tipo de pena deben poder ser previsibles desde la ley formal y no desde el reglamento.<sup>52</sup>

Lo esencial es evitar incurrir en remisiones genéricas y no delimitadas a favor de la administración, que generan lo que la doctrina ha denominado la deslegalización de la actividad del legislador.<sup>53</sup>

Las condiciones de determinabilidad de la ley son más estrictas en el caso de penas privativas de libertad, en comparación con otro tipo de sanciones.<sup>54</sup> Si el legislador determina suficientemente claro lo que debe ser penalizado, y establece además la forma y la dimensión de la pena en una ley formal, trasladando a la autoridad administrativa sólo la especificación del hecho punible, entonces se garantiza la seguridad jurídica y la libertad del individuo en el sentido y la finalidad del principio de reserva legal penal.<sup>55</sup>

### Esquema de resolución del caso 8: Sustancias ilícitas

1) Relación jurídica: El Estado limita la libertad general de actuación del individuo (art. 20) con el objeto de proteger la salud (art. 83) y la vida (art. 43) de eventuales consumidores.

2) Reserva legal: La norma reguladora de conducta está sujeta al principio de reserva legal, en la medida en que supone una limitación a un derecho de libertad. Tratándose de una norma penal, es aplicable el principio contenido en el artículo 49, VI de la Constitución.

3) Determinabilidad de la ley: El objeto material de la conducta típica lo constituyen las sustancias psicotrópicas o estupefacientes, así como las sustancias químicas controladas. Para la determinación de tales sustancias, la ley emplea varios mecanismos:

a. La enumeración expresa de las sustancias ilícitas y la remisión a las listas I y II del anexo I cumplen con la suficiente densidad normativa y permiten al destinatario de la norma prever la licitud de su conducta.

b. En el caso de la habilitación en favor de normas sublegales, debe revisarse individualmente si la sustancia incluida por la norma sublegal, con efectos generales y debidamente publicada, se encuentra a tal punto relacionada con las sustancias enumeradas en la ley, que el destinatario de la norma podía prever desde la propia ley que los mencionados derivados podían ser incluidos

<sup>52</sup> BVerfG 2 BvR 1101/08 – 7, Oktober 2008 (OLG Stuttgart/LG Stuttgart).

<sup>53</sup> SCON-TSJ, 27 de julio de 2004, Exp. 00-1445; SCON-TSJ, 17 de agosto de 2004, Exps. 03-0508 y 03-0527; SCON-TSJ, 21 de noviembre de 2001, Exp. 00-1455. También en este sentido, la jurisprudencia y doctrina españolas: Luis Pomed, "Algunos aspectos de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la libertad y a la seguridad", *Revista Catalana de Seguretat Pública*, Núm.: 17 diciembre 2006, p. 168.

<sup>54</sup> BVerfGE 14, 174/185 - Sujeción a la Ley en el Derecho Penal.

<sup>55</sup> BVerfGE 14, 174/186 - Sujeción a la Ley en el Derecho Penal.

en el ámbito de protección de la ley de sustancias estupefacientes y de sus normas penales.

c. En tercer lugar, se alude a sustancias, “*cuya utilización pudiera desviarse a la producción de sustancias estupefacientes y psicotrópicas*”. Con ello parece dejar la determinación de la sustancia ilícita a la interpretación en casos individuales, por el juez o la administración pública. Una interpretación según la cual se trata de sustancias no previstas en la ley sería contraria al principio de determinabilidad de la ley.

Tal criterio es coincidente con el voto salvado de la magistrada Blanca Rosa Mármol de León, en SCP-TSJ, 29 de marzo de 2011, Exp. 2010-363.

\* Tribunal Constitucional español, Sentencia 24/2004, de 24 de febrero de 2004.

## 7. Prohibición de la analogía (*lex stricta*)

**Caso 9: Sicariato.** Yuberlis Patricia dio muerte a una joven, a petición de Ydania del Valle, quien prometió y pagó la cantidad de un millón de bolívars. Debe establecerse si se produjo el delito especial de sicariato en la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada (LOcDO): *Quien dé muerte a alguna persona por encargo o cumpliendo órdenes de un grupo de delincuencia organizada, será penado con prisión de veinticinco a treinta años.*

**Caso 10: Asociación para delinquir.** Leopoldo López fue imputado por la perpetración del delito de asociación para delinquir previsto en el artículo 37 de la LOcDO. Los hechos se refieren a la convocatoria a una manifestación pública “cuyo propósito y consigna iban dirigidas a la salida”.

\* SCP-TSJ, 31 de octubre de 2014, Exp. 2014-331.

**Caso 11: Delito de obstaculización.** El artículo 357 del Código Penal venezolano tipifica como delito la acción de poner obstáculos en una vía de circulación de cualquier medio de transporte, “con el objeto de preparar el peligro de un siniestro”.

La exigencia de determinabilidad de la ley excluye la justificación de una sanción penal, a través de la analogía o la costumbre.<sup>56</sup> La analogía no debe ser entendida en su estricto sentido técnico; más bien se prohíbe cualquier aplicación de la ley que exceda el contenido de una norma legal sancionatoria. El sentido de literal de la ley fija el límite máximo de la interpretación judicial admisible.

<sup>56</sup> BVerfGE 71, 108/115 – Prendedor Anti-Energía Atómica.

### Esquema de resolución del Caso 9: Sicariato

1) La expresión ‘por encargo o cumpliendo órdenes de un grupo de delincuencia organizada’ podría generar la duda de si el tipo sólo se configura a través de la organización o si es también aplicable a encargos fuera de ella.

2) La LOcDO “tiene por objeto prevenir, investigar, perseguir, tipificar y sancionar los delitos relacionados con la delincuencia organizada”. La definición de ‘delincuencia organizada’ se encuentra vinculada a “la intención de cometer los delitos establecidos en esta Ley”, con lo cual la ley resulta en alto grado indeterminada.

3) En el derecho comparado se distingue la pertenencia a una organización, de la situación de codelincuencia, pues la existencia de personas coordinadas –sin sujeción jerárquica– no supone la existencia de organización, esta es un *aliud* y un *plus* frente a la mera codelincuencia.\*

No compartimos el criterio de la Sala de Casación Penal en el sentido de que “comete el delito de sicariato aquel que haya dado muerte a alguna persona porque se lo hayan encargado, como aquel que lo haya hecho cumpliendo órdenes de un grupo de delincuencia organizada” (SCP-TSJ, 30 de junio de 2010, Exp. AA30-P-2010-000032).

\* ATC 212/1998, de 13 de octubre.

### Esquema de resolución del caso 10: Asociación para delinquir

Es aplicable la misma interpretación de los numerales 2 y 3 del caso anterior. En Venezuela, la legislación contra la delincuencia organizada ha sido aplicada a las numerosas detenciones en manifestaciones públicas.\* El sólo hecho del ejercicio colectivo de la actividad ha dado lugar a la imputación de penas elevadas, cuya finalidad se refería a la especial peligrosidad de la delincuencia organizada y el terrorismo.

\* Al finalizar la edición de este artículo, Leopoldo López había sido hallado culpable, en primera instancia, de los cargos de instigación pública, daños a la propiedad en grado de determinador, incendio en grado de determinador y asociación para delinquir, y condenado a 13 años, 9 meses, 7 días y 12 horas de prisión.

### Esquema de resolución del caso 11: Delito de obstaculización

El artículo 357 del Código Penal se encuentra ubicado en el Capítulo II, De los delitos contra la seguridad de los medios de transporte y comunicación. Es claro que el bien jurídico protegido no se refiere simplemente al libre tránsito, sino que se pretende proteger la seguridad en el transporte.\*

A pesar de la indicada finalidad protectora de la norma, y a pesar del elemento del tipo, referido a que hubiera sido cometido “con el objeto de preparar el peligro de un siniestro”, sin embargo, la infracción de la norma es imputada por la obstaculización de las vías, en el marco de manifestaciones públicas.

\* En sentido contrario, entre muchas: Sala 2, Corte de Apelaciones, Edo. Zulia, 07 de abril de 2014, VP02-P-2014-008906.

## Bibliografía

- ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, 2ª ed., Barcelona, Edisa Editorial, 2004.
- ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto, *Derecho penal venezolano*, 11ª ed., Caracas, 2009.
- BÖCKENFÖRDE, Thomas, *Die Ermittlung im Netz: Möglichkeiten und Grenzen neuer Erscheinungsformen strafprozessualer Ermittlungstätigkeit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003.
- BOTT, Ingo *et ál.*, “Der Grundsatz ‘nulla poena sine lege’ im Lichte verfassungsgerichtlicher Entscheidungen”, *Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS)* 6/2010.
- BREWER-CARIAS, Allan R., *El régimen constitucional de los decretos leyes y de los actos de Gobierno*, VII Congreso Venezolano de Derecho Constitucional, San Cristóbal, 2001. Disponible en: <http://www.allanbrewercarias.com/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea8/Content/II.4.428.pdf>.
- EBERT, Udo, *Derecho penal. Parte general*, trad. de Said Escudero Irra, Hidalgo, Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, 2005.
- EPPING, Volker, *Grundrechte*, 2ª ed., Berlin, Springer, 2005.
- ESER, Albin *et ál.*, *Strafrecht 1. Schwerpunkt. Allgemeine Verbrechenselemente*, 4ª ED., München, Verlag C. H. Beck, 1992.
- ESPINOZA, Alexander, *Principios de Derecho Constitucional*, Caracas, Instituto de Estudios Constitucionales, 2006.
- FUCHS, Helmut, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8ª ed., Wien, Verlag Österreich, 2012.
- HELLMANN, Uwe, *Strafprozessrecht*, 2ª ed., Berlin, Springer Verlag, 2006.
- KREY, Volker, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, Tomo 1: Grundlagen, Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit, Schuld*, Stuttgart, W. Kohlhammer Verlag, 2008.
- KRIVEC AUS MOERS, Boris, *Von Versailles nach Rom – Der lange Weg von Nullum crimen, nulla poena sine lege Bedeutung und Entwicklung des strafrechtlichen Gesetzesvorbehalts im völkerrechtlichen Strafrecht*, Dissertation, Hamburg, 2004.
- KUNIG, Philip, “art. 2”, en Ingo VON MÜNCH y Philip KUNIG (coords.), *Grundgesetz-Kommentar Band I GGK I*, 5ª ed., München, C. H. Beck'sche Verlagbuchhandlung, 2000.
- KUTSCHA, Martin, “Das Grundrecht auf Leben unter Gesetzesvorbehalt - ein verdrängtes Problem- In memoriam Hans Liskan”, *NVwZ*, vol. 7, 2004.
- LACKNER, Karl *et ál.*, *Strafgesetzbuch Kommentar (StGB)*, 26ª ed., München, Verlag C.H. Beck, 2007.
- LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2ª ed., Barcelona, Ariel Derecho, 2001.
- MONTIEL FERNÁNDEZ, Juan Pablo, *Fundamentos y límites de la analogía in bonam partem en el derecho penal*, tesis doctoral, Barcelona, 2008.
- MÖSTL, Markus, “Grundrechtliche Garantien im Strafverfahren”, en Josef ISENSEE y Paul KIRCHOF (coords.), *Handbuch des Staatsrechts, t. VIII: Grundrechte:*



*Wirtschaft, Verfahren, Gleichheit*, 3ª ed., Hüthig Jehle Rehm, Heidelberg, C.F. Müller, 2010.

PEÑA SOLÍS, José, *Manual de Derecho Administrativo. Adaptado a la Constitución de 1999*, vol. I, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Colección de Estudios Jurídicos, 2002.

ROMEO MALANDA, Sergio, “Las eximentes por analogía en el Código Penal español de 1995. Especial referencia a la aplicación analógica de la indicación criminológica del aborto”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 16, 2005.

ROXIN, Claus, *Derecho penal*, t. I, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña y otros, Madrid, Editorial Civitas, 1997.

SCHWABE, Jürgen, *Compilación de sentencias. Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2003.

WESSELS, Johannes y Werner BEULKE, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 42ª ed, Heidelberg, C.F. Müller, 2012.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

**Francine Machado de Paula (Brasil)\***

## **Bem jurídico-penal e Constituição: a vinculação necessária para se limitar o poder punitivo estatal em face aos direitos e às garantias individuais**

### **RESUMO**

O presente artigo trata da evolução pela qual passou, e ainda vem passando, a noção de bem jurídico, traçando assim as principais teorias criadas ao longo dos tempos para a delimitação do tema. Nesse sentido, busca-se trabalhar a teoria do bem jurídico-penal sob o enfoque de sua necessária vinculação com os valores constitucionais para que o mesmo possa ser utilizado como um instrumento limitador do poder punitivo estatal.

**Palavras-chave:** bem jurídico; valores constitucionais; princípios de direito penal constitucional; limitação do poder punitivo estatal.

### **ZUSAMMENFASSUNG**

Der Beitrag befasst sich mit dem Wandel, den der Begriff des Rechtsguts in der Vergangenheit vollzogen hat und weiterhin durchläuft, und geht auf die wichtigsten Theorien ein, die im Lauf der Zeit zu seiner Beschreibung entwickelt wurden. In diesem Zusammenhang soll die Theorie des strafrechtlich geschützten Rechtsguts unter dem Gesichtspunkt ihrer notwendigen Verknüpfung mit den in der Verfassung verankerten Werten untersucht werden, um ihn als Instrument zur Abgrenzung des staatlichen Strafanspruchs heranziehen zu können.

**Schlagwörter:** Rechtsgut; in der Verfassung verankerte Werte; strafrechtlich relevante Verfassungsgrundsätze; Abgrenzung des staatlichen Strafanspruchs.

---

\* Especialista em Ciências Penais pelo Instituto de Educação Continuada da PUC Minas, Mestra e Doutoranda em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. francinedepaula@gmail.com.

**ABSTRACT**

This paper deals with the ongoing evolution of the concept of legally-protected interests and describes the main theories developed over time for the purpose of its definition. Our aim is to examine the theory of legal interests protected by criminal law from the perspective of their necessary relationship with constitutional values so they can be used as limits to the State's punitive power.

**Keywords:** Legally-protected interest; constitutional values; principles of constitutional criminal law; limitation of the State's punitive power.

**Introdução**

O conceito de bem jurídico, embora estritamente necessário para uma exata delimitação dos próprios objetivos do Direito Penal, ainda é grande objeto de discussão na dogmática jurídico-penal.

Como sabemos, o Código Penal contém tipos que incriminam determinadas condutas, e é nesse plano que devemos trabalhar a própria ideia ou conceito do bem jurídico-penal.<sup>1</sup> Dizemos isso porque para que o legislador elabore o tipo é necessário, antes de tudo, que já esteja estabelecido de antemão o bem que se deseja tutelar. E será com base nesse bem que identificaremos o grau de valoração que deve receber cada espécie de incriminação.

Na realidade podemos dizer que o bem jurídico é um elemento integrador do próprio tipo, tendo este a função de descrever a conduta que lesa ou provoca um perigo concreto de lesão para bens jurídicos determinados.

Contudo, o que vem a ser propriamente um bem jurídico? Qual deve ser o seu exato conteúdo? Estas têm sido perguntas elaboradas ao longo dos séculos e que têm recebido respostas das mais variadas e dos mais diversos doutrinadores, razão pela qual nos cabe aqui analisá-las.

**1. Evolução histórica da noção de bem jurídico-penal**

Como já exposto, a noção de bem jurídico é um dos pontos cruciais a serem trabalhados quando em questão o estudo do Direito Penal. Sua evolução histórica demonstra a forma como a própria sociedade buscou proteger determinados valores para poder manter em seu âmbito uma convivência pacífica.

Outrossim, a questão que envolve o bem jurídico e o seu conteúdo é de importância elementar quando se trabalha sob o paradigma de um Estado Democrático de Direito, já que nesta perspectiva devem existir limites ao poder punitivo estatal.

---

<sup>1</sup> Luiz Regis Prado, *Bem Jurídico-Penal e Constituição*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 15.

E o bem jurídico, nesse ponto, é um instrumento de garantia da própria liberdade do cidadão no âmbito do Direito Penal, já que a este não cabe incriminar condutas que não lesem ou ao menos exponham a perigo concreto de lesão um determinado bem jurídico.

Porém, tal posicionamento nem sempre foi aceito no decorrer dos tempos, o que torna necessária a demonstração da evolução ocorrida na história no que diz respeito ao delito e, mais propriamente, à noção de bem jurídico.

### 1.1. A ideia de delito como ofensa a um direito subjetivo

Durante o período pré-iluminista o delito era tido como um pecado; contemplava uma dimensão estritamente religiosa e em alguns casos até mesmo moral. Crime e pecado se confundiam. A partir do Iluminismo a noção de crime passou a encontrar sua razão de ser na teoria jusnaturalista do contrato social,<sup>2</sup> que tinha por fim o estabelecimento de uma convivência pacífica na sociedade.

Com base nessa ideia, os indivíduos delegavam parte do seu poder ao Estado para que este garantisse suas liberdades individuais e controlasse a vida no meio social. Assim, cada vez que o cidadão praticava um determinado comportamento delituoso era a ele aplicada uma pena, tendo em vista o rompimento do mesmo com o contrato social no momento da prática do crime.<sup>3</sup>

O Iluminismo marca, assim, a busca por um conceito material de delito, porém não propriamente de delito como uma lesão ou perigo concreto de lesão a determinado bem jurídico, mas como uma lesão a um direito subjetivo, inato ao indivíduo e, portanto, pré-jurídico.

Um dos grandes defensores desta concepção material de delito como lesão a um direito subjetivo foi Anselm von Feuerbach. Buscando estabelecer um conceito diverso daquele estabelecido pelas doutrinas teocráticas dos tempos passados, que viam o crime como uma “violação do mandamento divino”, Feuerbach passa a concebê-lo como lesão a direito subjetivo, sendo o Estado o grande defensor da liberdade.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> “[...] através do contrato social os homens delegavam os poderes ao Estado para garantir sua liberdade e a livre fruição de seus direitos subjetivos, sendo que este mesmo contrato social teria a finalidade de impor garantias aos cidadãos e barreiras ao próprio Estado, neste caso, já em movimento inverso, quando há possibilidade de se violar os direitos subjetivos dos cidadãos. Yuri Carneiro Coelho, *Bem jurídico-penal*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2003, p. 32.

<sup>3</sup> Nesse sentido: “En términos generales, la consideración material del delito como una lesión de un derecho no es más que la expresión de la teoría del contrato social en el derecho penal: los hombres, ante la inseguridad que supone vivir aislados, deciden organizarse en sociedad y confiar al Estado la conservación del nuevo orden creado. El Estado se erige como garante de las condiciones de vida en común”. Luiz Regis Prado, *Bem jurídico-penal e constituição*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, p. 23.

<sup>4</sup> Yuri Carneiro Coelho, *Bem jurídico-penal*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2003, p. 36.

Feuerbach defendia que em todo preceito penal existia um direito subjetivo, seja do particular, seja do Estado, que era objeto de proteção. A cada um desses direitos corresponderia um dever. Assim, quando o direito subjetivo era violado o Direito Penal era chamado a intervir.

Interessante aqui notar que Feuerbach se baseava na teoria do fim do Estado, de Kant, para defender a ideia do delito como lesão a um direito subjetivo. O exercício da liberdade de um cidadão não pode contrariar o exercício de liberdade de outrem. Se alguém se excede no exercício de sua liberdade jurídica, está violando um direito. Ao lesionar esse direito, o agente agiria contra o próprio fim do Estado, transformando assim sua conduta em um delito.<sup>5</sup>

Ocorre que, diante de algumas dificuldades surgidas em torno da conceituação de “direito subjetivo”, críticas começaram a surgir contra as ideias defendidas por Feuerbach.<sup>6</sup>

Além desses inconvenientes acima abordados, temos que observar também que a ideia de direito subjetivo se vincula precipuamente à proteção de bens individuais, o que acabava deixando sem proteção penal os interesses difusos e coletivos, que também demandam proteção.<sup>7</sup>

Apesar de todas as contribuições trazidas por estas novas concepções de delito, alheias a noções religiosas ou morais, elas não foram suficientes para solucionar a questão, o que fez com que Birnbaum introduzisse, pela primeira vez, a ideia de bem no sistema jurídico-penal.

## 1.2. Birnbaum

Considerado como o primeiro autor a trazer para o Direito Penal a ideia de bem jurídico, Johann Michael Franz Birnbaum, em meados do século XIX, substituiu a ideia de direito subjetivo pela noção de bem jurídico, passando este a configurar o objeto jurídico de lesão no âmbito do Direito Penal.<sup>8</sup>

Para Birnbaum, os bens jurídicos não estariam dentro do direito positivo, mas fora dele. Teriam natureza pré-jurídica, com um conteúdo subtraído da natureza, da realidade fática ou do próprio desenvolvimento social.

---

<sup>5</sup> Hernán Hormazábal Malaree, *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de derecho*, 2.ed., Editorial Jurídica ConoSur, 1992, p. 15.

<sup>6</sup> Nesse sentido, Sheila Jorge Selim de Sales discorre que: “A doutrina penal [...] refutou a concepção dos “direitos subjetivos de origem civil no âmbito penal”. Com efeito, a própria dificuldade em estabelecer o conceito de “direito subjetivo”, bem como suas diversas variações, foi a maior objeção que se fez a essa teoria”. Sheila Jorge Salim de Sales, *Escritos de direito Penal*, 2.ed, Belo Horizonte, Del Rey, 2005, p. 115.

<sup>7</sup> Yuri Carneiro Coelho, *Bem jurídico-penal*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2003, p. 34.

<sup>8</sup> Luiz Flávio Gomes defende que Birnbaum não tratou diretamente da ideia de “bem jurídico”, mas, apesar disso, teria sido o primeiro autor a trabalhar com a noção de bem como objeto de tutela do Direito Penal. Luiz Flávio Gomes, *Norma e bem jurídico no direito penal*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 75.

Ao legislador restaria apenas o trabalho de reconhecê-los, não podendo criar ou modificar nenhum desses bens.<sup>9</sup>

Assim, para Birnbaum, os delitos não violam direitos, mas bens.<sup>10</sup> O objeto jurídico de tutela penal se voltaria para a violação de um bem alheio, e não de um direito subjetivo. Isso porque um direito não pode jamais ser diminuído. O que pode ser diminuído ou subtraído é o objeto desse direito, ou seja, um bem que efetivamente nos pertença.

Essa nova teoria fez com que fossem abertos novos espaços para a incriminação de novas condutas, já que agora não mais se faz necessário a violação de um direito subjetivo já reconhecido para que haja delito. Isso acaba abrindo caminho para a possibilidade de incriminações de condutas imorais ou contrárias à religião, já que estas ofenderiam um bem coletivo do povo ou sentimentos éticos de todo ele.<sup>11</sup>

Neste aspecto, já se começa a fazer uma crítica ao pensamento de Birnbaum, tendo em vista que ao possibilitar uma abertura das possibilidades de incriminação estaria tal doutrinador, não limitando o poder punitivo estatal, mas, ao contrário: aumentando-o. A principal crítica feita às ideias de Birnbaum, contudo, foi no sentido de que o objeto de tutela do Direito Penal não deveria se basear no direito natural, mas no próprio ordenamento jurídico.

### 1.3. Binding

Afastando-se das bases jusnaturalistas existentes no pensamento de Birnbaum e sob forte influência positivista, Karl Binding dá início a uma nova formulação acerca da questão.

Para Binding, bem jurídico era aquilo que o legislador elegeisse como tal. A ideia de bem jurídico passa a sofrer uma análise estritamente positivista e não mais jusnaturalista. Não mais se analisa o conteúdo da realidade natural para a definição do delito. A escolha dos bens jurídicos a serem tutelados passou a ser uma tarefa exclusiva do legislador.

O delito, a partir de então, passa a ser concebido como uma lesão a direito subjetivo do Estado, e não mais do indivíduo, existindo uma relação extremamente próxima entre norma e bem jurídico.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> Yuri Carneiro Coelho, *Bem jurídico-penal*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2003, p. 40.

<sup>10</sup> Hernán Hormazábal Malaree, *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de derecho*, 2.ed, Editorial Jurídica ConoSur, 1992, P. 27.

<sup>11</sup> ML, pp. 28-29.

<sup>12</sup> Nesse sentido, Hernán Hormazábal Malaree reproduz o conceito de delito dado por Binding dizendo que: “[...] El delito es para Binding una contravención de la norma “*cuya principal tarea es fundamentar deberes de actuar o de omitir altamente personales de las personas físicas*” y también, por lo tanto, una lesión de un derecho subjetivo porque “*un deber jurídico no puede ser pensado sin la contrapartida de un derecho subjetivo*”. Este derecho subjetivo es “un derecho de mandar, sin mayor contenido, apto para exigir la obediencia y ejercer el imperio”.

A principal crítica formulada ao posicionamento de Binding se refere à falta de uma limitação material para a atividade legislativa de escolha dos bens jurídicos a serem tutelados. Binding não nos apresenta nenhum limite que possa orientar o legislador no processo de criminalização, podendo este escolher qualquer bem jurídico que julgasse conveniente como sendo o merecedor de tutela penal.<sup>13</sup> Isso acabava legitimando arbitrariedades por parte do Estado, pois não existiam limitações materiais para controlar o seu poder de punir.

#### 1.4. Franz von Liszt

Diante das críticas formuladas à teoria de Binding, Franz von Liszt passa a defender a necessidade do retorno de uma análise de critérios naturalísticos para o estabelecimento do conteúdo material do delito, fazendo com que retornasse a “preocupação de conceber o bem jurídico como entidade pré-positiva, isto é: preexistente à norma jurídica, hábil a limitar o poder punitivo do Estado, determinando o âmbito de atuação do legislador”.<sup>14</sup>

Para Von Liszt, a ideia de bem jurídico era o ponto central da estrutura do delito, cujo conteúdo não era estritamente jurídico e dependente da vontade do legislador. O bem jurídico seria, pelo contrário, uma criação da vida, um interesse vital do indivíduo ou da comunidade. Os bens jurídicos existiam naturalmente, cabendo à norma apenas reconhecê-los.<sup>15</sup> Nesse sentido, para Von Liszt o bem jurídico nada mais era do que um “interesse juridicamente protegido”. Os interesses, assim, existiriam antes da lei, cabendo ao direito apenas reconhecê-los.

Será a partir dessa nova concepção de bem jurídico formulada por Von Liszt que se passará a trabalhar os conceitos de ilicitude formal e material. Uma conduta será formalmente ilícita quando transgredir um mandamento estatal. Por outro lado, será materialmente ilícita quando violar um interesse vital garantido pela norma.

Ocorre, contudo, que críticas também existiram em relação a esta posição defendida por Von Liszt, tendo em vista que o mesmo não estabeleceu aquilo que poderia ou não ser elevado à categoria de bem jurídico. A crítica a esse posicionamento se coloca no seguinte sentido:

Acentua-se, entretanto, a impossibilidade dessa aceção material ou pré-jurídica (metapositivista) para servir à práxis: Von Liszt não delineou crité-

---

El titular de este derecho subjetivo es el Estado [...]”. Hernán Hormazábal Malaree, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*, 2.ed, Editorial Jurídica ConoSur, 1992, p. 39-40.

<sup>13</sup> Yuri Carneiro Coelho, *Bem jurídico-penal*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2003, p. 43.

<sup>14</sup> Sheila Jorge Salim de Sales, *Escritos de direito Penal*, 2.ed, Belo Horizonte, Del Rey, 2005, p. 117.

<sup>15</sup> Hernán Hormazábal Malaree, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*, 2.ed, Editorial Jurídica ConoSur, 1992, pp. 47-49.

rios precisos para a indicação, dentre os dados pré-jurídicos, daqueles a ser considerados em bens jurídicos, objetos da proteção penal.<sup>16</sup>

Assim sendo, tal concepção trazida por Von Liszt também não poderia se sustentar, tendo em vista a possibilidade de a mesma facilitar o arbítrio estatal.

### 1.5. Teorias metodológicas

Já no início do século XX surge a concepção metodológica ou teleológico-metodológica do bem jurídico, provocando uma ruptura com o pensamento anterior e restaurando, ao mesmo tempo, um modelo normativista.

Para as teorias metodológicas, o bem jurídico não deveria mais ser considerado como uma realidade anterior à norma. A busca por sua delimitação deveria se afastar da realidade. O bem jurídico passa a ter como essência um critério valorativo abstrato, o que leva à espiritualização do conceito.<sup>17</sup>

Temos com a doutrina metodológica a atribuição de uma função meramente valorativa para construção da ideia de bem jurídico, que passa a ser considerado como uma valoração a ser feita a partir de cada norma penal, buscando alcançar com isso seu escopo, sua finalidade. Daí o seu caráter “teleológico”.<sup>18</sup> O conteúdo da norma deverá ser interpretado para alcançar sua finalidade, e com base nessa finalidade se chegará ao bem que esta norma quis tutelar. O bem jurídico se torna um valor, que tem por base a finalidade da norma. É alcançado, assim, através da interpretação do tipo penal, onde encontraremos a finalidade de cada norma incriminadora.

Nesse sentido, quem apontará o bem jurídico tutelado será sempre a norma, o que acaba esvaziando o próprio conceito de bem jurídico e fazendo com que a aplicação de uma pena se justifique “pela simples vontade ou motivação do legislador”.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> Sheila Jorge Salim de Sales, *Escritos de direito Penal*, 2.ed, Belo Horizonte, Del Rey, 2005, p. 117.

<sup>17</sup> Luiz Flávio Gomes aduz que: “A noção de bem jurídico, nesse período, resulta “espiritualizada” ou “volitizada”. É supérflua porque o bem jurídico já não revela a essência do delito, seu *abstractum*, senão exclusivamente a *ratio* da lei. O conceito mesmo de delito se transforma para ser concebido como mera lesão à norma ou violação de um dever. O que importa, nesta concepção, não é o que está na essência da norma (o bem jurídico protegido), senão a vigência (formal) da própria norma. No homicídio, por exemplo, o que ganha relevância penal não é a destruição da vida, senão a proibição da norma que contempla a conduta de matar”. Luiz Flávio Gomes, *Norma e bem jurídico no direito penal*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 79-80.

<sup>18</sup> Hernán Hormazábal Malaree, *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de derecho*, 2.ed, Editorial Jurídica ConoSur, 1992, p. 63.

<sup>19</sup> Sheila Jorge Salim de Sales, *Escritos de direito Penal*, 2.ed, Belo Horizonte, Del Rey, 2005, p. 119.



## 2. Novas tendências acerca do conceito de bem jurídico-penal

Com o surgimento das teorias metodológicas, o conceito de bem jurídico passou a se relacionar com o próprio fim ou razão da norma, o que abriu um espaço de discricionariedade para o legislador no que diz respeito à sua delimitação. Isso fez com que o mesmo perdesse sua capacidade de servir como instrumento limitador do próprio poder punitivo estatal, papel este que lhe fora atribuído pelo Iluminismo.

O conceito de bem jurídico, meramente formal, passa a ser utilizado como um instrumento nas mãos do Estado, servindo-lhe para dar vazão a ideologias autoritárias. Por isso, após a Segunda Guerra mundial o interesse pelo bem jurídico-penal foi retomado, mas agora sob uma visão garantista, que pretendeu dar ao mesmo um conteúdo material.

Assim, com a finalidade de buscar um fundamento mais sólido para a proibição de determinadas condutas, e tendo por base o próprio paradigma do Estado Democrático de Direito, surgem duas novas concepções acerca do tema, a saber: as teorias sociológicas e as teorias constitucionais, as quais passaremos agora a discutir.

### 2.1. Teorias sociológicas

Em primeiro lugar, devemos destacar que as teorias sociológicas do bem jurídico vinculam o seu conceito a elementos metajurídicos, existentes, portanto, fora do direito e anteriormente a ele.

Um dos principais doutrinadores adeptos da teoria sociológica é Winfried Hassemer, que defende a existência de um Direito Penal baseado nas necessidades e nos interesses sociais. Para Hassemer, torna-se necessário elaborar um conceito de bem jurídico-penal que tenha por base fontes materiais. Assim, o legislador, no momento de estabelecer quais condutas irá criminalizar ou não, precisa dispor de conhecimentos empíricos, analisar os interesses sociais em jogo, pois “o legislador não está totalmente livre na seleção do bem jurídico, ao contrário, está discricionariamente vinculado a uma escala de valores”.<sup>20</sup>

O problema trazido pelo conceito defendido por Hassemer é que, embora ele encontre no sistema social a fonte de orientação e criação acerca da noção de bem jurídico, o mesmo não estabelece critérios materiais para individualizar todos os bens passíveis de proteção penal, o que acaba não limitando o legislador infraconstitucional ao exercer sua função legiferante.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Luiz Flávio Gomes, *Norma e bem jurídico no direito penal*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, P. 82.

<sup>21</sup> Sheila Jorge Salim de Sales, *Escritos de direito Penal*, 2.ed, Belo Horizonte, Del Rey, 2005, P. 121.

Importante também aqui ressaltar o pensamento de Kunt Amelung, que propõe como critério de determinação da pena, não a lesão ou o perigo concreto de lesão para um bem jurídico, mas a danosidade social.<sup>22</sup>

Amelung substitui, desse modo, a noção de bem jurídico pela de danosidade social e, assim, “coloca o conceito de delito no centro das teorias sistêmicas (Durkheim, Parsons e Luhmann), caracterizando-lhe como uma “disfuncionalidade”.<sup>23</sup>

Por fim, cabe-nos destacar aqui a figura de Günther Jakobs, outro pensador influenciado pelas teorias funcionalistas sistêmicas.

Jakobs advoga a tese de que essa “disfuncionalidade” causada pelo delito não decorre da lesão ou do perigo concreto de lesão para determinado bem jurídico, mas da desconfiança em relação à validade da norma. Assim, a finalidade da pena se volta precipuamente para um único objetivo, a saber: a busca da vigência da norma que foi violada pelo delito. A partir do momento em que se aplicasse a pena, estaria, portanto, reafirmando a norma que foi violada, estabilizando as expectativas de vigência e de obediência dentro da sociedade.<sup>24</sup>

Temos com isso claramente perceptível que as teses defendidas por Amelung e Jakobs não são aptas a conceber uma noção de bem jurídico como instrumento limitador do poder punitivo estatal; em razão das mesmas dispensaram o bem jurídico de qualquer tipo de lesão ou perigo concreto de lesão como requisito necessário para a caracterização do delito, ou seja: não se apresentam, em última análise, como um objeto de proteção penal.

## 2.2. Teorias constitucionais

Com a finalidade de superar as inseguranças e as faltas de limitações trazidas pelas teorias sociológicas, surgem as teorias constitucionais do bem jurídico. Estas teriam como objetivo primordial limitar diretamente o legislador no que diz respeito à criação do ilícito penal.

Assim, de acordo com tais teorias, o conceito de bem jurídico-penal deve ser extraído da Constituição, deve ser estabelecido por meio dela e ser orientado de

---

<sup>22</sup> Nesse sentido: “Amelung toma para o direito penal o princípio da *danosidade social* como objeto fundamental para a subsistência e desenvolvimento do sistema social. O critério do legislador para decidir quais são os comportamentos que merecem ser sancionados penalmente deve estar envolto ao conceito de *danosidade social*, assim como ao da disfuncionalidade do sistema social e da sua estrutura”. Paulo Vinícius Sporleder Souza, *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 105.

<sup>23</sup> Luiz Flávio Gomes, *Norma e bem jurídico no direito penal*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 82.

<sup>24</sup> Paulo Vinícius Sporleder de Souza, *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, pp. 109-110.

acordo com os valores nela previstos, funcionando a mesma como “uma espécie de normatização de diretivas político-criminais”<sup>25</sup>

A Constituição, nesse sentido, traçará os limites para a atividade incriminadora, que deverá se restringir àqueles valores que possuem relevância constitucional, já que, como dito, a consequência penal surgida em razão do cometimento de um determinado delito limita ou restringe um valor fundamental, que é a liberdade individual.<sup>26</sup>

Nesse sentido, para que se possa tipificar determinada conduta e sancionar uma pena, o valor a ser tutelado pela norma precisa ter *status* constitucional, pois só assim será permitida uma interferência do Estado no direito de liberdade do indivíduo.

Tem-se, desse modo, que a fonte de criação do bem jurídico-penal deve ser a Constituição. Contudo, a doutrina ainda possui divergências acerca da forma como deve se dar a vinculação do bem tutelado à norma constitucional, o que provocou o surgimento de três vertentes diferentes acerca do tema.

### **1.2.1. Teoria constitucional estrita, teoria constitucional ampla e teoria constitucional eclética**

Os adeptos da teoria constitucional estrita,<sup>27</sup> ou da concepção rígida de bem jurídico, defendem que somente aqueles valores reconhecidos expressamente em âmbito constitucional seriam dignos de tutela penal. Assim, a discricionariedade do legislador estaria limitada de forma muito mais restrita.

Luiz Flávio Gomes, ao abordar o tema, nos diz que “A tarefa do legislador, portanto, não seria outra senão a de incorporar ao ordenamento *jurídico-penal* os valores mais importantes plasmados de modo vinculante na *Grundnorm*”.<sup>28</sup>

A principal crítica feita a esta teoria é no sentido de que, com a limitação por demais rígida imposta à possibilidade de incriminação por parte do legislador, a própria evolução do direito restaria afetada, gerando o que muitos chamam de “engessamento do direito”. O surgimento da necessidade de tutelar novos bens jurídicos em razão da própria evolução da sociedade, como, por exemplo, aqueles referentes

---

<sup>25</sup> Luiz Regis Prado, *Bem jurídico-penal e constituição*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, p. 44.

<sup>26</sup> Assim: “Tal concepção encontra premissa no fato de que a liberdade individual, sobre a qual incide a sanção *par excellence* do direito penal, trata-se de bem jurídico não só previsto na Constituição, mas por ela assegurado como direito inviolável. Por isso, a única justificação possível para a incidência da pena criminal deve ser a ofensa a um bem jurídico de idêntica relevância”. Sheila Jorge Salim de Sales, *Escritos de direito Penal*, 2.ed, Belo Horizonte, Del Rey, 2005, p. 123.

<sup>27</sup> Luiz Regis Prado, ao tratar do tema, cita F. Bricola, E. Musco, F. Angioni, J. J. González e E. Gregori como defensores desta teoria. Luiz Regis Prado, *Bem jurídico-penal e constituição*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, p. 46.

<sup>28</sup> Luiz Flávio Gomes, *Norma e bem jurídico no direito penal*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 90.

à ordem econômica, ao meio ambiente, enfim, àqueles direitos tidos como supraindividuais, restaria prejudicado, razão pela qual tal teoria não foi capaz de se manter sem maiores críticas.

Já os adeptos da teoria constitucional ampla alargam o sentido anteriormente dado ao tema pela teoria constitucional restrita. Isso porque, ao invés de limitar a criminalização de condutas com base apenas naqueles valores constitucionalmente previstos, possibilita a proteção penal de todos aqueles bens que não são incompatíveis com a Constituição, que se torna agora um mero ponto de referência para o legislador infraconstitucional.

Um dos adeptos desta teoria é Claus Roxin, que limita a incidência do Direito Penal à observância dos princípios fundamentais previstos na Constituição.

Também existem críticas em relação a tal teoria, tendo em vista que esta não oferece com clareza e efetividade um conceito material seguro para o bem jurídico de forma a demonstrar quais seriam efetivamente os bens passíveis de tutela pelo Direito Penal. A Constituição se torna aqui um mero instrumento de política criminal que deve ser implementada pelo legislador.<sup>29</sup>

Tendo em vista as críticas apresentadas anteriormente em relação às teorias estrita e ampla, existe ainda a teoria constitucional mista ou intermediária, que faz com que a noção de bem jurídico se torne um efetivo instrumento de garantia.

Baseada na ideia de que não existe uma relação de contrariedade entre a teoria constitucional ampla e a teoria constitucional estrita, mas uma relação de complementariedade, a teoria constitucional eclética defende que o objeto de proteção penal deve ser orientado político-criminalmente aos valores constitucionais.

O bem jurídico deve encontrar, como sua fonte legitimadora, o sistema social, preexistindo ao próprio ordenamento. Contudo, é necessário que os bens do sistema social se materializem em bens passíveis de tutela jurídico-penal, e isso só poderá ocorrer se utilizarmos a Constituição como instrumento para essa concretização.<sup>30</sup>

Jorge de Figueiredo Dias nos esclarece que se torna necessário, assim, estabelecer uma relação de mútua referência entre um valor estabelecido constitucionalmente e o bem jurídico-penal, cabendo aqui ressaltar que a relação deve ser de referência, e não de identidade, o que abre para o legislador a possibilidade de inovar, caso necessário, em relação à tutela de novos bens jurídicos em âmbito penal. E “É nesta acepção, e só nela, que os bens jurídicos protegidos pelo direito penal se devem

---

<sup>29</sup> Como bem assevera Sheila Jorge Selim de Sales: “[...] O alargamento do conceito [...] deixa novamente incertos os limites para a opção penal, pois a nossa Constituição nada esclarece sobre o modo como a tutela penal deveria atuar e nem mesmo sobre seus limites e formas, que permanecem *confiados* ao arbítrio do legislador”. Sheila Jorge Salim de Sales, *Escritos de direito Penal*, 2.ed, Belo Horizonte, Del Rey, 2005, p. 124.

<sup>30</sup> Paulo Vinícius Sporleder de Souza, *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 91.

considerar concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais”.<sup>31</sup>

Nesse sentido, temos que essa é a melhor teoria a ser adotada para o tema, tendo-se em vista que a mesma não padece das contradições e até mesmo insuficiências decorrentes das outras duas teorias constitucionais elaboradas acerca do tema.

### 3. Conclusão

Tendo em vista tudo que foi abordado até o momento, é fácil se fazer perceber que várias foram as respostas dadas no decorrer dos séculos para a questão do bem jurídico-penal. Existem até mesmo aqueles que dispensam a necessidade de uma lesão a bens jurídicos para a configuração de um delito, como, já demonstrado, acontece com as teorias defendidas por Günther Jakobs e Kunt Amelung.

Ocorre, contudo, que o Direito Penal, por ser o ramo do Direito que provoca o tipo de intervenção mais grave na liberdade individual dos cidadãos, em razão da especificidade de suas sanções, não deve dar margens para que limitações a essa liberdade sejam realizadas de forma arbitrária ou sem limites. Assim, a noção de bem jurídico-penal deve servir como um instrumento de limitação do próprio poder punitivo estatal, de modo a orientar o legislador no momento da incriminação de condutas. Temos para nós que, dentre todas as teorias trabalhadas, a que melhor desempenha esse papel é a teoria constitucional eclética.

De acordo com ela, e em primeiro lugar, não deve ser dado ao legislador o poder de incriminar condutas que não lesem ou exponham a perigo concreto bens jurídicos previamente determinados.

Por outro lado, não é qualquer valor ou interesse que possui dignidade suficiente para receber uma tutela jurídico-penal, mas apenas aqueles valores consagrados implícita ou explicitamente na Constituição e que, de forma ainda mais restrita, sejam previstos em âmbito constitucional como direitos fundamentais. Caso assim não seja considerado, poderíamos considerar como bem jurídico-penal qualquer valor constitucional, o que prejudicaria a função limitadora que deve ser cumprida pela noção do bem jurídico-penal.

Outrossim, além de todas essas considerações, deve o legislador infraconstitucional, no momento da incriminação das condutas penalmente relevantes, se vincular sempre aos princípios penais constitucionais da lesividade, da intervenção mínima e da insignificância, não devendo permitir uma intervenção de tal monta, como é a realizada pelo Direito Penal, quando não se mostrar estritamente necessário. Condutas que não são capazes de causar qualquer lesão para bens jurídicos determinados não devem, portanto, ser objetos de punição por parte do Direito Penal.

---

<sup>31</sup> Jorge de Figueiredo Dias, *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 67.

Resumindo: o conceito de bem jurídico-penal, dentro do paradigma de um Estado Democrático de Direito, que coloca a liberdade individual como um de seus fundamentos, por reflexo do próprio direito à dignidade humana, deve ser capaz de exercer sempre uma função restritiva e limitadora do poder punitivo estatal, não cabendo ao legislador criar os valores ou os interesses que subjuga como merecedores de proteção penal. Tais valores já foram estabelecidos anteriormente pelo constituinte, e só devem ser elevados à categoria de bem jurídico-penal se considerados como direitos fundamentais, já que o Direito Penal só deve intervir em caso de uma lesão ou perigo concreto de lesão grave para os bens jurídicos mais importantes. Cremos que somente a Constituição, e apenas ela, é capaz de servir como fonte segura para a formulação de possíveis incriminações, tendo-se em vista que a mesma foi, ao menos teoricamente, elaborada sobre as bases de um consenso social.

## Bibliografia

- COELHO, Yuri Carneiro, *Bem jurídico-penal*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2003.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- DOTTI, René Ariel, *Curso de Direito Penal: parte geral*, 3. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010.
- GOMES, Luiz Flávio, *Norma e bem jurídico no direito penal*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- LUISI, Luiz, *Os princípios constitucionais penais*, 2.ed., rev. e aum., Porto Alegre, S.A. Fabris, 2003.
- MALAREE, Hernán Hormazábal, *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de derecho*, 2.ed., Editorial Jurídica ConoSur, 1992.
- PALAZZO, Francesco C., *Valores constitucionais e direito penal*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1989.
- PRADO, Luiz Regis, *Bem Jurídico-Penal e Constituição*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- MALAREE, Hernán Hormazábal, *Bien jurídico y Estado Social y Democrático de derecho*, 2.ed., Editorial Jurídica ConoSur, 1992.
- QUEIROZ, Paulo de Souza, *Do caráter subsidiário do direito penal*, Belo Horizonte, Del Rey, 1998.
- ROXIN, Claus, *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*, 2.ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2009.
- \_\_\_\_\_, *Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação da proibições penais*, Texto distribuído aos inscitos no seminário ocorrido em Porto Alegre, nos dias 18 a 20 de março de 2004, em homenagem ao Professor Claus Roxin, de Direito penal econômico, organizado pelo Prof. César Roberto Bitencourt.

- SALES, Sheila Jorge Salim de., *Escritos de direito Penal*, 2.ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2005.
- SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de, *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.
- TAVARES, Juarez, *Bien Jurídico y función en el Derecho Penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004.
- \_\_\_\_\_, *Teoria do injusto penal*, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2002.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl et al., *Direito penal brasileiro: teoria do delito*, V.2, tomo I, Rio de Janeiro, Revan, 2010.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

**Jânia Maria Lopes Saldanha (Brasil)\***  
**Sadi Flores Machado (Brasil)\*\***

## **Da ciberdemocracia aos movimentos sociais e do governo eletrônico à lei de acesso à informação pública no Brasil: dimensões da política e da democracia na sociedade em rede**

### **RESUMO**

O texto analisa a relação entre a utilização das tecnologias da informação e da comunicação (TICs) e o incremento da democracia, tanto sob a perspectiva não institucionalizada (ciberativismo e movimentos sociais em rede) quanto sob o enfoque da política institucional centrada no papel do Estado. Objetiva-se compreender quais são os fundamentos pragmáticos e teóricos do Governo Eletrônico (e-Gov) a partir dos requisitos comumente apontados como imprescindíveis à consolidação de uma interface governamental eficiente e democrática. Neste sentido, a Lei de Acesso à Informação (LAI) é apresentada como uma importante conquista voltada à progressiva superação da cultura do segredo estatal que por muito tempo dominou o imaginário social brasileiro. São apontadas, ainda, algumas sugestões para a superação das dificuldades já identificadas quanto à efetivação da referida norma.

**Palavras-chave:** democracia; movimentos sociais em rede; Governo Eletrônico; Lei de Acesso à Informação.

---

\* Doutora em Direito. Realiza estudos de pós-doutorado junto ao IHJ – Institut des Hautes Études sur la Justice com a colaboração de Antoine Garapon. Bolsista CAPES (Proc. BEX 2417-14-6). Professora Associada do PPG em Direito e do Departamento de Direito da UFSM - Universidade Federal de Santa Maria, Brasil. Advogada. janiasaldanha@gmail.com.

\*\* Mestrando do PPG em Direito da UFSM. Professor na FADISMA – Faculdade de Direito de Santa Maria, Brasil. Assessor do Ministério Público Federal do Brasil. sadi.machado@gmail.com.



## ZUSAMMENFASSUNG

Der Text geht sowohl aus einem nicht institutionenbezogenen Blickwinkel (Cyberaktivismus und soziale Bewegungen im Internet) wie auch aus der Perspektive der an der Rolle des Staates orientierten institutionellen Politik der Frage des Verhältnisses zwischen dem Einsatz von Informations- und Kommunikationstechnologien (IKT) und der Vertiefung der Demokratie nach. Ziel ist das Verständnis der pragmatischen und theoretischen Grundlagen des E-Government (e-Gov), wobei von den allgemein als für die Konsolidierung einer effizienten und demokratischen Regierungsschnittstelle unerlässlich angesehenen Anforderungen ausgegangen wird. Vor diesem Hintergrund wird das Gesetz zur Regelung des Zugangs zur Information als ein bedeutender Fortschritt auf dem Weg zur schrittweisen Überwindung der staatlichen Geheimhaltungskultur dargestellt, die so lange für die soziale Vorstellungswelt Brasiliens bestimmend war. Den Abschluss bilden einige Vorschläge zur Beseitigung von Schwierigkeiten bei der effektiven Umsetzung des genannten Gesetzes.

**Schlagwörter:** Demokratie; soziale Bewegungen im Internet; E-Government; Gesetz zur Regelung des Zugangs zur Information.

## ABSTRACT

This paper analyzes the relation between the use of Information and Communications Technologies (ICTs) and the enhancement of democracy, both from the non-institutionalized perspective (cyberactivism and the online social movements) and as seen from the perspective of institutional politics centered on the role of the State. Our aim is to understand the pragmatic and theoretical foundations of electronic government (e-gov) based on the requirements commonly identified as essential to the consolidation of a democratic and efficient government interface. In this regard, the Access to Information Law (LAI) is presented as an important achievement for the progressive elimination of the culture of State secrecy that has long dominated Brazilian social imagery. We also make suggestions for overcoming some difficulties that have been identified in the application of this law.

**Keywords:** Democracy; online social movements; electronic government; Access to Information Law.

## Considerações iniciais

No núcleo das transformações políticas globais ocorridas nas últimas décadas, vislumbra-se a progressiva emergência de uma economia baseada no conhecimento, suportada em meios digitais e em processos contínuos de inovação. Tal fenômeno convive com desigualdades tendentes a apartar de todos esses bens um número cada vez maior de indivíduos sem acesso à cidadania plena. Se por um lado as novas tecnologias interligaram o mundo, solapando as clássicas noções de tempo e espaço, por outro acabaram por tornar permeáveis às tendências externas as fronteiras

políticas do Estado-nação, pretensamente auto-suficiente e integralmente soberano.

Neste cenário, a utilização cada vez maior das tecnologias de informação e comunicação (TICs) representou uma verdadeira revolução que não se restringiu às esferas da economia, da cultura, do trabalho e do lazer, mas que vem influenciando, acentuadamente, no campo da política. Do local ao global, da informalidade à dimensão institucional, do individual ao coletivo, as TICs emergem inegavelmente como poderosas ferramentas que, a depender de seu uso, são capazes de potencializar tanto o autoritarismo quanto a democracia.

Quanto a esta última, baldadas as críticas daqueles que tendem a encará-la sob a perspectiva de que consistiria em uma imposição ocidental às civilizações dominadas, parece haver um progressivo consenso quanto à necessidade de fortalecer seus alicerces e consolidá-la como uma conquista política. Portanto, afigura-se imprescindível analisar os possíveis reflexos da intensificação do uso das TICs sobre o incremento das experiências democráticas.

Na primeira parte, será traçado um percurso da utilização política não institucional das TICs. Partindo das críticas ao individualismo excessivo que poderia ser fomentado pela intensificação dos luxos informacionais, serão apresentados alguns contrapontos a tais perspectivas, especialmente através da constatação de que novas estratégias de articulação política estão sendo utilizadas por movimentos sociais que se valem das ferramentas tecnológicas para reforçar seu papel contestatório e fortalecer sua pauta de reivindicações.

A seguir, sob a perspectiva da institucionalidade política, serão explorados os alicerces do Governo Eletrônico no Brasil, caracterizando-se a sua consolidação nos últimos anos. Tais fundamentos serão contrapostos aos requisitos democráticos indispensáveis a uma interface digital do Estado, verificando-se, ainda, como tem ocorrido a utilização dos serviços públicos disponibilizados virtualmente aos cidadãos e às empresas na atualidade, incluindo os entraves que se apresentam a tais processos.

A terceira parte, por fim, se ocupará da análise acerca da adoção e da implementação, no Brasil, da Lei de Acesso à Informação, assim designada a Lei n. 12.527/11, a qual impõe a disponibilização de informações sobre a estrutura, funcionamento e prestação de contas dos órgãos/entidades da Administração Direta e Indireta e de todos aqueles que recebem subvenção pública.

O esforço de análise justifica-se, entretanto, diante da atualidade do tema, bem como da necessidade constante de atualizar a compreensão teórica acerca do papel das TICs para a consolidação de novos paradigmas políticos, sem prescindir do necessário incremento das experiências democráticas já existentes.

## 1. Da *ciberdemocracia* aos movimentos sociais em rede: a voz dos indivíduos e o lugar da política

A compreensão das relações sociais passa pelo reconhecimento de que elas se baseiam no conflitivo equilíbrio entre resistências e acordos mútuos. Para atingi-lo, parece inevitável a existência de estruturas de regulação, as quais, segundo Höffe,<sup>1</sup> apresentam-se basicamente sob três formas: a do “comando espontâneo e anônimo” do mercado; a da “regulamentação básica com caráter de poder”, identificada em sentido amplo com o Estado, e aquela atinente a “uma cooperação baseada em vínculos afetivos, a ‘livre solidariedade’”.

Esta última dimensão, por alicerçar as demais, diz muito a respeito do grau de envolvimento de uma determinada sociedade com as questões próprias à esfera pública. Em outras palavras: quanto mais acentuada se mostra a cooperação espontânea entre os indivíduos de uma sociedade, maior tende a ser a atenção e mais qualificados os debates relacionados à gestão do poder. Bem ao contrário, o enfraquecimento da esfera pública costuma atrelar-se ao enfraquecimento da solidariedade social, substituída por comportamentos e decisões individuais auto-centradas.

No dizer de Arendt,<sup>2</sup> quando a *ação* (*bios politiko*) passa a ser concebida em termos de fazer e fabricar – *trabalho* (*homo faber*) – e o fazer e fabricar é encarado como apenas outra forma de *labor* (*animal laborans*), está-se diante de uma sociedade “entorpecida e tranquilizada”, em que as capacidades políticas se concentram nas mãos de poucos. Nestas condições, a *vita activa* fica impossibilitada de ser concretizada em sua plenitude.

Muitos pensadores associam as revoluções tecnológicas observadas nas últimas décadas à progressiva individualização da sociedade: um irreversível processo de despolitização estaria em curso, com consequentes prejuízos à democracia e levando à retração da esfera pública. Há, ainda, aqueles que enfatizam os riscos de que o incremento do uso das TICs venha a gerar a perda total da autonomia individual, por intermédio de um progressivo controle engendrado pelos reais detentores da informação.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Otfried Höffe, *A democracia no mundo de hoje*, São Paulo, Martins Fontes, 2005, p. 105.

<sup>2</sup> Hannah Arendt, *A condição humana*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2007, p. 335.

<sup>3</sup> Neste sentido, pondera Amadeu da Silveira (Sérgio Amadeu da Silveira, “Ambivalências, liberdade e controle dos ciberviventes”, in *Cidadania e redes digitais* (*Citizenship and digital networks*), São Paulo, Comitê Gestor da Internet no Brasil: Maracá – Educação e Tecnologias, 2010, p. 81, disponível em <<http://www.cidadaniaeredesdigitais.com.br/files/livro.pdf>> 2010, p. 81) que “atualmente, não somos simplesmente viventes; somos *ciberviventes*, pois nossa sociabilidade passa cada vez mais por redes digitais de comunicação e controle. Nossas vidas são cada vez mais dependentes de senhas e nosso padrão comunicacional é guardado em bancos de dados de grandes corporações. Somos controlados sem sermos obrigados e submetidos opressivamente aos controles. Aderimos a eles e somos felizes por existirem. Chegamos a pagar pelos mesmos”. Virilio (Paul Virilio, “Da política do pior ao melhor das utopias e à globalização do terror”, entrevista in *Revista FAMECOS*, Porto Alegre, nº 16, dezembro 2001, disponível

Em sentido oposto, porém, Levy<sup>4</sup> entende que o aumento da comunicação implica o incremento da ação política. Para ele, a esfera tecnológica das trocas informacionais (*ciberespaço*) dá lugar a uma liberdade de expressão infinitamente maior do que aquela propiciada pelos meios de interação precedentes.

A *ciberdemocracia*, portanto, corresponderia ao estágio contemporâneo (e futuro) das relações entre o espaço, o tempo e a política no âmbito da sociedade em rede. Porém, diversos e numerosos são os cuidados que devem ser tomados para que a análise da relação entre o uso das novas tecnologias e as transformações políticas daí decorrentes não venha a ser coberta por um certo otimismo excessivo quanto ao potencial da *ciberdemocracia*. De fato, parece inquestionável que “o desenvolvimento das comunidades virtuais é provavelmente um dos eventos mais importantes destes últimos anos”.

Inegavelmente, a emergência da chamada “sociedade em rede” não importou a desconsideração do indivíduo como elemento essencial da trama política e pressuposto semântico da democracia deliberativa: pelo contrário, enfatizou a sua centralidade. No entanto, a efetivação da democracia pressupõe a observância de condicionantes incontornáveis, especialmente quando é analisada sob o viés deliberativo. Dentre tais requisitos, três deles podem ser destacados: a *diversidade de opiniões*, a *pluralidade de argumentos* e a *variedade de participantes*.<sup>5</sup> Ocorre que tais requisitos esbarram na *práxis* das comunidades virtuais, conformando algumas das dificuldades apontadas por Ferreira.<sup>6</sup>

Segundo o autor, os indivíduos tendem a interagir preferencialmente com outros que lhes sejam ideologicamente próximos. Tal preferência, denominada “homofilia dos grupos primários”, está atrelada à fuga do conflito e à “busca da conformidade e do acordo”<sup>7</sup> e não se observa somente em comunidades virtuais, mas é nelas potencializada. Deste modo, tal característica dificulta o acesso à diversidade de argumentos, na medida em que os interlocutores partem de acordos prévios sobre temas específicos e tendem a abandonar ou ausentar-se dos debates que não lhes interessam.

Soma-se a tal dificuldade o “risco de as novas tecnologias (...) se transformarem em mecanismos galopantes de coleta de informação (sem comunicação)”.<sup>8</sup> Tal risco

---

em <<http://www.revistas.univerciencia.org/index.php/famecos/article/view/264/198>>), por sua vez, considera absurda a tese de que o ciberespaço potencializará a democracia, vez que a Internet possibilita um controle social superior àquele já exercido pela polícia e pelos serviços secretos.

<sup>4</sup> Pierre, Lévy, *Ciberdemocracia*, Lisboa, Instituto Piaget, 2003, p. 67.

<sup>5</sup> Norberto Bobbio, *Dicionário de política*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 327-328.

<sup>6</sup> Gil Baptista Ferreira, “Espaços discursivos on-line e democracia deliberativa: promessas e limites”, in Isabel Salema Morgado e António Rosas (orgs.), *Cidadania digital*, Lisboa, LabCom Books, 2010, p. 108, disponível em <[http://www.livroslabcom.ubi.pt/pdfs/20101103-morgado\\_rosas\\_cidadania\\_2010.pdf](http://www.livroslabcom.ubi.pt/pdfs/20101103-morgado_rosas_cidadania_2010.pdf)>

<sup>7</sup> Idem

<sup>8</sup> Idem

decorre da utilização das ferramentas tecnológicas e informacionais para a simples satisfação de necessidades práticas, sem que haja uma efetiva troca argumentativa entre os indivíduos que delas se valem.

Há que se reconhecer, porém, que as transformações recentes das estruturas tradicionais de poder se devem, em grande parte, à atuação de *movimentos sociais em rede*.<sup>9</sup> É importante ressaltar que tais experiências estão marcadas por um incremento das práticas discursivas relacionadas às demandas políticas das sociedades no seio das quais são observadas. Neste sentido, a concepção de democracia formalmente representativa é questionada a partir da verificação de suas fragilidades, e tais contestações são impulsionadas pelo descontentamento relativo às injustiças sociais que ela fomenta. Em outras palavras, pode-se afirmar que a articulação dos movimentos em rede questiona os fundamentos tradicionais do poder político, centrado na figura do Estado.<sup>10</sup>

O modo de ver o Estado como instituição apta a cumprir a expressão pura e finalizada da “vontade da lei” acabou por afastá-lo dos problemas sociais, em sentido oposto ao papel conferido à Política. Porém, devido a diversos contingentes históricos, delineados por manifestações e movimentos populares observados a partir do século XIX, os contornos clássicos de um Estado absenteísta e despreocupado com o apaziguamento das desigualdades sociais mostraram-se incompatíveis com o cenário político que se almejava.

Manuel Castells tece uma rica análise acerca dos movimentos sociais na “era da internet”, qualificando-os como autênticas “redes de indignação e esperança”.<sup>11</sup> Destacando quatro fenômenos recentes engendrados em grande parte por intermédio das TICs: a “revolução egípcia”,<sup>12</sup> o movimento “Occupy Wall Street”,<sup>13</sup> os “levantes

---

<sup>9</sup> Neste sentido, Castells (Manuel Castells, *Redes de indignación y esperanza. Los movimientos sociales en la era de internet*, Madri, Alianza Editorial, 2012, p. 26) afirma que “se o poder se exerce mediante a programação e a conexão de redes, então o contra-poder, a tentativa deliberada de alterar as relações de poder, é ativado através da reprogramação de redes em torno de interesses e valores alternativos ou mediante a interrupção das conexões dominantes e a conexão de redes de resistência e de mudança social.”

<sup>10</sup> No limite, Katz (Elihu Katz, “Os meios de comunicação”, in Robert Darton e Olivier Duhamel (orgs.), *Democracia*, Rio de Janeiro, Record, 2001, p. 333) observa que “(...) assim como a imprensa decapitou a monarquia, o rádio castrou o Parlamento e a televisão expulsou os partidos políticos, os novos meios de comunicação podem dismantelar o Estado-nação”.

<sup>11</sup> As citações extraídas da referida obra foram livremente traduzidas pelos autores.

<sup>12</sup> “A revolução de 25 de janeiro [de 2011] (*Thawrat 25 Yanayir*), que em dezoito dias destronou o último faraó, surgiu do mais profundo da opressão, da injustiça, da pobreza, do desemprego, do sexismo, da democracia burlada e da brutalidade policial” (Manuel Castells, *Redes de indignación y esperanza. Los movimientos sociales en la era de internet*, Madri, Alianza Editorial, 2012, p. 65).

<sup>13</sup> “A rápida propagação do fogo *Occupy* na pradaria americana está cheia de significado. Mostra a profundidade e espontaneidade do protesto, enraizado na indignação sentida pela população do país e pela sociedade em geral” (ML, p. 164).

árabes”<sup>14</sup>, reivindicações das “indignadas da Espanha,<sup>15</sup> o autor, traçou, a partir destes, algumas considerações acerca das características comuns aos movimentos sociais em rede (Castells, 2012, pp. 210-218), como a tendência a conectar-se de distintos modos, caracterizando-se, simultaneamente, por seu *caráter local e global*. Dada a espontaneidade originária que os identifica, tendem a engendrar distintos e originais modos de conexão entre seus participantes, que ultrapassam as formas clássicas de inter-relação política.

Seguindo a lógica da interconexão própria à internet, tais movimentos tendem a “espalhar-se” muito rápido, constituindo por vezes “virais cibernéticos”. A transição daquela indignação originária a um campo de esperança de modificações é, em geral, obtida mediante deliberações que ocorrem em um espaço de relativa *autonomia dialógica*. Deste modo, as redes horizontais e multimodais no âmbito da Internet acabam por dar lugar, como ocorre na esfera dos espaços urbanos, a uma unidade de pautas e interesses comuns.

A unidade marcada pela horizontalidade das redes favorece a colaboração e a solidariedade, e de certo modo substitui-se a necessidade de uma liderança formal e centralizada, própria dos moldes próprios às estruturas políticas tradicionais.

Embora fundamentalmente políticos, o autor reconhece que tais movimentos tendem a ser comumente *pragmáticos* e raramente *programáticos*. Vale dizer: marcados pela multiplicidade de reivindicações, e pela infinitude de motivações, “seu consenso, sua união, dependem da deliberação e das propostas para cada caso, não de cumprir um programa elaborado a partir de demandas concretas”, de modo que “não podem centrar-se em uma [só] tarefa ou projeto” e nem “canalizar-se em uma ação política que seja demasiado pautada” (p. 217).

Portanto, a concretização das reivindicações levantadas por tais movimentos se deve, em grande parte, ao fortalecimento das interações propiciadas pela utilização das TICs. As informações podem ser transmitidas em tempo real e as reivindicações passam a ser compartilhadas e difundidas pelos próprios indivíduos sem a filtragem própria aos meios de comunicação tradicionais. Por outro lado, tais trocas potencializam a articulação de diversos pontos de vista e promovem, em tese, o *empoderamento* de indivíduos tradicionalmente excluídos ou marginalizados dos âmbitos de negociação próprios à democracia representativa.

---

<sup>14</sup> “Depois das revoluções da Tunísia e Egito [em 2011], em todo o mundo árabe se produziram os Dias da Ira (*Youm al-Ghadab*): 7 de janeiro na Argélia, 12 de janeiro no Líbano, 14 de janeiro na Jordânia, 17 de janeiro na Mautirânia, 17 de janeiro no Sudão, 17 de janeiro em Omã, 27 de janeiro no Iêmen, 14 de fevereiro em Barein, 17 de fevereiro na Líbia, 18 de fevereiro no Kuwait, 20 de fevereiro em Marrocos, 26 de fevereiro no Saara Ocidental, 11 de março na Arábia Saudita e 18 de março na Síria” (ML, pp. 99-100).

<sup>15</sup> “Sem dúvida alguma, foi um movimento contra os banqueiros e especuladores, e contrário a que as pessoas pagassem as consequências de uma crise financeira da qual não eram responsáveis.” (ML, 2012, p. 126).

Resta, porém, analisar o potencial das TICs quanto à democratização dos instrumentos políticos sob uma perspectiva institucional, materializada no “Governo Eletrônico” e, em especial, na progressiva consolidação da transparência estatal. É o que se verá na sequência.

## **2. Das crises do estado ao governo eletrônico: os requisitos democráticos para uma eficiente interface digital do Estado**

A compreensão da atual dimensão institucional da democracia passa pelo reconhecimento de que, baldadas as transformações observadas nos últimos anos quanto às funções do Estado, este continua a desempenhar um papel de destaque no cenário político mundial. Embora os grandes problemas que assolam o mundo de hoje não mais se limitem às fronteiras nacionais, impulsionando o surgimento de organismos intergovernamentais, supranacionais ou internacionais, o papel do Estado ainda precisa ser defendido politicamente, sem que tal postura seja confundida com o discurso estatalista.

Centrado na oposição entre “os de dentro” e os “de fora”, o estatalismo por vezes serve à adoção de políticas públicas que violam frontalmente direitos individuais em nome da “segurança coletiva”. Neste sentido, Ost<sup>16</sup> assinala que, se o modelo de *pirâmide* (hierarquia rigidamente codificada) se adequava às exigências do Estado Liberal do século XIX, às promessas do Estado Social ou assistencial emergente no século XX melhor corresponderia a figura do *funil* (em que o Estado representa a antítese da dispersão social). O tempo atual, em contrapartida, se caracterizaria por uma combinação entre as duas racionalidades, traduzindo-se mais adequadamente pelo paradigma da *rede*.

Neste sentido, alguns dos alicerces modernos que costumavam sedimentar e legitimar a atuação dos Estados nacionais sofreram significativas transformações e questionamentos. Inegavelmente, verificou-se nos últimos anos um adensamento teórico relacionado às chamadas “crises estatais estruturais”, atreladas à produção intelectual de sociólogos, politólogos, economistas, juristas e demais pensadores que se debruçam sobre o estudo das estruturas de poder social.

O incremento de redes de articulação relativamente autônomas voltadas à defesa de interesses políticos comuns vem contribuindo em grande parte para o fortalecimento destas demandas. Em outras palavras: *o Estado se vê confrontado à necessidade de ampliar o acesso dos indivíduos às informações relativas ao seu próprio funcionamento*. A prestação de contas é um contraponto necessário à circunstância de que aos governos cabe gerir com qualidade a prestação de serviços, a alienação e controle dos bens e a gestão dos agentes pagos pelos tributos recolhidos.

---

<sup>16</sup> François Ost, *Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de juez y de derecho*, Alicante, Doxa, 1993, pp. 169-194..

Neste passo, os mesmos mecanismos tecnológicos de que se valem os indivíduos para entabular suas relações interpessoais passaram a ser utilizados, nos últimos anos, como ferramentas para a ampliação, pelos governos, do acesso às informações relacionadas aos seus mandatos. No Brasil, conforme apontam Silva e Kurtz,<sup>17</sup> o marco inicial da implementação do “Governo Eletrônico” (e-Gov)<sup>18</sup> correspondeu à publicação do Decreto Presidencial de 3 de abril de 2000 (revogado pelo decreto nº 4.195, artigo 22). Tal marco normativo correspondeu à criação de um Grupo de Trabalho Interministerial voltado ao exame e à proposição de políticas, diretrizes e normas relacionadas às “novas formas eletrônicas de interação”. Este Grupo de Trabalho em Tecnologia da Informação (GTTI) centrou suas ações em três eixos principais: a) universalização de serviços; b) governo ao alcance de todos; e c) infraestrutura avançada. Dos trabalhos do GTTI resultou a apresentação de uma nova política de interação eletrônica do governo com a sociedade, com a entrega de um relatório que diagnosticou a infraestrutura e os serviços prestados à época pelo Governo Federal, com um prognóstico de aplicações de tais mecanismos e um panorama da legislação então existente.<sup>19</sup>

Diversas iniciativas seguiram-se à apresentação do referido relatório, destacando-se a concretização progressiva de padrões recomendados aos órgãos públicos no tocante às políticas de acessibilidade e utilização adequada das TICs para promover a participação cidadã. Tais políticas redundaram na progressiva oferta de serviços públicos disponíveis *online*, sob a perspectiva da facilitação de acesso e da simplificação e universalização de alguns procedimentos. É importante se compreender que projetos semelhantes têm sido engendrados em distintos países, podendo ser vislumbrados alguns contornos comuns.

Neste sentido, Piana<sup>20</sup> aponta as quatro etapas do Governo Eletrônico normalmente observadas pelos estudiosos do fenômeno. Tais seriam, respectivamente: a) *informação*, disponibilizada em páginas meramente “passivas ou estáticas, não receptoras de pedidos ou consultas”; b) *interação*, através da qual o usuário “já pode efetuar consultas e obter respostas da Administração pela via eletrônica (*customer*

---

<sup>17</sup> Rosane Leal da Silva, Patrícia Adriani Hoch, Lahis Pasquali Kurtz, “Governo eletrônico, cidadania virtual e proteção de dados pessoais: desafios ao Estado brasileiro”, in *VIII Seminário Internacional de demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea*, 2011, p. 2, Santa Cruz do Sul, Anais, Santa Cruz do Sul, EDUNISC, 2011.

<sup>18</sup> O governo eletrônico (*electronic government*) “pode ser definido pelo conjunto de diferentes ações tomadas pelas administrações no sentido de proporcionar serviços aos cidadãos e de governar, em termos gerais, o desenvolvimento da sociedade da informação” (Fernando Galindo, Francisco Javier García Marco; Pilar Lasala Calleja, *Electronic government*, Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2009, p. 43).

<sup>19</sup> Denominado “*Proposta de Política de Governo Eletrônico para o Poder Executivo Federal*”, no relatório constava um anexo de “metas prioritárias e responsáveis para o cidadão/cliente e para as empresas”. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2000, pp. 16-17.

<sup>20</sup> Ricardo Sebastián Piana, *Gobierno electrónico: gobierno, tecnología y reformas*, La Plata, Univ. Nacional de La Plata, 2007, p. 115.



*interactivity*)”<sup>21</sup>; c) *gestão eletrônica*, através da qual trâmites formais podem ser iniciados pela via eletrônica, desde que não envolvam pagamentos ou assinaturas digitais; e, por fim, d) *transação*, através da qual alguns trâmites podem ser totalmente realizados pelos cidadãos pela via eletrônica, sem necessidade de que estes “se desloquem ou tenham de utilizar papéis”.<sup>22</sup>

Justamente porque é imprescindível a observância de algumas premissas atreladas à efetiva democratização do acesso e à eficiência almejada é que Pereira da Silva<sup>23</sup> assinala três exigências ou requisitos democráticos a serem cumpridos pela interface digital do Estado. Segundo ele, para que os sítios governamentais efetivamente contribuam com o bom funcionamento do sistema democrático precisam satisfazer os critérios de *publicidade, responsividade e porosidade*.

Atrelada à necessidade de tornar o Estado mais transparente ao cidadão, a publicidade apresenta-se como “antítese à noção de segredo” e como fomento à visibilidade e à discussão democráticas que devem permear a esfera pública. Considerado o requisito mais desenvolvido nos sítios governamentais, a publicidade se manifesta na exposição de “um vasto e diversificado conjunto de informações (...); em diversas linguagens (...); para um número relevante de cidadãos; levando em conta as barreiras materiais e cognitivas desta visibilidade”<sup>24</sup>

Já a responsividade corresponde a um requisito dialógico, na medida em que “existe quando há *alguém* ou *algo* respondendo sobre *alguma coisa* para *outrem*”.<sup>25</sup> Tal requisito é respeitado quando a interface eletrônica do governo disponibiliza mecanismos para que os cidadãos possam demandar diretamente determinados serviços ou prestações, sanar eventuais dúvidas ou obter esclarecimentos sobre a condução de uma determinada ação governamental.

Por fim, a porosidade refere-se à “abertura de *inputs* do cidadão na produção da decisão política, isto é, participação *stricto sensu*”.<sup>26</sup> Deste modo, apresenta-se como um dos requisitos que mais diretamente atende às demandas de participação, posto que consiste na possibilidade de que as opiniões dos cidadãos sejam levadas em conta e possam ser incorporadas na decisão acerca de uma determinada ação política. A concretização deste requisito pode se dar através da realização de votações ou

---

<sup>21</sup> ML, p. 116.

<sup>22</sup> ML, p.118. O autor aponta, ainda, na página 121, as distintas modalidades de Governo Eletrônico, “segundo a quem seja dirigida a iniciativa”, a saber: “Governo-Cidadão (G2C, de *Government to Citizen*), Governo-Empresa (G2B, de *Government to Business*), Governo-Governo (G2G, de *Government to Government*) e Governo-Empregado (G2E, de *Government to Employer*)”.

<sup>23</sup> Sivaldo Pereira da Silva, “Exigências democráticas e dimensões analíticas para a interface digital do Estado”, in Rousiley Celi Moreira Maia, Wilson Gomes e Francisco Paulo Jamil Almeida Marques (Orgs.), *Internet e participação política no Brasil*, Porto Alegre, Sulina, 2011.

<sup>24</sup> ML, p. 128

<sup>25</sup> ML, p. 128

<sup>26</sup> ML, p. 132.

consultas pública através da Internet ou mesmo de outras ferramentas tecnológicas (por exemplo, as eleições diretas realizadas através de urnas eletrônicas no Brasil).

O autor afirma, ainda, que há “cinco tipos de relações comunicativas (ou contratos de comunicação) através das quais os três requisitos podem ser mediados”. Tais relações engendram cinco distintos níveis comunicacionais, conforme demonstra a tabela a seguir:

**Tabela 1.**

Níveis qualitativos dos requisitos democráticos da interface digital do Estado<sup>27</sup>

	<b>Publicidade</b>	<b>Responsividade</b>	<b>Porosidade</b>
<b>Utilitária</b>	Tornar o Estado mais visível/transparente ao cidadão através de uma relação instrumental (quando a interface opera para gerar um serviço ou produto com fim em si mesmo)	Tornar o Estado mais responsivo ao cidadão através de uma relação instrumental (quando a interface opera para gerar um serviço ou produto com fim em si mesmo)	Tornar o Estado mais suscetível ao cidadão através de uma relação instrumentalizada (quando a interface opera para gerar um serviço ou um produto com fim em si mesmo)
<b>Informativa</b>	Tornar o Estado mais visível/transparente ao cidadão através de uma relação informativa (informação enquanto mensagem).	Tornar o Estado mais responsivo ao cidadão através de uma relação informativa (informação enquanto mensagem).	Tornar o Estado mais suscetível ao cidadão através de uma relação informativa (informação enquanto mensagem).
<b>Instrutiva</b>	Tornar o Estado mais visível ao cidadão através de uma relação instrutiva.	Tornar o Estado mais responsivo ao cidadão através de uma relação instrutiva.	Tornar o Estado mais suscetível ao cidadão através de uma relação instrutiva.
<b>Argumentativa</b>	Tornar o Estado mais visível/transparente ao cidadão através de uma relação argumentativa.	Tornar o Estado mais responsivo ao cidadão através de uma relação argumentativa.	Tornar o Estado mais suscetível ao cidadão através de uma relação argumentativa.
<b>Decisória</b>	-----	-----	Tornar o Estado mais suscetível ao cidadão através de uma relação imperativa, isto é, baseada no recebimento de posições que, somadas, são tratadas como ordem, tomada de decisão.

Fonte: Pereira da Silva, 2011, pp. 136-138.

<sup>27</sup> Adaptada de Pereira da Silva, 2011, pp. 136-138.

Por sua vez, o acompanhamento da efetividade das ações atreladas ao Governo Eletrônico é tão necessário quanto desejável. Isso porque a “virtualização do Estado” tende a incrementar o potencial de controle público desempenhado por organizações não governamentais, partidos políticos, empresas privadas, instituições de ensino, usuários individuais dos serviços públicos e outros setores importantes da sociedade. Assim, é essencial verificar de que modo se dá a utilização de tais serviços, a fim de aferir as dificuldades e eventuais resistências ainda presentes.

Neste sentido, foi publicado em 2010, pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil,<sup>28</sup> um documento intitulado “*Pesquisa sobre o uso das tecnologias da informação e da comunicação no Brasil: TIC Governo Eletrônico*”.<sup>29</sup> Por intermédio de abordagens metodológicas qualitativa e quantitativa, o estudo mapeou, entre os meses de abril e setembro de 2010, o uso dos serviços de e-Gov pelos cidadãos e pelas empresas. Interessantes resultados foram obtidos pelo estudo, cabendo analisar alguns deles.

No tocante ao acesso aos serviços públicos, embora a maioria dos participantes tenha demonstrado preferência pelo atendimento presencial (60%), uma parcela significativa de usuários se declarou usuária das ferramentas tecnológicas (35% dos usuários referiram que se utilizam da Internet como principal forma de acesso, em contraponto aos 8% que prefeririam a utilização do telefone). Já no tocante às empresas, há um predomínio da internet (utilização, nos últimos 12 meses, por 79% dos usuários) sobre o serviço presencial (22%) e por intermédio do telefone (11%).<sup>30</sup>

Prospectivamente, 56% dos entrevistados declararam que escolheriam a internet para acessar serviços públicos em caso de futura necessidade e 60% afirmaram que indicariam esse tipo de uso a suas redes de contato. Quanto ao grau de satisfação, 91% dos cidadãos usuários de e-Gov declararam-se satisfeitos ou muito satisfeitos em relação aos serviços disponíveis. A busca de informações predomina sobre eventuais transações realizadas pelos usuários (90% no primeiro caso e 61% no segundo). Um único serviço de e-Gov foi utilizado por 29% dos usuários nos últimos meses, e 50% dos usuários declararam ter utilizado apenas um ou dois serviços.<sup>31</sup>

No tocante aos entraves verificados, 29% dos usuários referiram ter dificuldades em encontrar serviços buscados; 28% mencionaram dificilmente receber retorno (resposta) às suas solicitações; 21% afirmaram não ser possível completar transações relativas aos serviços, embora estes estejam disponíveis na internet; e o

---

<sup>28</sup> O Comitê Gestor da Internet do Brasil (CGI.br) foi criado pela Portaria Interministerial nº 147, de 31 de maio de 1995, alterada pelo Decreto Presidencial nº 4.829, de 3 de setembro de 2003. Disponível em: <http://www.cgi.br/>. Acesso em 11 set. 2014.

<sup>29</sup> Alexandre F. Barbosa, (coordenação executiva e editorial/*executive and editorial coordination*). “Pesquisa sobre o uso das tecnologias da informação e da comunicação no Brasil: TIC governo eletrônico - 2010 = *Survey on the use of information and communication technologies in Brazil: ICT electronic government*”, Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2010, pp. 25-48, disponível em <<http://op.ceptro.br/cgi-bin/cetic/tic-governo-2010.pdf>>

<sup>30</sup> Idem.

<sup>31</sup> Idem.

mesmo percentual de indivíduos referiu a ausência de confirmação de que o seu pedido tivesse chegado e de que fosse ser processado, ou, por outro lado, de que seria muito complicado utilizar a internet para contato com o governo (21%). Por fim, 34% consideraram que a maior parte dos serviços não disponíveis na internet se relaciona à área da saúde, a exemplo do agendamento de consultas pela internet.

É importante esclarecer, porém, que, embora a maior parte da demanda individual e social pela prestação de serviços públicos se dirija ao Poder Executivo, as práticas do chamado Governo Eletrônico não estão adstritas à sua atuação. De fato, a democratização das estruturas institucionais do Estado vem sendo sentida também no âmbito do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, e não somente através da utilização da internet, mas também de outras ferramentas tecnológicas.

Cabe referir, por exemplo, a profunda inovação representada pela implementação da *TV Justiça*,<sup>32</sup> em 11 de agosto de 2002, com a transmissão ao vivo das sessões plenárias de julgamento do Supremo Tribunal Federal. Trata-se de iniciativa inédita e precursora no âmbito global, sendo o Brasil o primeiro país do mundo a dotar seus julgamentos de tamanha visibilidade. Por seu intermédio, várias decisões cujos impactos transcendem a esfera de interesse individual passaram a ser dotadas de notável interesse público.

Estabelecidas tais premissas, verifica-se a atual existência aparente de um louvável compromisso do Estado brasileiro para com a eficiência na prestação dos serviços públicos por intermédio das TICs. Neste sentido, às iniciativas já referidas somou-se a emergência, em 18 de novembro de 2011, de uma lei que dotou o direito de acesso à informação pública de mecanismos aptos à sua concretização, sob o paradigma político da transparência. É o que será abordado a seguir.

### **3. Do governo eletrônico aos dados governamentais abertos: a lei de acesso à informação e o incremento da democracia participativa**

A atuação da interface digital do Estado brasileiro, por intermédio do Governo Eletrônico, está intimamente ligada à concretização empírica dos princípios aplicáveis à sua face visível: a Administração Pública. De fato, a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988 (CF/88), enuncia em seu artigo 37 o comprometimento das instituições públicas com os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. Embora haja umnexo interno entre todos eles, importa, para os fins deste texto, explorar a

---

<sup>32</sup> Trata-se de um canal público de televisão, sem fins lucrativos, cuja administração está sob a responsabilidade da Secretaria de Comunicação Social do Supremo Tribunal Federal, com o auxílio de um Conselho Consultivo.

dimensão da publicidade, referida anteriormente e intimamente ligada à transparência na gestão dos serviços e dos recursos públicos.

Tal princípio foi encarado por muito tempo, sob uma perspectiva formal e causalista, como um dever de publicização dos atos e contratos administrativos e de vedação à promoção pessoal dos agentes públicos (CF/88, artigo 37, § 1º).

Porém o incremento e a disseminação da utilização das TICs nos últimos anos geraram uma preocupação gradativa com a concretização material do referido princípio. Muitos entraves anteriormente observados ao efetivo acesso dos cidadãos aos dados inerentes à atuação estatal passaram a ser questionados, com o que a transparência da gestão pública passou a ser dotada de um valor intrínseco, sendo defendida na atualidade por inúmeros marcos regulatórios nacionais e até mesmo internacionais.

Como visto anteriormente, a ideia de transparência está intimamente ligada à abertura dos dados relacionados à atuação estatal. A expressão *open government data* ou apenas *open data* costuma ser definida a partir da referência ao trabalho realizado por 30 ativistas estadunidenses, nos dias 07 e 08 de dezembro de 2007. Tais indivíduos foram convocados por Tim O'Reilly, proprietário da O'Reilly Media, e Carl Malamud, ativista do movimento em defesa do conhecimento em domínio público "Public.Resource.Org", para participar de um encontro em Sebastopol, na Califórnia.<sup>33</sup>

Tal encontro objetivou fomentar um debate acerca das razões pelas quais a abertura dos dados governamentais seria essencial à democracia. Dele resultou a formulação de alguns princípios que seriam indispensáveis e intrínsecos aos dados governamentais abertos. (Vide Tabela 2).

Tais princípios influenciaram significativamente, a partir de então, a adoção de políticas públicas voltadas à abertura de dados governamentais em muitos países, servindo como parâmetro técnico a tais processos. A eles se somou a proposta do ativista canadense David Eaves, durante a apresentação de uma conferência relacionada à transparência na era digital, clamando os parlamentares a refletir sobre o papel do direito à informação nas sociedades contemporâneas.

A grande contribuição de tais propostas foi a descrição técnica, ainda que sintética, de procedimentos indispensáveis à operacionalização do processo de disponibilização dos dados governamentais. Neste sentido, em 2009, numa iniciativa conjunta do Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br) e do escritório regional do World Wide Web Consortium, o W3C,<sup>34</sup> foi publicado o documento *Melhoran-*

---

<sup>33</sup> Rosane Leal da Silva, Patrícia Adriani Hoch, Lahis Pasquali Kurtz, "Governo eletrônico, cidadania virtual e proteção de dados pessoais: desafios ao Estado brasileiro", in *VIII Seminário Internacional de demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea, 2011, Santa Cruz do Sul, Anais*, Santa Cruz do Sul, EDUNISC, 2011, p. 117.

<sup>34</sup> Trata-se de "um consórcio internacional no qual organizações filiadas, uma equipe em tempo integral e o público trabalham juntos para desenvolver padrões para a Web. Liderado pelo inventor da web Tim Berners-Lee e o CEO Jeffrey Jaffe, o W3C tem como missão conduzir

**Tabela 2.**  
Princípios aplicáveis aos dados governamentais abertos

<b>Completos</b>	Todos os dados públicos são disponibilizados. Dados públicos são dados que não se submetem a limitações válidas de privacidade, de segurança ou de privilégio.
<b>Primários</b>	Os dados são coletados na sua fonte, com o maior nível possível de granularidade, não estando em formas agregadas ou modificadas.
<b>Atualizados</b>	Os dados são disponibilizados tão rápido quanto seja necessário para preservar seu valor.
<b>Acessíveis</b>	Os dados estão disponíveis para o maior escopo possível de usuários e para o maior escopo possível de finalidades.
<b>Legíveis por máquina</b>	Os dados estão razoavelmente estruturados para permitir processamento automatizado.
<b>Não-discriminatórios</b>	Os dados estão disponíveis para todos, sem necessidade de registro para acessá-los.
<b>Não-proprietários</b>	Os dados são disponibilizados num formato sobre o qual nenhuma entidade tem controle exclusivo.
<b>Livres de licenças</b>	Os dados não estão sujeitos a nenhuma forma de direito autoral, patente, propriedade intelectual ou segredo industrial. Restrições razoáveis de privacidade, de segurança e de privilégio podem ser permitidas.

Fonte: Silva, 2011, p. 119

do o Acesso ao Governo com o Melhor Uso da Web, no qual tais propostas foram incorporadas. Segundo o documento, os dados governamentais abertos (DGAs) “referem-se à publicação de ISPs (informações do setor público) em formato bruto aberto, de maneira a torná-las acessíveis a todos e permitir sua reutilização, como a criação de *mashups*<sup>35</sup> de dados” (W3C BRASIL, 2009, p. 39).

Tais parâmetros contribuíram para a progressiva adoção de iniciativas voltadas à efetiva disponibilização de dados públicos aos cidadãos, principalmente através dos sítios eletrônicos das instituições governamentais. Obviamente, a disponibilização de dados públicos contribui, em tese, para uma maior transparência na gestão, incentivando o controle social e qualificando a prestação de contas por parte dos

---

a World Wide Web para que atinja todo seu potencial, desenvolvendo protocolos e diretrizes que garantam seu crescimento de longo prazo”.

<sup>35</sup> *Mashups* consistem na “mistura de dados de dois ou mais aplicativos ou fontes de dados diferentes, produzindo pontos de vista comparativos das informações combinadas diferentes.” (W3C Brasil, *Melhorando o acesso ao governo com o melhor uso da web*, Comitê Gestor da Internet no Brasil, São Paulo, 2009, p. 39 disponível em <<http://www.w3c.br/divulgacao/pdf/gov-web.pdf>>

governantes. No entanto, algumas dificuldades de cunho prático inevitavelmente são observadas.

Neste sentido, embora o “Portal da Transparência do Governo Federal” do Brasil já esteja em funcionamento há quase uma década, muitos indivíduos ignoram sua existência ou desconhecem seu potencial. Por certo, uma cultura democrática relacionada ao controle social dos recursos públicos é algo que se constrói lentamente.

Por outro lado, a superação da cultura do segredo incrustada no imaginário social brasileiro graças ao desserviço prestado pelos regimes autoritários em voga no século passado é um desafio de grande monta. A publicação da Lei nº 12.527, em 18 de novembro de 2011, representou uma grande contribuição ao referido movimento de avanço de uma cultura jurídico-política de transparência e de acessibilidade aos dados governamentais. Aplicável a toda a estrutura da Administração Pública brasileira e às entidades privadas que recebam subvenções públicas, tal marco normativo foi criado para regulamentar o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do 50, no inciso II do § 30 do artigo 37 e no § 20 do artigo 216 da CF.<sup>88</sup>

Embora já previsto na legislação interna de vários países no mundo<sup>36</sup> e, inclusive, em alguns tratados, declarações e convenções assinadas pelo Brasil (CGU, 2011, p. 9), o acesso à informação carecia, até então, de efetiva regulamentação interna. Aclarando seu alcance de proteção, o artigo 7º determina que todos os cidadãos têm direito de obter informação primária, íntegra, autêntica e atualizada, relacionadas à administração do patrimônio público, à utilização de recursos públicos, a licitações promovidas pelo Poder Público, a contratos administrativos por ele firmados; informações atreladas à gestão das políticas públicas, às metas e indicadores propostos, e à prestação de contas relacionada a movimentações financeiras públicas, dentre outras.

Daí deriva a oportunização de mecanismos de controle social essenciais à gestão democrática dos bens e serviços públicos e aptos a gerar um acompanhamento frequente da destinação dos recursos governamentais. A operacionalização de tais mecanismos se deve a duas formas de transparência, que englobam tanto o atendimento das demandas formuladas pela população (transparência passiva do órgão público) quanto o dever de o Estado disponibilizar informações de interesse social (transparência ativa).<sup>89</sup>

Os Portais da Transparência comumente são referidos como exemplos típicos da concretização da transparência ativa, enquanto que a transparência passiva consiste na concretização do requisito democrático da responsividade, conforme apontado

---

<sup>36</sup> “A primeira nação no mundo a desenvolver um marco legal sobre acesso foi a Suécia, em 1766. Já os Estados Unidos aprovaram sua Lei de Liberdade de Informação, conhecida como FOIA (*Freedom of Information Act*), em 1966, que recebeu, desde então, diferentes emendas visando a sua adequação à passagem do tempo. Na América Latina, a Colômbia foi pioneira ao estabelecer, em 1888, um Código que franqueou o acesso a documentos de Governo. Já a legislação do México, de 2002, é considerada uma referência, tendo previsto a instauração de sistemas rápidos de acesso, a serem supervisionados por órgão independente. Chile e Uruguai, entre outros, também aprovaram leis de acesso à informação”. (CGU, 2011, p. 8).

anteriormente. Neste último caso, caberá à Administração Pública a divulgação de informações requeridas pela sociedade, observados os trâmites formais previstos na Lei (artigos 10 a 13). Importante referir que, em caso de negativa de acesso à informação requerida, terá o pleiteante direito a obter, por certidão ou cópia, o inteiro teor da decisão denegatória (artigo 13).

O Art. 23 da Lei, por sua vez, dispõe acerca das informações passíveis de controle quanto à publicidade, segundo os níveis de classificação estabelecidos pela norma (assim, às normas ultrassecretas será conferido um prazo máximo de restrição de acesso correspondente a 25 (vinte e cinco) anos; às informações secretas, o prazo aplicável será de 15 (quinze) anos; e a limitação à acessibilidade pública de uma informação reservada não poderá exceder 5 (cinco) anos). Basicamente, tal classificação visa conciliar o direito individual de acesso à informação e o imperativo de defesa da ordem pública.

As modificações efetivamente verificadas desde o início da vigência da referida norma têm fomentado o desenvolvimento de investigações sob distintos enfoques. Sob a perspectiva do presente texto, importa referir alguns estudos já publicados dedicados a averiguar se há efetivo cumprimento das diretrizes estabelecidas pela Lei de Acesso à Informação pelos órgãos públicos por intermédio da análise de seus sítios eletrônicos. Obviamente, trata-se de explanar alguns dentre inúmeros exemplos que poderiam ser mencionados, em face ao considerável volume de estudos já produzidos acerca do tema.

Hoch e Silva,<sup>37</sup> por exemplo, analisaram, no mês de julho de 2012, os sítios eletrônicos dos Ministérios que integram o Poder Executivo federal e da Controladoria-Geral da União, órgão encarregado de fiscalizar tal Poder; analisaram ainda os portais do Congresso Nacional e dos Tribunais Superiores. O objetivo das autoras foi averiguar se tais órgãos dispunham, à época, de indicações ou ferramentas relacionadas à Lei de Acesso à Informação Pública, avaliando a estrutura de tal serviço, acaso existente.<sup>38</sup>

No tocante à complexa questão acerca da divulgação da remuneração dos agentes públicos, espécie do gênero “repasso de verbas públicas”, nos sítios eletrônicos das entidades às quais se vinculam,<sup>39</sup> os mesmos autores consideram que as polêmicas

---

<sup>37</sup> Hoch, Patrícia Adriani; Lucas Martins Rigui; Rosane Leal da Silva, “Desafios à concretização da transparência ativa na internet, à luz da lei de acesso à informação pública: análise dos portais dos Tribunais Regionais Federais”, in *REDESG/Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global* (ISSN 2316-3054), v. 1, n. 2, jul.dez/2012, pp. 257-286, disponível em <www.ufsm.br/redesg>.

<sup>38</sup> À época, somente o sítio eletrônico do Superior Tribunal Militar não fazia referência à Lei de Acesso à informação. As autoras apresentaram, ainda, algumas propostas relacionadas à padronização dos sítios eletrônicos quanto à acessibilidade das informações e à otimização dos serviços oferecidos.

<sup>39</sup> Embora a LAI não disponha expressamente acerca da obrigatoriedade de divulgação de tais informações, o Decreto n. 7724/2012, que a regulamenta no âmbito do Executivo Federal, prevê em seu art. artigo 7º, § 3º, VI que a informação precisa acerca do valor dos vencimentos



decorrem da tensão entre o princípio da publicidade e o princípio da intimidade. Há dissensos jurisprudenciais acerca do tema, especialmente através da interpretação do Supremo Tribunal Federal, de que os preceitos do Governo Eletrônico devem aplicar-se indistintamente a todos os âmbitos de Poder do Estado.<sup>40</sup>

Por fim, quanto à adoção de tais parâmetros informativos pelo Poder Judiciário, e especificamente pelos Tribunais Regionais Federais (TRF's), a partir da análise de seus respectivos sítios eletrônicos, em novembro de 2012, Hoch, Rigui e Silva<sup>41</sup> constataram que nenhum dos 5 TRF's cumpria integralmente os “deveres informacionais mínimos insculpidos no art. 8º, §1º da Lei nº 12.527/11 e os requisitos de publicação previstos nos incisos I, VI e VII, do §3º do mesmo dispositivo legal”. Os autores constataram a inexistência de padronização na disponibilização das informações, falhas significativas quanto aos deveres de transparência ativa e passiva, além de diversos problemas quanto à usabilidade e à interoperabilidade dos referidos Portais.

Em face de tais constatações, reitera-se o significativo avanço normativo representado pela regulamentação brasileira do direito de acesso à informação pública, por intermédio da Lei nº 12.527/11. No entanto, a efetivação do referido diploma legal resta por consolidar, não só através de uma progressiva superação da cultura do segredo estatal que permeia o imaginário social, mas principalmente em decorrência de uma necessária obediência do Estado brasileiro aos respectivos dispositivos nela previstos, de modo a fortalecer a democracia por intermédio da ampliação de acesso aos dados inerentes à gestão pública.

#### 4. Considerações finais

Na introdução deste texto se propôs analisar quais seriam as relações contemporâneas entre a utilização progressiva das tecnologias de informação e de comunicação (TICs) e o incremento das experiências democráticas. Neste contexto, afigurou-se necessário estabelecer algumas premissas conceituais atinentes às transformações que a sociedade vem sofrendo em decorrência das crises estruturais verificadas nas mais diversas dimensões políticas.

---

dos agentes públicos deve ser disponibilizada, nominalmente, em seção específica dos respectivos sítios eletrônicos das entidades às quais aqueles se subordinam.

<sup>40</sup> Paloma Maria Santos, Mariele Berger Bernardes, Aires José Rover, *Teoria e prática de governo aberto: lei de acesso à informação nos executivos municipais da região sul*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2012, p. 24

<sup>41</sup> Patrícia Adriani Hoch, Lucas Martins Rigui, Rosane Leal da Silva, “Desafios à concretização da transparência ativa na internet, à luz da lei de acesso à informação pública: análise dos portais dos Tribunais Regionais Federais”, in *REDESG/Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global* (ISSN 2316-3054), v. 1, n. 2, jul.dez/2012, pp. 257-286, disponível em <www.ufsm.br/redesg>.

Neste cenário, a disseminação do uso das TICs representou uma verdadeira revolução que não se restringiu às esferas da economia, da cultura, do trabalho e do lazer, mas que vem influenciando, acentuadamente, no campo da política. Do local ao global, da informalidade à dimensão institucional, do individual ao coletivo, as TICs emergem inegavelmente como poderosas ferramentas que, a depender de seu uso, são capazes de potencializar tanto o autoritarismo quanto a democracia.

Quanto a esta última, baldadas as críticas daqueles que tendem a encará-la sob a perspectiva de que consistiria em uma imposição ocidental às civilizações dominadas, parece haver um progressivo consenso quanto à necessidade de fortalecer seus alicerces e consolidá-la como uma conquista política. Portanto, buscou-se traçar ao longo do texto um panorama teórico-analítico preliminar acerca de experiências relacionadas às transformações referidas.

Vislumbrou-se que o entusiasmo que permeia as concepções otimistas acerca da sociedade em rede é contraposto por vários pensadores que vislumbram uma tendência à atomização da sociedade, centrada nos indivíduos. Para eles, tal fenômeno tenderia a retrair a esfera pública e causaria incontáveis prejuízos à democracia.

Por outro lado, ressaltou-se que a sociedade tem demandado a ampliação do acesso às informações relacionadas ao funcionamento do Estado. Evidencia-se o imperativo de prestação de contas através das TICs, que permite aos cidadãos acompanhar diretamente e fiscalizar a gestão dos recursos públicos. Foram apontados, ao longo do texto, os requisitos mencionados pela doutrina especializada para a formulação democrática das políticas relacionadas ao chamado Governo Eletrônico.

Um dos instrumentos normativos para tanto foi editado em 2011, e consiste na Lei nº 12.527 (Lei de Acesso à Informação), que trouxe importantes previsões atinentes à interface digital do Estado. Iniciativa recente e saudada como poderosa ferramenta de controle social, sua efetivação, no entanto, resta por consolidar. Para tanto, vislumbrou-se a necessidade não só de combater a cultura do segredo estatal que permeia o imaginário social, mas também de demandar o necessário cumprimento, pelo Estado brasileiro, dos dispositivos nela previstos, de modo a fortalecer a democracia e ampliar o acesso aos dados inerentes à gestão pública.

A exploração crítica do cenário acima delineado permitiu, portanto, traçar um percurso reflexivo acerca da relação entre a utilização das tecnologias da informação e da comunicação (TICs) e o incremento da democracia, tanto sob a perspectiva não institucionalizada (ciberativismo e movimentos sociais em rede) quanto sob o enfoque da política institucional centrada no papel do Estado.

## Referências

- AMADEU DA SILVEIRA, Sérgio, “Ambivalências, liberdade e controle dos ciberviventes”, in *Cidadania e redes digitais (Citizenship and digital networks)*, São Paulo, Comitê Gestor da Internet no Brasil: Maracá – Educação e Tecnologias, 2010, <<http://www.cidadaniaeredesdigitais.com.br/files/livro.pdf>>

- ARENDRT, Hannah, *A condição humana*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2007, 10ª ed.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 2012, 29 ed.
- BARBOSA, Alexandre F., (coordenação executiva e editorial/*executive and editorial coordination*). “Pesquisa sobre o uso das tecnologias da informação e da comunicação no Brasil: TIC governo eletrônico - 2010 = *Survey on the use of information and communication technologies in Brazil: ICT electronic government*”, Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2010, <<http://op.ceptro.br/cgi-bin/cetic/tic-governo-2010.pdf>>
- BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988, Brasília, Senado Federal, 1988, <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Último acesso em 11 set. 2014.
- BRASIL, LEI Nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 50, no inciso II do § 30 do art. 37 e no § 20 do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências, <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm)>. Último acesso em 11 set. 2014.
- BRASIL, MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO, Proposta de política de governo eletrônico para o Poder Executivo federal, Brasília, DF, 2000, <[http://www.governoeletronico.gov.br/anexos/E15\\_90proposta\\_de\\_politica\\_de\\_governo\\_eletronico.pdf](http://www.governoeletronico.gov.br/anexos/E15_90proposta_de_politica_de_governo_eletronico.pdf)>
- BRASIL, PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, Decreto n.7224 de 16 de maio de 2012, Regulamenta a Lei no 12.527, de 18 de novembro de 2011, que dispõe sobre o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do caput do art. 50, no inciso II do § 30 do art. 37 e no § 20 do art. 216 da Constituição. (2012a), <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/Decreto/D7724.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/Decreto/D7724.htm)>. Último acesso em 11 set. 2014.
- BOBBIO, Norberto, *Dicionário de política*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1998, 11ª ed.
- BONAVIDES, Paulo, *Do Estado liberal ao Estado social*, São Paulo, Malheiros, 2007, 8. ed.
- CASTELLS, Manuel, *Redes de indignación y esperanza. Los movimientos sociales en la era de internet*, Madri, Alianza Editorial, 2012.
- CGU – Controladoria-Geral da União, *Acesso à informação pública: uma introdução à lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*, Brasília, Imprensa Nacional, 2011, <http://www.cgu.gov.br>.
- EAVES, David, *The Three Laws of Open Government Data*, 2009, <http://eaves.ca/2009/09/30/three-law-of-open-government-data>.
- FERREIRA, Gil Baptista, “Espaços discursivos on-line e democracia deliberativa: promessas e limites”, in Isabel Salema MORGADO e António ROSAS (orgs.), *Ci-*

- dadania digital*, Lisboa, LabCom Books, 2010, <[http://www.livroslabcom.ubi.pt/pdfs/20101103-morgado\\_rosas\\_cidadania\\_2010.pdf](http://www.livroslabcom.ubi.pt/pdfs/20101103-morgado_rosas_cidadania_2010.pdf)>
- GALINDO, Fernando; FRANCISCO JAVIER GARCÍA MARCO; PILAR LASALA CALLEJA, *Electronic government*, Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2009.
- GOHN, Maria da Glória, *Teorias dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos*, São Paulo: Edições Loyola, 2011, 9 ed.
- HOCH, Patrícia Adriani; LUCAS MARTINS RIGUI; ROSANE LEAL DA SILVA, “Desafios à concretização da transparência ativa na internet, à luz da lei de acesso à informação pública: análise dos portais dos Tribunais Regionais Federais”, in *REDESG/ Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global* (ISSN 2316-3054), <[www.ufsm.br/redesg](http://www.ufsm.br/redesg)> v. 1, n. 2, jul.dez/2012, pp. 257-286
- HÖFFE, Otfried, *A democracia no mundo de hoje*, São Paulo, Martins Fontes, 2005.
- KATZ, Elihu, “Os meios de comunicação”, in Robert DARTON e Olivier DUHAMEL (orgs.), *Democracia*, Rio de Janeiro, Record, 2001.
- LÉVY, Pierre, *Cibercultura*, São Paulo, Editora 31, 1999.
- \_\_\_\_\_, *Ciberdemocracia*, Lisboa, Instituto Piaget, 2003.
- NEVES, Bárbara Barbosa, “Cidadania Digital? Das cidades digitais a Barack Obama. Uma abordagem crítica”, in Isabel Salema MORGADO e António ROSAS (orgs.), *Cidadania digital*, Lisboa, LabCom Books, 2010. pp. 143-188.
- OST, François, Júpiter, Hércules, *Hermes: Tres modelos de juez y de derecho*, Alicante, Doxa, 1993.
- PIANA, Ricardo Sebastián, *Gobierno electrónico: gobierno, tecnología y reformas*, La Plata, Univ. Nacional de La Plata, 2007.
- PEREIRA DA SILVA, Sivaldo, “Exigências democráticas e dimensões analíticas para a interface digital do Estado”, in ROUSILEY CELI Moreira Maia, Wilson GOMES e Francisco Paulo Jamil ALMEIDA MARQUES (Orgs.), *Internet e participação política no Brasil*, Porto Alegre, Sulina, 2011. pp. 123-146.
- ROVER, Aires, “A democracia digital possível”, in *Revista Seqüência*, nº 52, p. 85-104, jul. 2006, <<http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15202/13827>>. Último acesso em 11 set. 2014.
- SANTOS, Paloma Maria; MARCIELE BERGER BERNARDES; AÍRES JOSÉ ROVER, *Teoria e prática de governo aberto: lei de acesso à informação nos executivos municipais da região sul*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2012.
- \_\_\_\_\_, “Lei de acesso a informação e o debate acerca da divulgação de dados remuneratórios de servidores públicos”, in *Democracia Digital e Governo Eletrônico*, (ISSN 2175-9391), nº 8, p. 281-312, 2013. <<http://buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/observatoriodoegov/article/view/34241/33134>>.
- SILVA, Daniela B., *Transparência na Esfera Pública Interconectada*, Dissertação, Programa de Mestrado em Comunicação da Faculdade Cásper Líbero, São Paulo, fevereiro de 2010.
- \_\_\_\_\_, “Transparência na esfera pública interconectada e dados governamentais abertos”, in Sérgio Amadeu da Silveira, *Cidadania e redes digitais (Citizenship*

- and digital networks*), Comitê Gestor da Internet no Brasil: Maracá – Educação e Tecnologias, São Paulo, 2010, <[http://www.cidadaniaeredesdigitais.com.br/\\_files/livro.pdf](http://www.cidadaniaeredesdigitais.com.br/_files/livro.pdf)>
- SILVA, Rosane Leal da; Patrícia ADRIANI HOCH, “A Lei de Acesso à informação e a contribuição dos sites públicos na promoção da transparência”, in *XXI Congresso Nacional do Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, Anais*, Florianópolis, 2012, <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ec7f346604f51890>>
- SILVA, ROSANE LEAL da; Patrícia ADRIANI HOCH; Lahis PASQUALI KURTZ, “Governo eletrônico, cidadania virtual e proteção de dados pessoais: desafios ao Estado brasileiro”, in *VIII Seminário Internacional de demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea, 2011, Santa Cruz do Sul, Anais*, Santa Cruz do Sul, EDUNISC, 2011.
- SUPIOT, Alain, *Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito*, São Paulo, WMF Martins Fontes, 2007.
- VENTURA, Deisy, “Hiatos da transnacionalização na nova gramática do direito em rede: um esboço de conjugação entre estatalismo e cosmopolitismo”, in Lenio Luiz STRECK e José Luis BOLZAN DE MORAIS, Ovídio ARAÚJO BAPTISTA DA SILVA *et al.*, *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*, programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS, mestrado e doutorado, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2008, pp. 223-240.
- VIRILIO, Paul, “Da política do pior ao melhor das utopias e à globalização do terror”, Entrevista, in *Revista FAMECOS*, Porto Alegre, nº 16, dezembro 2001, <<http://www.revistas.univerciencia.org/index.php/famecos/article/view/264/198>>
- W3C BRASIL, “Manual dos dados abertos”, governo, traduzido e adaptado de [opendatamanual.org](http://opendatamanual.org), cooperação técnica científica entre Laboratório Brasileiro de Cultura Digital e o Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR (NIC.br), Comitê Gestor da Internet no Brasil, São Paulo, 2011, <[http://www.w3c.br/pub/Materiais/PublicacoesW3C/Manual\\_Dados\\_Abertos\\_WEB.pdf](http://www.w3c.br/pub/Materiais/PublicacoesW3C/Manual_Dados_Abertos_WEB.pdf)> W3C Brasil, “Melhorando o acesso ao governo com o melhor uso da *web*”, Comitê Gestor da Internet no Brasil, São Paulo, 2009, <<http://www.w3c.br/divulgacao/pdf/gov-web.pdf>>

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

**Marcela Dubón\*** (Guatemala)  
**Byron Escobedo\*\*** (Guatemala)

## **“En estas condiciones, no queremos elecciones”. Demandas ciudadanas ante el proceso electoral vigente en Guatemala\*\*\***

### **RESUMEN**

La democracia guatemalteca es un concepto en construcción, las luces de la primavera democrática se oscurecieron por más de 36 años, y luego de casi 30 de vida democrática contemporánea surge una movilización social que denuncia a las autoridades políticas por hechos de corrupción. La participación de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG) es uno de los factores determinantes. Las renuncias de los actuales gobernantes han sido como lluvia en las calles de la ciudad capital. La Constitución vigente se encuentra en discusión, así como la Ley Electoral y de Partidos Políticos. La construcción de ciudadanía ha tomado un curso distinto a partir del 25 de abril de 2015. En mayo se convocó a elecciones generales, y el pueblo de Guatemala tiene diversas posturas ante esta convocatoria. Todo lo acontecido y la respuesta ciudadana denotan un quiebre en el sistema político y prometen un cambio en la forma de ejercer ciudadanía en Guatemala.

**Palabras clave:** Guatemala, crisis política, democracia, elecciones.

---

\* Abogada y notaria, Universidad de San Carlos de Guatemala; postítulo en Estrategias Jurídicas de Incidencia para los Derechos Humanos de Mujeres, Universidad de Chile; estudiante de Maestría en Derecho Constitucional, Universidad de San Carlos. marceladubon@gmail.com.

\*\* Abogado y notario, Universidad de San Carlos de Guatemala; docente universitario de Derecho Internacional; diplomático; estudiante de Maestría en Derecho Constitucional, Universidad de San Carlos. byrescobedo@yahoo.com.

\*\*\* Este artículo fue escrito en medio de una vorágine de acontecimientos políticos. No se presentan conclusiones a priori, únicamente las percepciones de dos ciudadanos que ven y estudian lo que sucede en su país con un lente jurídico-político. Agradecemos al pueblo de Guatemala por ser protagonista de tan emblemática lucha, que avizora cambios y llena de energía el espíritu ciudadano.

## ZUSAMMENFASSUNG

Die Demokratie in Guatemala ist ein Konzept, dessen Aufbau noch nicht abgeschlossen ist. Über 36 Jahre lang lagen dunkle Wolken über dem demokratischen Aufbruch. 30 Jahre nach der Rückkehr zur heutigen demokratischen Ordnung entsteht nun eine neue soziale Bewegung, die Korruptionsvorwürfe gegen die politische Führung erhebt. Die Internationale Kommission gegen die Straflosigkeit in Guatemala (CICIG) hat dazu entscheidend beigetragen. Die Rücktritte der Amtsinhaber wurden auf den Straßen der Hauptstadt mit Freude aufgenommen. Über die derzeitige Verfassung, das Wahl- und Parteiengesetz wird momentan diskutiert. Am 25. April 2015 hat die Konstruktion einer Gesellschaft mündiger Bürger einen neuen Weg eingeschlagen. Im Mai erfolgte die Ankündigung der geplanten Wahlen, denen gegenüber die Bevölkerung Guatemalas geteilter Meinung ist. Die Ereignisse sowie die Reaktionen der Bürgerinnen und Bürger darauf lassen auf einen Bruch im politischen System schließen und kündigen eine neue Form der Ausübung der Bürgerbeteiligung in Guatemala an.

**Schlagwörter:** Guatemala; politische Krise; Demokratie; Wahlen.

## ABSTRACT

Guatemalan democracy is a concept under construction, since the light of democracy went out for over 36 years and after almost 30 years of contemporary democratic life, social movements are at present accusing political authorities of corruption. One of the decisive factors is the participation of the International Commission Against Impunity in Guatemala (CICIG). Government official resignations have rained on the capital city. The Constitution currently in force is under debate, as is the Law on Elections and Political Parties. The construction of citizenship has taken a new path since 25 April 2015. In May there was a call for elections and the people of Guatemala have mixed feelings about this announcement. These events and citizen response show a breakdown of the political system and open the door to a new way of exercising democracy in Guatemala.

**Keywords:** Guatemala, political crisis, democracy, elections.

## Introducción

La afirmación y la negación son dos formas de manifestar la voluntad humana. Cada vez que asentimos con una mirada o con un movimiento vertical de cabeza estamos diciendo sí a lo que se nos pregunta; mientras que cuando miramos con el ceño fruncido o movemos la cabeza en forma horizontal, es clara nuestra negativa ante lo que estamos viviendo. Así, pero no de manera tan simple, es como los actores sociales expresan dentro del espacio político su voluntad, tanto de aceptación como de rechazo ante lo que sucede.

Las sociedades contemporáneas se han caracterizado por el constante movimiento, la participación de sus miembros, la indignación, la protesta y por la inquietud de transformar las relaciones sociales y de poder. Si no en la mayoría de casos, bien podemos encontrar ejemplos vivos en la palestra política de los últimos años en los países latinoamericanos.

A continuación se expone cómo en menos de tres meses, en la sociedad guatemalteca se ha generado un movimiento social en el que participan viejos y nuevos actores. Debe acotarse que por casi tres décadas, como consecuencia de la represión institucional heredada de la guerra civil, buena parte de la sociedad se mantuvo en una actitud de indiferencia y miedo que le impedía participar.

Este movimiento social llega producto del hastío provocado por una serie de acciones criminales realizadas por las autoridades políticas más importantes del país. Estas, en períodos anteriores, habían sentido el amparo que les brindaba un ordenamiento jurídico constitucional que si bien presume de ser moderno, requiere una revisión profunda para considerarse legítimo.

Cómo se terminarán las líneas de este artículo es aún un misterio sobre el cual pueden hacerse predicciones, pero sólo el acontecer social, político, económico y, sobre todo, electoral podrán ir dando pistas y generando la ruta de cómo culminará la más fuerte crisis política guatemalteca de los últimos 30 años.

## 1. Democracia guatemalteca

La democracia es definida por la Real Academia Española como la “doctrina política favorable a la intervención del pueblo en el gobierno. [...]. Predominio del pueblo en el gobierno político de un Estado”.<sup>1</sup> Lo anterior nos obliga a analizar el gobierno y el poder de un Estado, tomando como punto de partida la forma en que el pueblo se involucra en dicho gobierno. El análisis del poder en sí mismo no puede prescindir de la participación de quienes delegan su voluntad en un ente soberano<sup>2</sup> y posteriormente deben seguir sus órdenes.

A la Guatemala del siglo XXI, que es la que actualmente habitamos, le precede una historia rica en matices, conflictos y transiciones, algunos breves otros más

---

<sup>1</sup> Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, 23ª ed., Madrid, RAE, 2014. Disponible en: <http://lema.rae.es/drae/srv/search?key>.

<sup>2</sup> Compartimos la acepción de soberanía de Gabriel Murillo en el diccionario de CAPEL: “El concepto de soberanía se refiere al uso del poder de mando o del control político que se ejerce en distintas formas de asociación humana y que implica la existencia de algún tipo de gobierno independiente que se apoya en la racionalización jurídica del poder. La soberanía incorpora la noción de legitimidad en oposición al uso arbitrario del poder por parte de los actores que se amparan en la fuerza y en la coerción para imponerse sobre los demás. Implica entonces la transformación de la fuerza en poder legítimo. El paso del poder de hecho al poder de derecho” (Disponible en: <https://www.iidh.ed.cr/capel/>).



extensos. Esta historia es digna de ser contada, por lo menos en algunas líneas de resumen técnico.

Luego de que Centroamérica se independizara de España en 1821, Guatemala perteneció a la Federación de Provincias Unidas de Centroamérica por más de 15 años. Sin embargo, la Federación nunca se consolidó, lo que derivó en luchas fratricidas con las demás provincias, mismas que se consumaron con la creación de la República, el 21 de marzo de 1847, durante el gobierno del conservador Rafael Carrera. En esa fecha fue emitido el Decreto 15 "Acta Constitutiva de la República de Guatemala",<sup>3</sup> dando así nacimiento a lo que hoy conocemos como República de Guatemala.

La lucha entre liberales y conservadores fue el escenario de los primeros años de vida republicana. Iniciaba una etapa histórica dominada por una clase política bajo el control de la oligarquía terrateniente de origen español, cuyo objetivo principal fue orientar el ejercicio del poder a la exportación de productos tradicionales hacia Estados Unidos, México y Europa.

Rafael Carrera gobernó hasta su muerte, sucediéndole una lista de presidentes conservadores hasta 1871, año en el que, mediante una lucha revolucionaria, llegó al poder el liberal general Justo Rufino Barrios, llamado "El Reformador". Durante sus años de gobierno, los liberales afirman en los medios de opinión que "se ha conseguido la paz de la república"<sup>4</sup> y con esto motivan la convocatoria de una asamblea constituyente.<sup>5</sup>

Sin embargo, a pesar de los intentos de algunos políticos por reformar el país, no se logró el resultado esperado. Luego de luchas políticas y diversos conflictos entre conservadores y liberales, llegó al poder, dos décadas después, Manuel Estrada Cabrera, abogado y político, que asumió la presidencia en 1898 y la detentó hasta 1920, protagonizando 22 años de oscura dictadura en Guatemala. Su caída precipitó un período de poca estabilidad, con frecuentes intentos de golpe de Estado.

En 1930 llegó a la presidencia el general Jorge Ubico, militar y político que "mantuvo su mandato por medio de un régimen totalitario".<sup>6</sup> Estuvo en el poder durante 14 años. Su gobierno dictatorial enfrentó en los últimos años serias luchas revolucionarias, las que se concretizaron en la Revolución del 20 de octubre de 1944. Tal como lo asevera Augusto Cazali Ávila, la Revolución de octubre "significó en la historia contemporánea de Guatemala, *el derrumbe definitivo del modelo político creado a raíz del triunfo de la llamada Revolución Liberal de 1871, y que en consecuencia perduró*

---

<sup>3</sup> Jorge Mario García Laguardia, *Breve historia constitucional de Guatemala*, 2ª ed., Ciudad de Guatemala, Editorial Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2015 [2000].

<sup>4</sup> Ramón Sosa, "Política centroamericana", *El Centroamericano*, año I, Serie 14, núm. 2, 22 de noviembre de 1871. Hemeroteca. A.G. de C.A. citado por Jorge Mario García Laguardia, *La reforma liberal en Guatemala*, 3ª ed., Ciudad de Guatemala, Tipografía Nacional, 2011.

<sup>5</sup> García Laguardia, *ibid.*

<sup>6</sup> Efraín de los Ríos, *Ombres contra hombres*, México, D. F., Fondo de la Cultura de la Universidad de México, 1948.

*por espacio de 76 años*”.<sup>7</sup> A partir de este hecho histórico, Guatemala vivió una nueva etapa, en donde se abolió la esclavitud y apareció el Código de Trabajo, se propició el fortalecimiento de la seguridad social y la institucionalidad de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Por primera vez, con la llegada de Juan José Arévalo Bermejo y posteriormente del coronel Jacobo Árbenz Guzmán, durante 10 años, el país vivió una etapa dorada de conquistas sociales, época a la que se le llamó “la primavera democrática”, floreciendo así partidos políticos de corrientes de pensamiento conservador, de centro y comunista.

Jacobo Árbenz Guzmán se atrevió a promulgar el Decreto 900 que contenía la reforma agraria, hecho que incomodó a los terratenientes y oligarcas guatemaltecos, quienes desde la llegada de los españoles obtuvieron la tierra a través de la repartición y la encomienda, sustentada en la explotación del campesino y la marginación de los pueblos indígenas del desarrollo social y de la participación política. Esta reforma agraria alcanzó a despojar las tierras de la United Fruit Company, propiedad de un hermano del secretario de Estado John Foster Dulles, quien ordenó junto al embajador Peurifoy de los Estados Unidos de América el golpe de Estado contra el presidente Árbenz Guzmán en 1954 y la intervención militar en Guatemala.

En el contexto de la Guerra Fría, los Estados Unidos de América iniciaron en el país la derrota del comunismo, la que se extendió por la región latinoamericana y del Caribe, creando las condiciones de conflictos armados internos; en el caso particular de Guatemala, el conflicto se extendió por 36 años hasta la firma de los *Acuerdos de Paz Firme y Duradera* en 1996, causando durante esta confrontación entre hermanos la cauda de más de 200 mil víctimas de desaparición forzosa y delitos de lesa humanidad.

En el transcurso de este conflicto armado interno accedieron al poder, bajo la tutela del sector privado y del Gobierno de Estados Unidos de América, regímenes militares, hasta que en el año de 1985 se realizaron las primeras elecciones libres para la promulgación de la Constitución Política de la República y otras leyes de protección constitucional, vigentes hasta la fecha. En 1986, por primera vez, después muchos años de dictadura, fue electo democráticamente Vinicio Cerezo Arévalo, de trayectoria demócratacristiana, y a partir de ello se han realizado elecciones abiertas para elegir a las autoridades de los poderes de Estado.

Sin embargo, luego de 30 años de vida democrática, resulta necesario hacer un alto en el camino de dura reflexión para afianzar el Estado de derecho, el respeto a los derechos humanos y la transformación de las instituciones democráticas, probablemente reformando las leyes ordinarias y constitucionales del país.

---

<sup>7</sup> Augusto Cazali Ávila, *Historia política de Guatemala: siglo XX*, vol. I, Ciudad de Guatemala, Editorial Centro de Estudios Urbanos y Regionales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 2014.

## 2. Constitución política vigente

En el año de 1985 se convocó a la elección de diputados para la aprobación de una Asamblea Nacional Constituyente, ente colegiado que en el marco democrático de manera excepcional elaboró la Carta Magna, en donde se resaltaron los derechos humanos como pilares fundamentales del sistema democrático existente.

La Constitución Política de la República de Guatemala promulgada, se basa en la doctrina socialcristiana, porque la mayoría de sus constituyentes procedían del partido político Democracia Cristiana Guatemalteca en el año de 1985; así mismo, resultaron elegidos constituyentes de centro derecha como segunda fuerza y los liberales en menor proporción.

El preámbulo constitucional inicia de la manera siguiente:

INVOCANDO EL NOMBRE DIOS, nosotros, los representantes del pueblo de Guatemala, electos libre y democráticamente reunidos en Asamblea Nacional Constituyente, con el fin de organizar jurídica y políticamente al Estado, afirmando 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; inspirados en los ideales de nuestros antepasados y recogiendo nuestras tradiciones y herencia cultural.<sup>8</sup>

Al hacer el análisis filosófico de la doctrina jurídica establecida en la Constitución Política de la República, se da paso a la apertura de la diversidad ideológica en el marco legal, apareciendo por primera vez la proscripción a los partidos políticos de izquierda, duramente perseguidos en el contexto de la Guerra Fría, para la construcción de una democracia representativa basada en los principios del bien común, la justicia social, la equidad, subsidiariedad del Estado, solidaridad internacional, etc., enmarcados en las Encíclicas Papales de la Doctrina Social de la Iglesia, de gran trascendencia y apertura del catolicismo en el siglo XX.

La Constitución Política de Guatemala, desde el artículo 1 al 139 constituye la parte dogmática, en la que se instauran los principios, creencias, derechos humanos individuales y sociales, para la protección del pueblo frente al poder público. En cuanto a la parte orgánica, se encuentra contenida en los artículos 140 al 262, determinando la organización del Estado guatemalteco en sus estructuras jurídico-políticas y las limitaciones del poder público frente a la persona. Por último, se encuentra la parte práctica, contenida en los artículos 263 al 281, en donde se establecen las garantías

---

<sup>8</sup> Constitución Política de la República de Guatemala, Ciudad de Guatemala, 30 de mayo de 1985.

y los mecanismos para hacer valer los derechos establecidos en la Carta Magna y la defensa del orden constitucional.

Los hechos históricos señalados en el primer acápite llevaron al secuestro de las estructuras del Estado por parte de empresarios, políticos y el crimen organizado sustentado en el narcotráfico internacional. Esas circunstancias han hecho que el sistema democrático vigente sea débil, creando las condiciones de impunidad y el incremento de la violencia.

Los ciudadanos guatemaltecos poco saben de sus derechos y obligaciones enmarcados en la Constitución Política de la República y el ordenamiento jurídico, por los niveles bajos de educación; sin embargo, en la actualidad, luego de 30 años de convivencia democrática, se han fortalecido las organizaciones sociales, las que han aprendido a luchar por sus conquistas gremiales.

En la actualidad, universidades, académicos e intelectuales promueven la defensa de la Constitución y las garantías constitucionales, en las que el ser humano es la base primordial, potencializando a la sociedad civil y los partidos políticos en una cultura por auditar cada día más a las autoridades públicas.

Cabe resaltar que a pesar del gran esfuerzo histórico de los legisladores constituyentes, se crearon artículos pétreos imposibles de ser reformados por una nueva Asamblea Nacional Constituyente o por el Poder Preconstituyente; este último basa la aprobación de las reformas por las dos terceras partes de los diputados, conocida como mayoría calificada, las que posteriormente deben ser ratificadas por el pueblo mediante consulta popular, siempre y cuando estén enmarcadas en la no prohibición de reformas constitucionales.

### **3. La construcción de ciudadanía en Guatemala**

Tal como se ha desarrollado en los puntos anteriores, Guatemala tiene una historia de dictaduras, represión y transiciones políticas; y en su haber, únicamente 10 años de primavera democrática.

Los protagonistas de las primeras etapas de la república fueron en su mayoría hombres, blancos, miembros de la oligarquía guatemalteca. Durante la década de la revolución del 44 se propició la participación de otros sectores, como el estudiantil, gremial y de mujeres. Sin embargo, luego de la contrarrevolución e intervención del Gobierno de Estados Unidos en Guatemala (1954), la participación ciudadana mermó, pues la libertad de expresión y la participación política fueron vedadas por los regímenes militares. Los intentos de participación y de involucramiento en la transformación social fueron castigados con desaparición forzada, tortura y muerte.

A partir de la promulgación de la Constitución de 1985, los canales de participación ciudadana empezaron a abrirse y se comenzó a sentir la necesidad, en muchos sectores sociales, de involucrarse en la toma de decisiones políticas. Una característica importante de la Constitución vigente es que regula la posibilidad de que la

sociedad guatemalteca realice una auditoría social más determinada, sobre todo en la elección de algunos cargos públicos, como el de fiscal general, para el que se conforma una Comisión de Postulación;<sup>9</sup> así mismo, fortalece el gobierno municipal y regula garantías constitucionales como el amparo, la acción de inconstitucionalidad y la exhibición personal, herramientas que permiten el ejercicio de los derechos humanos y, sobre todo, de los derechos civiles y políticos que antes prácticamente no se encontraban garantizados.

Dos artículos constitucionales cobran relevancia cuando de participación ciudadana se habla: los artículos 135 y 136, que contienen los derechos y deberes cívicos y ciudadanos; entre ellos figuran los siguientes:

Como derechos y deberes cívicos:<sup>10</sup>

- a) Servir y defender a la Patria
- b) Cumplir y velar porque se cumpla la Constitución de la República
- c) Trabajar por el desarrollo cívico, cultural, moral, económico y social de los guatemaltecos
- d) Contribuir a los gastos públicos, en la forma prescrita por la ley
- e) Obedecer las leyes
- f) Guardar el debido respeto a las autoridades
- g) Prestar servicio militar y social, de acuerdo con la ley

Como derechos y deberes políticos:<sup>11</sup>

- a) Inscribirse en el Registro de Ciudadanos
- b) Elegir y ser electo
- c) Velar por la libertad y efectividad del sufragio y la pureza del proceso electoral
- d) Optar a cargos públicos
- e) Participar en actividades políticas
- f) Defender el principio de alternabilidad y no reelección en el ejercicio de la Presidencia de la República

Todos los derechos enunciados son importantes para el ejercicio de ciudadanía en Guatemala; sin embargo, no todos se garantizan. El que cobra mayor relevancia para el análisis que nos atañe en este artículo es el contenido en el literal e) "*participar en actividades políticas*", ya que durante los 36 años de guerra, esta acción era prácticamente castigada, pues no se encontraba regulado el derecho humano de reunión y manifestación ni el derecho a la libertad de emisión del pensamiento

<sup>9</sup> *Ibid.*, artículo 251.

<sup>10</sup> *Ibid.*, artículo 135.

<sup>11</sup> *Ibid.*, artículo 136.

como ahora, por lo cual el hecho de integrar un partido o una iniciativa política que no se adscribiera a la ideología dominante de aquel entonces era castigado con cárcel, desaparición forzada, tortura o ejecución.

Después de la firma de los Acuerdos de Paz en 1996 inició una reforma social que dentro de sus logros más importantes tiene la reforma al currículum nacional base del nivel primario, con el objeto de incluir nuevos contenidos más enfocados al ejercicio de una ciudadanía activa. Pero lamentablemente, a pesar de los cambios de currículum, la formación que se recibe de esta temática en los centros educativos sufre grandes precariedades, *la falta de formación apropiada del cuerpo docente, la poca supervisión pedagógica hacia su labor y las cortas jornadas académicas dificultan que los principios de la formación de ciudadanía puedan llegar a las niñas y a los niños*,<sup>12</sup> a quienes al crecer les corresponderá cumplir con los deberes cívicos y ciudadanos establecidos en los artículos 135 y 136 de la Constitución Política.

#### 4. El 25 de abril de 2015

En horas de la tarde del 16 de abril de 2015, en todos los telenoticiarios, en los periódicos vespertinos y en los noticieros radiales de Guatemala salió a la luz el resultado de una investigación<sup>13</sup> realizada por la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), en la que salía a relucir la presunta red de corrupción denominada “La Línea”, la cual había operado durante años en la Superintendencia de Administración Tributaria (SAT) y en las aduanas del país, siendo responsable de una defraudación de aproximadamente 1 mil millones de quetzales (USD 130 mil millones). Dicha red de corrupción era encabezada por el secretario privado de la vicepresidenta y conformada por las más altas autoridades de la Superintendencia de Administración Tributaria. Hubo con ello motivos suficientes para desconfiar de las acciones y dirección política que había dado la vicepresidenta en los últimos tres años de gobierno, pues su “mano derecha” estaba directamente vinculado con los hechos, y con una denuncia penal por los delitos de defraudación fiscal y asociación ilícita,<sup>14</sup> lo cual después dio vida a una orden de captura de carácter internacional, ya que permanece prófugo de la justicia. La directa participación del secretario privado de la vicepresidenta era indicador

---

<sup>12</sup> Marcela Dubón Quevedo, *Enseñanza sistemática de la Constitución Política de la República de Guatemala y de los derechos humanos en centros educativos del nivel primario*, Ciudad de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2012.

<sup>13</sup> La cual se había gestado desde hacía aproximadamente dos años, según declaraciones del fiscal a cargo, en el programa radial *Temas y Debates*, Radio Infinita, Guatemala, 17 de abril.

<sup>14</sup> Jessica García Kihn, “Guardián de día, ladrón de noche”, *Revista Contrapoder*, 29 de abril de 2015. Disponible en: <http://contrapoder.com.gt/2015/04/29/guardian-de-dia-ladron-de-noche/>.

suficiente para considerar la participación expresa o tácita de la vicemandataria en todos estos movimientos fraudulentos. Fue entonces cuando el sábado 25 de abril, tal como lo relata una de las revistas electrónicas más importantes del país:<sup>15</sup> "El descontento público llegó a las calles, unas 15 mil personas se manifestaron el sábado en la Plaza de la Constitución".

Y así, aunque los últimos 10 años han estado llenos de sucesos económicos y sociales que generalmente son engendrados por decisiones políticas autoritarias que afectan el bienestar de gran parte de la población, como por ejemplo, las licencias mineras que perjudican la vida y la salud de las personas que habitan las comunidades cercanas a las industrias extractivas o el asesinato de más de ocho personas que manifestaban contra el aumento del servicio de agua potable en el occidente del país, o la crisis del sistema hospitalario nacional que han sido la causa de la muerte de miles de ciudadanos y ciudadanas, no fueron estos motivos los que generaron una protesta social tan fuerte como la del 25 de abril.

La convocatoria a esta manifestación surgió de ocho personas indignadas que crearon un evento en la red social Facebook, así como el hashtag #Renuncia Ya. Y con ello dieron paso a la manifestación ciudadana más relevante de los últimos 25 años. Las peticiones en esta protesta ciudadana eran claras: "Renuncia de Otto Pérez Molina y Roxana Baldetti, y la devolución de los millones robados al erario".<sup>16</sup>

Como bien lo calificaron muchos columnistas del país, la convocatoria a esta manifestación ciudadana fue "una invitación sin afiliaciones partidarias ni ideológicas, sin un color predeterminado, sin camisas blancas, negras, rojas, azules, verdes: El color de la vestimenta no era relevante".<sup>17</sup> El resultado de esta pequeña convocatoria, vía las redes sociales, fue alrededor de 15 mil personas reunidas en la Plaza de la Constitución,<sup>18</sup> gritando y exigiendo con pancartas creativas la renuncia del binomio presidencial, pero sobre todo la renuncia de la vicepresidenta Roxana Baldetti.

La representación de diversos sectores de la sociedad, específicamente de la sociedad urbana, se hizo presente en esta manifestación: profesionales, estudiantes, comerciantes, religiosos, grupos laicos, grupos LGBT, niños, jóvenes, adultos. La sociedad en sí misma se dio cita aquella tarde de abril para manifestar su descontento e indignación, incorporándose con ello a las muchas manifestaciones populares a nivel continental que en las últimas décadas han tenido lugar tanto en América

---

<sup>15</sup> *Plaza Pública*, revista de la Universidad Rafael Landívar, que ha reunido a periodistas jóvenes, vigilantes de lo que sucede en la palestra política guatemalteca y en las esferas cotidianas de las ciudadanas y los ciudadanos guatemaltecos.

<sup>16</sup> Bill Barreto, "El clamor de una manifestación: #Renuncia Ya", *Plaza Pública*, 26 de abril de 2015. Disponible en: <http://www.plazapublica.com.gt/content/el-clamor-de-una-manifestacion-renunciaya>.

<sup>17</sup> *Idem*.

<sup>18</sup> Lugar donde se ha desarrollado la mayor parte de protestas sociales más importantes del país desde el siglo XX. Visita realizada el 28 de julio de 2015.

Latina como en países europeos, y conformando así una especie de movimiento de *Indignados* en Guatemala.

Las guatemaltecas y los guatemaltecos entendieron que solamente organizados y de forma cívica podrían hacerse escuchar nacional e internacionalmente, con el único objetivo de crear una ciudadanía guatemalteca auditora de las actuaciones de los políticos y funcionarios públicos.

La representación de las y los estudiantes de la única universidad pública del país fue descrita en el reportaje de *Plaza Pública* de la siguiente manera: “Una nutrida representación de estudiantes de la Universidad de San Carlos, entre cuyos conductores se encontraban miembros de la escuela de Ciencia Política, entró en orden a la plaza con sus consignas y batucadas”. Y fue motivo de mucha alegría y satisfacción para buena parte de la sociedad guatemalteca, pues desde hacía más de dos décadas (luego del asesinato de diez integrantes de la Asociación de Estudiantes Universitarios, AEU), no se había visto una manifestación espontánea tan concurrida de estudiantes guatemaltecos, y mucho menos reunidos estudiantes de la única universidad pública con estudiantes de las universidades privadas, que fue lo que también ocurrió.

La sociedad guatemalteca, por lo menos la urbana, empezó a ver entonces un cambio de paradigma. Un conglomerado social proveniente de las capas medias y grupos académicos, profesionales e intelectuales que denotaba un esfuerzo significativo por unificar sus demandas, por expresar el rechazo a las y los gobernantes y por construir una nueva patria, que hacía tanto no se exigía con aquel ahínco. A partir de ese 25 de abril, este conglomerado social se reunió sábado a sábado siempre en la Plaza de la Constitución para exigir la renuncia del presidente, de la vicepresidenta y de todos los funcionarios corruptos que dentro de la investigación de la CICIG aparecían como los posibles sujetos activos de delitos como fraude, cohecho, defraudación tributaria, entre otros.

La sociedad guatemalteca, o por lo menos una parte visible de ella, se encontró entonces en otro nivel de participación ciudadana, en uno de mayor presencia, en el que su voz se estaba haciendo escuchar y, con ello, el descontento general crecía. Se empezaba a convertir en una sociedad más democrática, como lo describe Luis Sáchica en la siguiente idea: “Se trata de un aprendizaje de la democracia, ejercitándola directamente; y ya, sin hacer al pueblo titular de responsabilidades, las de su propia vida colectiva, sin darle esa confianza y autoridad, es imposible convertirla en demócrata”.<sup>19</sup>

El 25 de abril representa un antes y un después en la vida social y política de Guatemala, representa el día en que una sociedad que había permanecido dormida

---

<sup>19</sup> Luis Carlos Sáchica, “Cómo se conservan y cómo se destruyen las constituciones”, en Luis Carlos Sáchica, *Constitucionalismo mestizo*, México, D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2002.



y que no había encontrado “motivos suficientes” para hacer escuchar su voz, salió a las calles exigiendo justicia y respeto a su dignidad como ciudadanía.

## 5. El 2 de mayo de 2015

La convocatoria a elecciones es “el acto jurídico por el que autoridad legítima llama a los ciudadanos para que concurran a elecciones, a ejercitar sus derechos de elegir y ser electo, dándose inicio con la misma al proceso electoral”.<sup>20</sup> Las características esenciales de la convocatoria son: que la haga autoridad legítima, que se haga con apego a la legislación vigente, que tenga efectos jurídicos *erga omnes* y, por último, que se le dé la debida publicidad.

Es así como, muy a pesar de la crisis política instalada luego de las investigaciones presentadas por la CICIG el 16 de abril y manifestada la exigencia social el 25 del mismo mes, al haber transcurrido tan sólo ocho días de esos acontecimientos, el Tribunal Supremo Electoral, cumpliendo con su obligación legal (contenida en los artículos 193 y 196 de la Ley Electoral y de Partidos Políticos<sup>21</sup>), emite el Decreto 1-2015, con el cual convoca a elecciones generales.

El 2 de mayo de 2015, el *Diario de Centroamérica* (Diario Oficial) publica de manera íntegra el Decreto 1-2015 que en su parte conducente literalmente reza:

PRIMERO: CONVOCATORIA. Se convoca a los ciudadanos de todos los distritos electorales de la República de Guatemala, a Elecciones Generales, que comprenden: la de Presidente y Vicepresidente de la República; Diputados al Congreso de la República por los sistemas de distritos electorales y lista nacional; corporaciones municipales del país integradas por alcaldes, síndicos y concejales, titulares y suplentes; y a elección de Diputados al Parlamento Centroamericano, titulares y suplentes. SEGUNDO: FECHA DE LAS ELECCIONES. Las Elecciones a que se refiere el artículo anterior se practicarán en un solo día, el domingo seis de septiembre de dos mil quince.

En este decreto se detallan las circunscripciones electorales municipales, así como la cantidad de funcionarios de gobierno locales que serán elegidos. También incluye el número de personas empadronadas al 31 de diciembre de 2014 en cada

---

<sup>20</sup> Gabriel Medrano, “Convocatoria a elecciones”, *Diccionario CAPEL*, 2000. Disponible en: <https://www.iidh.ed.cr/capel/>.

<sup>21</sup> “Artículo 193. El proceso electoral se inicia con la convocatoria a elecciones y termina al ser declarado su conclusión por el Tribunal Supremo Electoral. [...] Artículo 196. Corresponde al Tribunal Supremo Electoral convocar a elecciones. El decreto de convocatoria a elecciones generales y diputados al Parlamento centroamericano, se deberá dictar el día dos de mayo del año en el que se celebren dichas elecciones. Con base en la convocatoria las elecciones se efectuarán el primero o segundo domingo de septiembre del mismo año”.

municipio, lo cual sirvió de base para calcular el gasto máximo de campaña que cada agrupación política podrá hacer en cada división, a razón de USD 1 por votante. Este decreto determinó además el techo de inversión en labores proselitistas para un partido que tenga postulantes en todo el país, lo cual no podría ser mayor a Q 58.229.625,26, lo cual equivale a USD 7.661.792,8.

Es importante mencionar, al referirnos a la convocatoria a elecciones, que esta fue precedida por múltiples denuncias y procesos conocidos por el Tribunal Supremo Electoral referentes a “campaña anticipada”. Estas denuncias se hicieron escuchar tanto en los medios de comunicación como de voz a voz entre las ciudadanas y los ciudadanos.

Los postes pintados con colores de los partidos políticos, las múltiples vallas en las carreteras (tanto urbanas como rurales) y los anuncios por radio y televisión (que si bien aparentaban no hablar de un candidato o candidata, sí lo hacían tácitamente) se observaron casi desde un año antes del decreto de convocatoria. En el mes de junio de 2014 ya se podían ver todas estas modalidades de campaña electoral en el territorio guatemalteco.

Prácticamente la totalidad de partidos que evidencian mayor fuerza política emprendieron acciones de campaña anticipada y sólo en algunos casos fueron investigados y amonestados por el Tribunal Supremo Electoral. Incluso fue mencionado en una nota de prensa de fecha 7 de abril de 2015, que “las multas impuestas por el Tribunal Supremo Electoral (TSE), a los partidos políticos no ha sido disuasivo para que las organizaciones políticas continúen con sus campañas anticipadas pese a la prohibición para hacerlas”<sup>22</sup>

El Tribunal Supremo Electoral desde el año 2012 hasta abril de 2015 impuso 489 multas por incurrir en la promoción de los precandidatos presidenciales, por un monto de Q 1.322.400, amonestando con ello a un total de 19 partidos políticos, lo cual representaba el 68% de los partidos inscritos.<sup>23</sup>

Por toda esta situación de incumplimiento de la Ley Electoral y de Partidos Políticos, específicamente el plazo para la realización de la campaña electoral, el pleno de magistrados del TSE emitió el Acuerdo 117-2014 sobre la campaña electoral anticipada, “donde hace un llamado en general a los tres poderes del Estado, a los integrantes de las organizaciones políticas, a la sociedad civil y a los medios de comunicación, para realizar un esfuerzo por reencauzar la dinámica política y electoral hacia una senda que garantice el cumplimiento de la voluntad popular”<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> Edwin Pitán, “TSE ha multado a 19 partidos políticos por campaña anticipada”, *Prensa Libre*, 7 de abril de 2015. Disponible en: <http://www.prensalibre.com/guatemala/politica/tse-ha-multado-a-19-partidos-politicos-porcampa-anticipada>.

<sup>23</sup> *Idem*.

<sup>24</sup> Francisco Alonzo, “ Sanciones”, *La Tribuna Guatemala.com*, 28 de mayo de 2014. Disponible en: <http://www.latribunaguatemala.com.gt/tse-prohibe-realizar-campana-anticipada/>.

Dicho acuerdo, emitido por el Tribunal Supremo Electoral, tuvo múltiples reacciones; los partidos políticos cuestionaron su contenido aduciendo que era "poco claro" porque no determinaba las acciones precisas que representarían campaña anticipada y cómo estas se "diferenciaban" del proselitismo, mientras que la ciudadanía en general aplaudió la emisión de este acuerdo por parte de la autoridad electoral y la valoró como muestra de su compromiso con el cumplimiento de la ley y el sistema democrático.

Las manifestaciones masivas han logrado permear la conciencia ciudadana, creando las condiciones de auditoría social en los funcionarios del Estado guatemalteco, a través de las redes sociales y de los medios de comunicación social masivos.

Se observa un desencanto acelerado en movimientos sociales y en la población en general debido al alto abstencionismo y la indecisión de aproximadamente un 40% de los aptos para votar, constituido por jóvenes en un alto porcentaje, quienes no han decidido aún cuál sería la mejor opción para los próximos cuatro años.

El debate de una nueva ciudadanía apenas empieza, expertos en el tema electoral han opinado que será la primera vez que los guatemaltecos votarán con mayor reflexión, a pesar de que los partidos políticos son maquinarias electorales, que todavía no constituyen un vínculo entre la sociedad civil y las instituciones públicas de Estado.

## 6. Las renunciaciones y las denuncias

Renuncia es *dejar de hacer, representar, exigir o tener algo*.<sup>25</sup> Pero en términos políticos, estas palabras significan mucho más. Significan la aceptación de que algo salió mal, de que algo no resultó y que es responsabilidad propia.

El viernes 8 de mayo en horas de la tarde llegó la noticia que tanto se había esperado desde el 16 de abril: la vicepresidenta Roxana Baldetti presentó su renuncia a Otto Pérez Molina. Los motivos oficiales fueron, de acuerdo con las declaraciones del presidente: "[L]a renuncia de la vicepresidenta se circunscribe a una decisión personal, con el único interés al separarse voluntariamente del cargo, en someterse y colaborar con las investigaciones que sean necesarias y sobre todo con el debido proceso, la disposición de renuncia no corresponde con ninguna solicitud gremial o asociativa, lo hace por decisión propia, voluntaria y personal de la señora vicepresidenta".<sup>26</sup>

Sin embargo, a pesar de las declaraciones vertidas y el esfuerzo que hicieron los medios oficiales y comerciales de difundir estos "motivos", ya en algunos espacios

---

<sup>25</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 23ª ed., Madrid, RAE, 2014. Disponible en: <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>.

<sup>26</sup> Alex Rojas y Manuel Hernández, "Roxana Baldetti renuncia a la presidencia", *Prensa Libre*, 8 de mayo de 2015. Disponible en: <http://www.prensalibre.com/guatemala/politica/roxana-baldetti-renuncia-a-la-vicepresidencia>.

de mayor suspicacia política se tenía el conocimiento de que la Embajada de Estados Unidos había presionado lo suficiente como para que esto sucediera; no sería la primera vez que esta potencia mundial se inmiscuye en los asuntos internos de Guatemala.

En la sociedad civil, la renuncia de la vicepresidenta tuvo una recepción entusiasta y de algarabía. Había quienes consideraban que había sido producto de la presión social efectuada desde el 16 de abril y más aún del 25 del mismo mes; sin embargo, había también quienes sabían perfectamente que los hilos se movían de otra forma. “Las presiones internacionales pesan, pero sobre todo si se trata de la Embajada de Estados Unidos”.<sup>27</sup>

Semanas después de esta renuncia, no se hicieron esperar más dimisiones relevantes del grupo político gobernante. El presidenciable del Partido Patriota (partido político del que provenía el binomio presidencial y del que la vicepresidenta incluso era secretaria general) presentó su renuncia al partido, pero más sorprendente es aún la del incondicional ministro del presidente, Mauricio López Bonilla, ministro de Gobernación desde que inició el gobierno del Partido Patriota. Sumado a ello, 17 jefes ediles presentaron su dimisión al partido, lo cual provocó su debilitamiento.

La CICIG ha mantenido desde el 16 de abril una participación firme y determinada en el espectro político del país, la cual ha generado mucha admiración y agradecimiento por parte de la sociedad guatemalteca. Así mismo, la participación de la fiscal general Thelma Aldana no ha dejado la menor duda de que está velando por el cumplimiento de la ley, tal y como el mandato del Ministerio Público lo establece.

Mientras tanto, las denuncias han seguido llegando sobre más autoridades políticas y administrativas del gobierno; los casos presentados por la CICIG son diversos y tocan diferentes círculos de poder en Guatemala:

- 8 de mayo: Denuncia penal en contra de la jueza Marta Sierra de Stalling por los delitos de cohecho pasivo y prevaricato, con el fin de que se le despoje de su inmunidad, ya que ordenó medida sustitutiva a las personas señaladas de pertenecer a la red criminal denominada “La Línea” y por medio de escuchas telefónicas se hace constar un arreglo económico al que llegó con los abogados defensores para dar este beneficio procesal.<sup>28</sup>
- 26 de mayo: Denuncia contra la Junta Directiva del Instituto Guatemalteco de Seguridad Social (IGSS) por un contrato irregular suscrito con la droguería “PISA de Guatemala S.A.” para proporcionar servicios de diálisis

---

<sup>27</sup> Juan Luis Font, “Ultimátum para Pérez Molina”, *Revista Contrapoder*, 7 de mayo de 2015. Disponible en: <http://contrapoder.com.gt/2015/05/07/ultimatum-para-perez-molina/>.

<sup>28</sup> Donis Figueroa, “CICIG y MP presentan denuncia contra fecha guatemalteca”, Agencia Guatemalteca de Noticias, 8 de mayo de 2015. Disponible en: <http://www.agn.com.gt/index.php/world/item/2470-cicig-y-mp-presentan-denuncia-contra-jueza>.

peritoneal y que afecta a cientos de personas que padecen enfermedades renales y cobra la vida de por lo menos 30 pacientes.<sup>29</sup>

- 16 de julio: Informe de financiamiento de la política,<sup>30</sup> en el cual señala a autoridades de partidos políticos, a empresas nacionales, e incluso relaciona con el narcotráfico la financiación de las campañas electorales que desarrollan los partidos políticos actualmente.

En fin, los señalamientos y las denuncias de la corrupción en el Gobierno no han dejado de llover; prácticamente, cada semana se conoce una nueva denuncia contra otra autoridad del Gobierno. Tanto es así, que la sociedad civil ha llamado "los martes de CICIG" o "los jueves de CICIG".

## 7. En estas condiciones, no queremos elecciones

Después de presentado el resumen cronológico de lo acontecido en los últimos tres meses en Guatemala, se analizará la demanda más escuchada en las caminatas y los plantones pacíficos de cada sábado en la Plaza de la Constitución<sup>31</sup> desde el 25 de abril: "En estas condiciones, no queremos elecciones".

El significado ontológico de "elecciones" se basa en vincular el acto de elegir con la existencia real de la posibilidad que el elector tiene de optar libremente entre ofertas políticas diferentes, y con la vigencia efectiva de normas jurídicas que garanticen el derecho electoral y las libertades y derechos políticos. En este sentido se da una confluencia entre los conceptos "técnico" y "ontológico" de "elección" al definírsela como "método democrático para designar a los representantes del pueblo".<sup>32</sup>

Con el razonamiento anterior, vemos cómo el derecho a elegir, que es un derecho político garantizado tanto en la normativa nacional como internacional, no precisamente quiere decir escoger autoridades que realmente cumplan la expectativa del ciudadano o ciudadana. Y, en esta coyuntura, eso es lo que realmente sucede en Guatemala.

---

<sup>29</sup> *Idem.*

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

<sup>31</sup> Este es un lugar vital en el quehacer político de la población guatemalteca; aquí es donde se han realizado las manifestaciones más importantes para exigir cambios sociales. El Palacio Nacional, edificio ubicado frente a la Plaza de la Constitución, albergó hasta hace menos de 20 años a las más altas autoridades del organismo ejecutivo y fue declarado monumento cultural de la nación, pero sigue teniendo importancia simbólica para la ciudadanía.

<sup>32</sup> Nohlen Dieter y Mario Fernández B., "Elecciones", *Diccionario CAPEL*. Disponible en: <https://www.iidh.ed.cr/capel/>.

La crisis política guatemalteca tiene antecedentes que fueron explicados anteriormente, en los que las palabras dictadura, represión, deslealtad y miedo tienen relevancia.

Uno de los puntos medulares de esta crisis tiene que ver con el financiamiento de los partidos políticos, el cual generalmente ha provenido de los más oscuros sectores del país, tal como lo detalla el Informe de la CICIG recientemente presentado: “La pregunta que emerge es: ¿de dónde se obtienen los recursos para financiar las campañas electorales? La respuesta inicial es que la mayoría del dinero que financia la política es ilícito”.<sup>33</sup>

Con lo anterior puede encontrarse un fundamento concreto del profundo rechazo que la ciudadanía guatemalteca muestra ante la campaña electoral, desde hace por lo menos tres períodos de elecciones. La mayor parte del pueblo sabe que las múltiples vallas, los postes pintados de colores, los incontables anuncios por radio y televisión provienen de fondos ilícitos, y los partidos políticos se encuentran ya comprometidos con quienes los han financiado.

Otro aspecto vital del rechazo de la población a este sistema electoral está constituido por la forma de elegir diputados al Congreso de la República,<sup>34</sup> ya que si bien esta propicia que los partidos minoritarios puedan optar a una curul, en la elección resulta teniendo mayor relevancia el partido político en sí y no las candidatas y los candidatos individualmente.

La representatividad es lo que está en juego aquí. Aparentemente, al haber elegido a un partido político para que ocupe las curules del Congreso, el ciudadano o ciudadana escoge a un grupo de personas que comparten una “ideología política” en la cual fundamentarán sus apreciaciones, las que se materializarán en el voto que cada diputado dará para tomar las decisiones legislativas. Sin embargo, actualmente los partidos carecen de ideología política.<sup>35</sup> Frecuentemente se observa el transfuguismo de diputados, lo cual muestra ausencia de identificación con la ideología del partido por el cual llegó a tener la curul; entonces, el voto del ciudadano o ciudadana queda burlado, pues en su momento oportuno no votó por el diputado o diputada personalmente sino por la propuesta “ideológica” del partido al cual pertenecía.

---

<sup>33</sup> Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), *Informe. El financiamiento de la Política en Guatemala*, Guatemala, 16 de julio de 2015.

<sup>34</sup> Que consiste en el sistema de Representación Proporcional de Minorías (Sistema D'Hont).

<sup>35</sup> Según lo relata el reciente Informe de la CICIG, “[e]ste sistema perverso de financiamiento de la política ha moldeado el sistema de partidos. La fortaleza de los partidos no depende de su programa político, de sus propuestas, sino de la posibilidad de atraer financistas/candidatos. Estos, a su vez, no se vinculan con los partidos por razones ideológicas sino meramente instrumentales. El partido es visto como un vehículo temporal para llegar a un cargo de elección, y ya en el ejercicio del mismo no se tendrá lealtad alguna hacia el partido, sino se buscará aquel instrumento que les permita la reelección”.

Las reformas a la Ley Electoral y de Partidos Políticos en la cual se encuentra regulada, entre otros puntos trascendentales, la forma de elegir diputados, es una de las demandas más fuertes de la ciudadanía. Existe también otra demanda, con menor fuerza política pero que se ha hecho escuchar en múltiples plantones: la postergación de las elecciones, en función de que se ordene el sistema político y ya cuando se tengan condiciones apropiadas, llevarlas a cabo. Ni la Constitución Política ni la Ley Electoral y de Partidos Políticos regulan la postergación del proceso electoral; sin embargo, a la luz del análisis constitucional deberían buscarse alternativas para que el ente soberano, el pueblo, tome la última decisión en este sentido.

Las manifestaciones que se realizan cada sábado en la Plaza de la Constitución, que con el paso de los meses muestran diversos matices, exigen un cambio del sistema político. Sus demandas han sido escuchadas por las autoridades y, sobre todo, por la comunidad internacional en menor o mayor medida, transformándose, por ejemplo en el interior del Estado, en una propuesta definida de *iniciativa de ley*, la cual se denomina "Reformas para el Fortalecimiento del Régimen Político Electoral del Estado de Guatemala", que en pocas palabras propone reformas a la Ley Electoral y de Partidos Políticos. Esta iniciativa se encuentra en discusión y cuenta ya con el dictamen favorable de la Comisión Específica de Asuntos Electorales del Congreso.

Toda la movilización que ha emprendido la sociedad civil guatemalteca a partir del 25 de abril es la clara muestra de un malestar ciudadano ante el sistema político y ante el proceso electoral vigente. Estas manifestaciones ciudadanas representan un antes y un después para la democracia contemporánea guatemalteca, pues sus demandas han tenido como consecuencia informes sobre corrupción emanados de un ente internacional, la renuncia de autoridades gubernamentales y recientemente una iniciativa de ley que se encuentra en discusión. Estos aportes a la democracia adquieren mayor relevancia, luego de conocer el pasado reciente del país.

Ahora, muchas personas en Guatemala tienen la firme convicción de que construir ciudadanía es *informarse, expresarse, organizarse, manifestarse, exigir a los representantes, hacer propuestas y participar permanentemente*.<sup>36</sup> Esta convicción fortalece indiscutiblemente el régimen democrático que precia tener el Estado de Guatemala y que se encuentra regulado en la Constitución Política de 1985.

## 8. De la democracia representativa a la democracia participativa

El gran reto que tiene la clase política en estos momentos es crear las condiciones para incrementar la participación ciudadana y dar un salto cualitativo de partidos políticos bien estructurados, con formación ideológica para sus afiliados y el

---

<sup>36</sup> Zaira Lainez Carrasco, "En estas condiciones no queremos elecciones", *Plaza Pública*, 11 de junio de 2015. Disponible en: <http://www.plazapublica.com.gt/content/en-estas-condiciones-no-queremos-elecciones>.

debate permanente de la temática nacional para formar cuadros políticos de alta capacidad técnica y política, que sirvan en el Estado basados en la ética social.

Será necesario efectuar cambios pertinentes para que los guatemaltecos que viven en el exterior puedan ejercer su derecho a votar con el objetivo de vincularlos al desarrollo nacional y se sientan partícipes de la democracia guatemalteca. Actualmente, se tiene establecido que aproximadamente viven en los Estados Unidos de América un millón doscientos mil guatemaltecos, cifra que podría ser superada cuando se realice un nuevo censo nacional.

La democracia participativa será impostergable para los guatemaltecos en los próximos cuatro años. Se deberán hacer esfuerzos por que los ciudadanos comprendan que la ciudadanía es más que ejercer el derecho al voto, y las élites guatemaltecas deberán comprender que no se puede postergar el pago de los impuestos para alcanzar el goce de los derechos humanos para la población en general y reducir los altos índices de pobreza para que este sea un país de ciudadanos y ciudadanas y no sólo de habitantes.

Las opiniones son diversas entre la ciudadanía: están quienes cuestionan las elecciones en estas condiciones, y también quienes motivan a ejercer un derecho ciudadano como una oportunidad de aportar al cambio político. Un ejemplo de ello se manifiesta en el discurso pronunciado por uno de los jóvenes dirigentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Rafael Landívar:

Nuestra nación se encuentra actualmente sufriendo cambios importantes: cambios necesarios, cambios que por sufridos que sean son un verdadero mal necesario para hacer de nuestra patria un lugar más justo, más digno, más nuestro [...] no pierdan la fe en Guatemala! No se abstengan de ejercer su derecho al voto, el cual es de suma importancia para que sigamos como pueblo respetando el Estado de derecho y consolidándolo porque somos nosotros la voz, la voz del Estado de Guatemala, nosotros somos quienes exigimos, y no importando quién gane la contienda electoral que se avecina vamos a ser nosotros quienes tomemos las riendas del futuro de la Guatemala que todos queremos.<sup>37</sup>

Esta serie de debates se han generado en el seno de todas las universidades del país, en las organizaciones sociales, las iglesias de diferentes cultos religiosos, grupos académicos, sector privado, intelectuales, etc., con la finalidad de crear las condiciones urgentes para la reforma de los partidos políticos, enfocando un solo objetivo: afianzar el sistema democrático pleno, añorado por generaciones anteriores, y con fe esperar un mejor futuro para las nuevas generaciones, quienes también seguirán dando forma a la democracia guatemalteca.

---

<sup>37</sup> Discurso ofrecido por Carlos Benjamín Escobedo Sandoval, en representación de la Asociación de Estudiantes de Derecho de la URL, Ciudad de Guatemala, agosto de 2015.



## Bibliografía

- ALONZO, Francisco, "Sanciones", *La tribuna Guatemala.com*. Disponible en: <http://www.latribunaguatemala.com.gt/tse-prohibe-realizar-campana-anticipada/>.
- BARRETO, Bill, "El clamor de una manifestación: #RenunciaYa", *Plaza Pública*, 26 de abril de 2015. Disponible en: <http://www.plazapublica.com.gt/content/el-clamor-de-una-manifestacion-renunciaya>.
- CAZALI ÁVILA, Augusto, *Historia política de Guatemala: siglo XX*, vol. I, Ciudad de Guatemala, Editorial Centro de Estudios Urbanos y Regionales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, 2014.
- COMISIÓN INTERNACIONAL CONTRA LA IMPUNIDAD EN GUATEMALA (CICIG), *Informe. El financiamiento de la política en Guatemala*, Guatemala, 16 de julio de 2015.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA, Ciudad de Guatemala, 30 de mayo de 1985.
- DE LOS RÍOS, Efraín, *Ombres contra Hombres*, México, D. F., Fondo de la Cultura de la Universidad de México, 1948.
- DUBÓN QUEVEDO, Marcela, *Enseñanza sistemática de la Constitución Política de la República de Guatemala y de los derechos humanos en centros educativos del nivel primario*, Ciudad de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2012.
- FIGUEROA, Donis, "CICIG y MP presentan denuncia contra fecha guatemalteca", Agencia Guatemalteca de Noticias, 8 de mayo de 2015. Disponible en: <http://www.agn.com.gt/index.php/world/item/2470-cicig-y-mp-presentan-denuncia-contra-jueza>.
- FONT, Juan Luis, "Ultimátum para Pérez Molina", *Revista Contrapoder*, 7 de mayo de 2015. Disponible en: <http://contrapoder.com.gt/2015/05/07/ultimatum-para-perez-molina/>.
- GARCÍA KIHN, Jessica, "Guardián de día, ladrón de noche", *Revista Contrapoder*, 29 de abril de 2015. Disponible en: <http://contrapoder.com.gt/2015/04/29/guardian-de-dia-ladron-de-noche/>.
- GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, *La reforma liberal en Guatemala*, 3ª ed., Ciudad de Guatemala, Tipografía Nacional, 2011.
- \_\_\_\_\_, *Breve historia constitucional de Guatemala*, 2ª ed., Ciudad de Guatemala, Editorial Universitaria, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2015 [2000].
- LAINÉZ CARRASCO, Zaira, "En estas condiciones no queremos elecciones", *Plaza Pública*, 11 de junio de 2015. Disponible en: <http://www.plazapublica.com.gt/content/en-estas-condiciones-no-queremos-elecciones>.
- MEDRANO, Gabriel, "Convocatoria a elecciones", *Diccionario CAPEL*. Disponible en: <https://www.iidh.ed.cr/capel/>.
- NOHLEN, Dieter, y Mario FERNÁNDEZ B., "Elecciones", *Diccionario CAPEL*. Disponible en: <https://www.iidh.ed.cr/capel/>.

- PITÁN, Edwin, “TSE ha multado a 19 partidos políticos por campaña anticipada”, *Prensa Libre*, 7 de abril de 2015. Disponible en: <http://www.prensalibre.com/guatemala/politica/tse-ha-multado-a-19-partidos-politicos-porcampa-anticipada>.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 23ª ed., Madrid, RAE, 2014. Disponible en: <http://lema.rae.es/drae/srv/search?key>.
- ROJAS, Alex y Manuel Hernández, “Roxana Baldeti renuncia a la presidencia”, *Prensa Libre*, 8 de mayo de 2015. Disponible en: <http://www.prensalibre.com/guatemala/politica/roxana-baldeti-renuncia-a-la-vicepresidencia>.
- SÁCHICA, Luis Carlos, “Cómo se conservan y cómo se destruyen las constituciones”, en Luis Carlos SÁCHICA, *Constitucionalismo mestizo*, México, D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2002.
- SOSA, Ramón, “Política centroamericana”, *El Centroamericano*, año I, Serie 14, núm. 2, 22 de noviembre de 1871.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Vicente F. Benítez R.\* (Colombia)  
Julián D. González E.\*\* (Colombia)

## Cuando las constituciones callan: omisiones constitucionales relativas y la Sentencia C-579 de 2013\*\*\*

### RESUMEN

El presente escrito analiza la admisibilidad constitucional de las sentencias aditivas en Colombia en aquellos eventos donde se efectúa control de constitucionalidad de una reforma constitucional (i. e., una disposición constitucional). Para esto, se examina la Sentencia C-579 de 2013 por medio de la cual se moduló o condicionó una enmienda a la Constitución y se concluye que este tipo de pronunciamientos no son legítimos. Por lo anterior, se proponen algunas alternativas para superar los problemas interpretativos y democráticos que supone esta nueva tipología de decisiones constitucionales que no había sido usada antes por la Corte Constitucional colombiana.

**Palabras clave:** Corte Constitucional, límites a la reforma, omisiones legislativas y constitucionales.

---

\* Abogado, especialista y magíster en Derecho Constitucional. Profesor de la Universidad de La Sabana. Autor de artículos de investigación y del libro *Constitución popular, no judicial*, Bogotá, Temis, 2014. vicente.benitez@unisabana.edu.co.

\*\* Abogado, estudiante del doctorado en Derecho de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Profesor de Teoría Jurídica de la Pontificia Universidad Javeriana. juliangonzalez@javeriana.edu.co.

\*\*\* Este artículo es un resultado del proyecto de investigación “La Corte Constitucional y las reformas a la Constitución: de la incertidumbre a la razonabilidad”, DER-42-2012, vinculado al Grupo de Investigación “Justicia, Ámbito Público y Derechos Humanos”, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana. Agradecemos los comentarios del Semillero en Derecho Constitucional de la Universidad de La Sabana, así como de los profesores Fabio Pulido y Joaquín Acosta.

## ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag befasst sich mit der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit ergänzender Urteile in Kolumbien in solchen Fällen, in denen eine Verfassungsreform (d. h. eine Verfassungsvorschrift) einer verfassungsrechtlichen Kontrolle unterzogen wird. Dazu befasst er sich mit dem Urteil C-579 von 2013, in dem eine Verfassungsänderung modifiziert bzw. an Bedingungen geknüpft wurde, und kommt zu dem Schluss, dass Entscheidungen dieser Art nicht legitim sind. Im Anschluss daran werden Alternativen zur Überwindung der interpretations- und demokratierelevanten Probleme vorgestellt, die sich aus der neuen Typologie von verfassungsrechtlichen Entscheidungen ergeben, die zuvor vom kolumbianischen Verfassungsgerichtshof nicht angewendet worden war.

**Schlagwörter:** Verfassungsgerichtshof; Einschränkung der Verfassungsreform; gesetzliche und verfassungsrechtliche Unterlassungen.

## ABSTRACT

This study analyzes the constitutional admissibility of 'additive' decisions in Colombia in those cases in which the court is carrying out constitutionality control of a constitutional amendment (i.e., of a constitutional provision). We examine Judgment C-579 of 2013, which imposed conditions on a constitutional amendment, and conclude that this type of decision is not legitimate. In consequence, we suggest alternatives for overcoming the interpretive and democratic problems posed by this type of decisions on constitutional matters which had not been used previously by the Colombian Constitutional Court.

**Keywords:** Constitutional Court, limits to the amendment, legislative and constitutional omissions.

## Introducción

En el año 2013, la Corte Constitucional profirió la Sentencia C-579 que es, para muchos, uno de los pronunciamientos más importantes de su historia.<sup>1</sup> En efecto, en dicha oportunidad se analizó la constitucionalidad de una enmienda a la

---

<sup>1</sup> Sobre el punto hay una muy abundante literatura. Ver, por ejemplo, Kai Ambos (coord.), *Justicia de transición y constitución: análisis de la Sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Bogotá, Temis, CEPAL y Fundación Konrad Adenauer, 2014; Alejandro Aponte Cardona, "La priorización como estrategia de reducción de complejidad: un ensayo de interpretación", en Alejandro Aponte Cardona (ed.), *Derecho penal internacional. Textos escogidos*, vol. II, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Ibáñez, 2014; y Paula Robledo Silva y Gonzalo Ramírez Cleves, "La jurisprudencia constitucional colombiana en el año 2013: el control de constitucionalidad por sustitución y el amparo reforzado a los sujetos de especial protección constitucional", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 18, 2014, pp. 587-608.

Constitución<sup>2</sup> por medio de la cual se establecen las reglas que deben seguirse en materia de (i) justicia penal transicional y (ii) participación en política de aquellas personas que se desmovilicen en el marco de un acuerdo de paz como el que actualmente se negocia entre el Gobierno de Colombia y la guerrilla de las FARC.

Además de las hondas implicaciones que esta sentencia ha tenido de cara al mencionado proceso de negociación, existe un punto sobre el cual no ha habido análisis alguno por parte de la academia jurídica nacional. En efecto, en la Sentencia C-579 de 2013, la Corte Constitucional realiza algo que nunca había hecho a la fecha y que pone en tela de juicio algunas de sus más consistentes tesis sobre el control de constitucionalidad de reformas constitucionales: expidió una sentencia intermedia (concretamente aditiva) por la cual declara la constitucionalidad de la reforma, siempre y cuando se entiendan añadidos a esta algunos supuestos no previstos expresamente por el texto de la enmienda controlada.<sup>3</sup>

Bajo ese contexto, el problema de investigación que se pretende abordar en el presente escrito es el siguiente: ¿Está habilitada la Corte Constitucional para expedir sentencias intermedias cuando decide sobre la constitucionalidad de una reforma constitucional? La respuesta a esta pregunta es relevante, toda vez que una “modulación” o “condicionamiento” de una *enmienda* supone una serie de aporías teóricas y pone en tela de juicio su carácter de órgano constituido (sometido a la Constitución) debido a que:

- La Corte Constitucional ha señalado insistentemente que no está facultada para adelantar un control de constitucionalidad de fondo, pues la Constitución de 1991 únicamente prevé límites formales o procesales al poder de reforma<sup>4</sup> (no prevé límites materiales expresos tales como la cláusula de eternidad alemana). Sin embargo, tradicionalmente, se ha entendido que las sentencias intermedias –y dentro de ellas las aditivas– son expresión de un control material o sustancial puesto que el fundamento de estas providencias atípicas es el principio de interpretación conforme con la Constitución.<sup>5</sup>
- Siendo esto así, no es posible entender de qué normas deriva la Corte las adiciones que efectuó sobre la reforma constitucional señalada o si se trata de un asunto meramente ideológico sobre el cual las mayorías de la Corte lograron un acuerdo. En efecto, como ya se dijo, uno de los fundamentos que permite a los jueces constitucionales emitir sentencias intermedias es la

<sup>2</sup> Concretamente, el Acto Legislativo 1 de 2012, “Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”. Este Acto Legislativo creó los artículos 66 y 67 transitorios de la Constitución de 1991.

<sup>3</sup> Ver la consideración jurídica 8.4 de la sentencia, que será analizada más adelante.

<sup>4</sup> Cf. Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-1200 de 2003 y C-1040 de 2005.

<sup>5</sup> Cf. Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Fundamentos de derecho administrativo*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1988, pp. 473, 482 y 483.

supremacía de la Constitución, criterio último para proceder a modular o añadir interpretaciones a la norma *legal* controlada. Sin embargo, este mismo raciocinio no es aplicable al control de *enmiendas* porque, desde el punto de vista lógico, una reforma tiene igual jerarquía que la Constitución. Así las cosas, ¿cuál es el parámetro con el cual se modula una reforma? ¿Es acaso una norma supraconstitucional implícita creada por el tribunal?

- Por último, esta nueva aproximación del control de las reformas plantea una pregunta insoslayable referida a la jerarquía de la sentencia por medio de la cual se modula y se reinterpreta una reforma que, al fin de cuentas, es una norma constitucional: ¿tienen estas interpretaciones rango constitucional?

En último término, esta actuación de la Corte Constitucional puede resumirse en la siguiente sin salida: es posible que la Corte señale que las adiciones realizadas a la reforma constitucional provienen de la misma Constitución y que, por lo mismo, no está “creando” normas constitucionales, sino proyectando los postulados superiores a la enmienda. Sin embargo, esta afirmación es totalmente incompatible con la aseveración de la misma Corte, según la cual, “juzgar si el contenido material del acto acusado contradice la Constitución, [...] escapa al control constitucional que ejerce la Corte sobre las reformas constitucionales”.<sup>6</sup> En ese escenario, la pregunta persiste: ¿Es posible la existencia de una sentencia aditiva cuando se controla una reforma si no hay control de fondo?

Por lo tanto, el objetivo de este artículo será determinar si es posible, a la luz de la Constitución y de la propia jurisprudencia constitucional, la expedición de sentencias intermedias o atípicas cuando se realiza un control de constitucionalidad de reformas constitucionales. Y esta determinación es relevante porque de ella depende la definición del verdadero rol que un tribunal constitucional está llamado a cumplir en un estado democrático y constitucional. En tal sentido, si se acepta que la Corte puede añadir por medio de una sentencia aditiva contenidos o interpretaciones a una norma de jerarquía constitucional (como una reforma) sin tener en cuenta los principios constitucionales superiores, al no haber control de fondo, se puede decir que dicho tribunal habrá asumido una función de poder constituyente permanente al crear normas constitucionales sin límite alguno y se habrá convertido en el “amo” de la Constitución.<sup>7</sup> Por el contrario, si se concede que la Corte Constitucional puede hacerlo con ciertas restricciones derivadas de la Constitución, ese órgano no perderá su naturaleza de órgano constituido sometido a esta.

---

<sup>6</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-1040 de 2005.

<sup>7</sup> Como afirma Loewenstein, “soberano es aquel entre los detentadores del poder que decide sobre la reforma constitucional” (Karl Loewenstein, *Teoría de la constitución*, Barcelona, Editorial Ariel, 1983, p. 172).

Para lograr dicho cometido, este escrito utilizará una metodología dogmática, con la cual se analizará de manera crítica la jurisprudencia de la Corte Constitucional,<sup>8</sup> la doctrina nacional y foránea más representativa sobre el problema de investigación, así como algunas experiencias de derecho comparado que guardan ciertas similitudes con el caso estudiado.

Bajo ese panorama, este escrito se estructurará de la siguiente manera: en un primer momento, se describirá la postura de esa corporación judicial en relación con el control de constitucionalidad de enmiendas a la Constitución de 1991 y se expondrán las críticas más comunes a esta doctrina. Posteriormente, se explicará en detalle la modulación efectuada en la Sentencia C-579 de 2013 y se tratará de demostrar cómo esta nueva tesis es totalmente incompatible con la doctrina sentada en relación con el control de constitucionalidad de reformas porque corrobora y profundiza sus críticas. Una vez hecho esto, se expondrán algunas reflexiones que indagán, desde la teoría política, las razones por las cuales la Corte Constitucional se ha apropiado de la última palabra en asuntos constitucionales. Por último, se dará respuesta al problema de investigación y se ofrecerán algunas conclusiones y propuestas.

## 1. El control de reformas: retos al derecho y a la democracia

En este apartado se pretende examinar la evolución de la postura de la Corte Constitucional en relación con el control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución. Un punto clave que se debe resaltar es que, como se explicará a continuación, una de las grandes conclusiones a las que arriba la Corte es que esta no puede –al menos en teoría– realizar un control de constitucionalidad de *fondo* o *contenido* a las enmiendas a la Constitución, toda vez que no existen parámetros materiales objetivos *supraconstitucionales* diseñados por el constituyente, para verificar la corrección o no de una reforma desde el punto de vista sustancial. Sin

---

<sup>8</sup> Para ello se recurrió a la metodología de análisis estático y dinámico de jurisprudencia propuesta por Diego López Medina en *El derecho de los jueces*, Bogotá, Editorial Legis y Universidad de los Andes, 2006, capítulos 5 y 6. El análisis estático se refiere al estudio de un solo pronunciamiento judicial en el cual se extrae la *ratio decidendi* de la sentencia, así como sus hechos principales y su decisión. Por su parte, un análisis dinámico involucra la lectura conjunta y sistemática de varias sentencias a lo largo del tiempo, con el objeto de identificar las diversas posturas que se han producido en un tribunal, así como la tesis predominante sobre un problema jurídico concreto. Así mismo, las posturas jurisprudenciales de la Corte analizadas responden a lo que la doctrina ha llamado ‘precedente de interpretación’ –no a la denominada ‘precedente de solución del caso específico’–, entendido como los fundamentos conceptuales que ha consolidado esa corporación para la solución de casos concretos (Juan Carlos Lancheros, *Clase de Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad de La Sabana*, 4 y 5 de mayo de 2012). En el mismo sentido, ver Aleksander Peczenik, “The Binding Force of precedent”, en Neil Maccormick, Robert Summers y Arthur Goodhart (coords.), *Interpreting Precedents*, Farnham, Ashgate Dartmouth, 1997, p. 474. En la misma obra, ver también Geoffrey Marshall, “What is Binding in a Precedent”, pp. 503 y 507.

embargo, como se tendrá oportunidad de ver posteriormente, esta conclusión se pone en tela de juicio –y se contradice– con la Sentencia C-579.

Para explicar cuál es la postura de la Corte Constitucional, este primer apartado se dividirá en tres partes, atendiendo a un criterio cronológico.

### 1.1. El control de las reformas de 1991 a 2003: autorrestricción judicial

La Constitución de 1991 amplió, de manera notable, los mecanismos mediante los cuales puede reformarse su texto. En efecto, el artículo 374 establece tres modalidades de cambio constitucional: acto legislativo aprobado por el Congreso, referendo o asamblea nacional constituyente.<sup>9</sup> Nótese que, a diferencia de la Constitución de 1886, se establecen dos nuevos mecanismos de reforma en los que la ciudadanía tiene un papel protagónico.<sup>10</sup> Esta ampliación “popular” de los modos de modificación constitucional obedece a un deseo consciente del constituyente de 1990-1991 de dejar atrás el modelo de reforma constitucional planteado en 1886, según el cual esa carta política sólo podría reformarse por medio de un acto legislativo aprobado por el Congreso (Constitución de 1886, art. 218<sup>11</sup>). En otras palabras, bajo la égida de la anterior Constitución, el monopolio sobre las reformas constitucionales estaba en manos del Congreso, con lo cual, la ciudadanía no tenía ninguna injerencia en el proceso de transformación constitucional. Para algunos autores, esta fue una de las causas por las cuales la carta de 1886 desaparecería en 1991: existía una gran insatisfacción popular con el Congreso, específicamente porque esta institución se negó a reformar la Constitución para ponerla a tono con los constantes retos que vivía por entonces la sociedad colombiana.<sup>12</sup> A raíz de esto, la Constitución de 1886 desapareció por cuenta de un movimiento

<sup>9</sup> Artículo 374: “La Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo”.

<sup>10</sup> Dos de las características más sobresalientes de la Constitución de 1991 es su carácter democrático y participativo (Manuel Quinche, *Derecho constitucional colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2011, pp. 14-16).

<sup>11</sup> El artículo 218 de la Constitución de 1886, después de la reforma plebiscitaria de 1957, establecía: “La Constitución, salvo lo que en materia de votación ella dispone en otros artículos, solo podrá ser reformada por un acto legislativo discutido primeramente y aprobado por el Congreso en sus sesiones ordinarias; publicado por el gobierno, para su examen definitivo en la siguiente legislatura ordinaria; por ésta nuevamente debatido, y, últimamente, aprobado por la mayoría absoluta de los individuos que componen cada cámara. Si el gobierno no publicare oportunamente el proyecto de acto legislativo, lo hará el presidente del Congreso. *En adelante las reformas constitucionales solo podrán hacerse por el Congreso, en la forma establecida por el artículo 218 de la Constitución*” (énfasis agregado).

<sup>12</sup> Cf. John Dugas, “The Origin, Impact and Demise of the 1989-1990 Colombian Student Movement: Insights from Social Movement Theory”, *Journal of Latin American Studies*, vol. 33, núm. 4, 2001, p. 815; y Fernando Carrillo, *Constitucionalizar la democracia social. El proceso constituyente de 1991 y América Latina*, Bogotá, Temis, 2011, pp. XVII, XVIII, 3, 4, 5 y 6.



popular que, por vías extrajurídicas –no contempladas en la Constitución de ese entonces–, decidió convocar una asamblea nacional constituyente que a la postre redactaría un nuevo documento constitucional.<sup>13</sup>

En ese contexto, y para evitar que esto volviese a ocurrir, la Constitución actual establece que, además del tradicional acto legislativo aprobado por el Congreso, esta puede ser modificada además mediante referendo o asamblea nacional constituyente. Sin embargo, a la par que se abrieron nuevos espacios de participación ciudadana referentes a la reforma constitucional, los redactores consideraron que era necesario que la Constitución tuviera un ánimo de permanencia. Como consecuencia de ello, estimaron que para modificar el nuevo texto constitucional mediante cualquiera de los mecanismos de reforma, era necesario observar y cumplir una serie de requisitos procedimentales que son más exigentes o rígidos que los establecidos para la reforma de una ley.<sup>14</sup> En suma, el constituyente estableció únicamente una serie de exigencias formales específicas para poder reformar la Constitución (arts. 375 a 379), vale decir, límites formales explícitos al poder de reforma.

Para efectos de que el poder constituyente derivado observase dichos límites, la Constitución le confió a la Corte Constitucional el control de constitucionalidad de las reformas, tal y como se desprende de sus artículos 241.1 y 241.2.<sup>15</sup> Uno de los puntos más relevantes es que, siguiendo la tradición jurisprudencial iniciada en 1979, los constituyentes establecieron que dicho control podría adelantarse “sólo por vicios de procedimiento” en la formación de la respectiva enmienda.<sup>16</sup> Dicho en otros términos, dado que la Constitución únicamente establece límites formales al poder

<sup>13</sup> Cf. Sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia que declaró constitucional el Decreto Legislativo 1926 de 1990, que establecía las reglas de conformación y funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente que redactó la Constitución de 1991 (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Plena, Sentencia 138, de 9 de noviembre de 1990, Expediente 2214 (351-E), magistrados ponentes: Hernando Gómez Otálora y Fabio Morón Díaz).

<sup>14</sup> A nivel constitucional pueden compararse los procedimientos de reforma de la ley, consagrados en los artículos 155 a 169 de la Constitución, frente a los de una reforma constitucional (arts. 374 a 379 superiores).

<sup>15</sup> Artículo 241: “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones:

1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, *sólo por vicios de procedimiento en su formación*.

2. Decidir, con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la Constitución, *sólo por vicios de procedimiento en su formación*” (énfasis agregado).

<sup>16</sup> Cf. Mario Alberto Cajas, *El control judicial a la reforma constitucional, Colombia, 1910-2007*, Cali, Universidad ICESI, 2008, pp. 97-101; Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Plena, Sentencia del 5 de mayo de 1978, Gaceta Judicial 2397 (M. P. José María Velasco Guerrero); Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Plena, Sentencia del 3 de noviembre de 1981, Gaceta Judicial 2405 (M. P. Fernando Uribe Restrepo).

de reforma<sup>17</sup> (no prevé límites materiales como cláusulas pétreas o de eternidad), el control judicial de las reformas es, en su intención original, un control formal o de procedimientos. En desarrollo de esa función, de 1991 a 2003, todas las reformas constitucionales fueron analizadas mediante dicho prisma: el tribunal únicamente verificaría el cumplimiento de los requisitos procesales que la Constitución demanda para su modificación formal.<sup>18</sup> Y no podría ser de otra manera puesto que, como ya se dijo, no existe ningún parámetro material objetivo de corrección en la Constitución que permita el análisis material de una reforma constitucional.

## 1.2. La postura actual: el activismo de la Corte y el control por vicios de competencia

Ahora bien, en el año 2003, ese tribunal modificaría de una manera importante esta tesis. En ese año, el Congreso de la República aprobó una ley de convocatoria a referendo que buscaba modificar múltiples disposiciones constitucionales. Lo que en ese momento se esperaba era que la Corte efectuara un control a la luz de las normas constitucionales que establecen los límites formales al poder de reforma. Sin embargo, en la Sentencia C-551 de 2003, esa Corte señala que el poder constituyente derivado no solamente encuentra límites de procedimiento o formales, sino que también existen límites competenciales.

En tal sentido, con fundamento en dos argumentos principales,<sup>19</sup> la Corte Constitucional indicó que el poder constituyente secundario tiene competencia para *reformular*, pero no para derogar o sustituir la Constitución vigente o para crear un nuevo régimen constitucional. En efecto,

- con fundamento en un argumento *textual*, esa corporación judicial consideró que, según el artículo 374, la Constitución sólo puede ser *reformada* por medio de un acto legislativo, una asamblea constituyente o un referendo. Este verbo implica que no se puede suprimir o reemplazar la Constitución vigente.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> Los requisitos formales para la aprobación de un acto legislativo se encuentran contenidos en el artículo 375 constitucional, los de las leyes que convocan a referendo en el 378, mientras que los de las leyes convocantes a asamblea nacional constituyente están consignados en el artículo 376 superior.

<sup>18</sup> Ver las sentencias C-222 y C-387 de 1997, C-543 de 1998 y C-614 de 2002.

<sup>19</sup> Además de estos dos argumentos que se explicarán, hay otros más. Al respecto, ver Néstor Osuna, “La sentencia del referendo: guarda de la Constitución ante el uso instrumental de la democracia”, en Eduardo Montealegre (coord.), *Anuario de derecho constitucional: análisis de jurisprudencia de la Corte Constitucional, período 2002 y primer semestre 2003*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 33.

<sup>20</sup> Sobre el punto, la Corte Constitucional expresó en la Sentencia C-551 de 2003 lo siguiente: “el artículo 374 de la Carta señala que ‘la Constitución podrá ser reformada [...]’. Es obvio que esa disposición, y en general el Título XIII de la Carta, no se refieren a cualquier

- Por otro lado, con base en un argumento *conceptual*, definió que esto era así, dado que aceptar que el constituyente derivado (aun cumpliendo todos los requisitos procesales del caso) pudiese derogar la Constitución y crear una nueva, supone aceptar también que un órgano constituido como el Congreso, tendría las mismas facultades del poder constituyente primario y soberano: derogar la Constitución.<sup>21</sup>

Esta tesis, de acuerdo con la cual la Corte puede analizar la competencia del órgano reformador, suena *prima facie* razonable. En efecto, esta podría actuar legítimamente cuando el Congreso pretenda por medio de un acto legislativo derogar en su integridad la Constitución. Sin embargo, la Corte señaló que, además de estas sustituciones *totales*, existen sustituciones *parciales*.<sup>22</sup> Así, concluyó que la Constitución tenía una serie de elementos esenciales implícitos que le dan su identidad y la distinguen frente a las demás cartas políticas. Como resultado de ello, si una reforma pretende eliminar uno de estos elementos esenciales, se entenderá que ha habido una sustitución parcial porque, aunque formalmente la Constitución de 1991 no ha sido derogada en su integridad, desde el punto de vista práctico es una norma distinta. Así, por ejemplo, por utilizar uno de los casos a los cuales la Corte recurre para ilustrar el punto, si por medio de un acto legislativo se modifica el artículo 1º de la Constitución para incorporar en su texto un estado totalitario, habrá habido una sustitución parcial porque a pesar de que formalmente la Constitución no ha sido derogada, esta ha cambiado totalmente uno de sus elementos identificadores: un régimen democrático basado en los derechos.<sup>23</sup>

---

Constitución sino exclusivamente a la Constitución colombiana de 1991, aprobada por la Asamblea Constituyente de ese año, que actuó como comisionada del poder soberano del pueblo colombiano. De manera literal resulta entonces claro que lo único que la Carta autoriza es que se reforme la Constitución vigente, pero no establece que ésta puede ser sustituida por otra Constitución”.

<sup>21</sup> La Corte señaló en la Sentencia C-551 de 2003: “La doctrina y la jurisprudencia constitucionales distinguen entre el poder constituyente en sentido estricto, o poder constituyente primario u originario, y el poder de reforma o poder constituyente derivado o secundario [...] Este poder constituyente originario no está entonces sujeto a límites jurídicos, y comporta, por encima de todo, un ejercicio pleno del poder político de los asociados [...] por su parte,] el poder de reforma, o poder constituyente derivado, se refiere a la capacidad que tienen ciertos órganos del Estado, en ocasiones con la consulta a la ciudadanía, de modificar una Constitución existente, pero dentro de los cauces determinados por la Constitución misma. Ello implica que se trata de un poder establecido por la Constitución, y que se ejerce bajo las condiciones fijadas por ella misma. [Por lo tanto,] [u]na cosa es que cualquier artículo de la Constitución puede ser reformado [...] y otra cosa es que so pretexto de reformar la Constitución en efecto ésta sea sustituida por otra Constitución totalmente diferente – lo cual desnaturaliza el poder de reformar una Constitución y excedería la competencia del titular de ese poder”.

<sup>22</sup> Ver, entre otras, la Sentencia C-757 de 2008.

<sup>23</sup> Este ejemplo se puede encontrar en las sentencias C-551 de 2003, C-1200 de 2003 y C-288 de 2012.

Aunque ese ejemplo puede parecer contundente, vale la pena anotar que ninguna de las 38 reformas aprobadas a la fecha representa ser un caso tan fácil como el ejemplo ofrecido.<sup>24</sup> Así las cosas, la pregunta que surge es: ¿Cómo identificar con un mínimo de objetividad si ha existido o no una sustitución parcial de la Constitución, esto es, si se ha eliminado uno de sus elementos de la esencia, teniendo en cuenta que esos límites materiales no fueron incorporados expresamente por el constituyente?

Para responder a esa pregunta, en las sentencias C-970 y C-971 de 2004 se crea una metodología que la Corte denomina ‘juicio de sustitución’, cuyo objetivo es dotar de objetividad el proceso por el cual se determina si ha habido un exceso en la competencia del constituyente derivado. Ese método, que la Corte ha calificado como un silogismo, tiene tres elementos:<sup>25</sup>

- Una premisa mayor que coincide con el elemento esencial de la Constitución que se considera afectado por la reforma. Como la Constitución no tiene cláusulas pétreas, ese pilar fundamental no puede coincidir con una sola disposición (para no petrificarla) sino que debe extraerse de una interpretación sistemática, es decir, de varias disposiciones constitucionales.
- En segundo lugar, el juicio está compuesto por una premisa menor que coincide con la reforma que en ese momento está analizando el juez constitucional. En este paso, por lo general, se analiza el alcance de la enmienda respectiva.
- Finalmente, el juez constitucional debe concluir, para lo cual compara la premisa mayor con la premisa menor y si considera que estas son incompatibles, habrá habido una sustitución.

De cualquier manera, la Corte reitera y señala que este control por vicios de competencia (por posibles sustituciones parciales) no comporta un control de *fondo* (vedado por la Constitución), toda vez que (i) no implica la comparación entre el texto de la Constitución con la reforma controlada,<sup>26</sup> y (ii) no puede haber un control de fondo de las reformas debido a que pensar lo contrario implicaría que todas las enmiendas constitucionales serían inconstitucionales porque, en mayor o menor

---

<sup>24</sup> Como bien lo señala Manuel Quinche, este ejemplo es de “regular fortuna, pues la Corte hace uso de la argumentación por el ejemplo, bajo la apariencia de una hipérbole” (Quinche, *op. cit.*, p. 548). Por el contrario, todas las reformas constitucionales que se han producido a la fecha incorporan materias de las cuales no es posible deducir si existe o no una sustitución: una primera reelección presidencial (que para la Corte no es una sustitución), una segunda reelección presidencial (que para esa institución sí es una sustitución), la incorporación del criterio de sostenibilidad fiscal, la eliminación de la Comisión Nacional de Televisión o permitir la extradición de nacionales, entre otros.

<sup>25</sup> En la Sentencia C-1040 de 2005 hubo una pequeña modificación, pero en los casos posteriores (como la Sentencia C-579 de 2013), la Corte ha aplicado consistentemente estos tres pasos.

<sup>26</sup> Ver Sentencia C-1040 de 2005.

medida, pretenden transformar la Constitución.<sup>27</sup> En último término, concluye la Corte, las reformas constitucionales tienen la misma jerarquía que la Constitución y, como consecuencia de ello, no hay normas *supraconstitucionales*.<sup>28</sup>

### 1.3. Algunas críticas sobre esta tesis

Varios autores han formulado serios reparos a esta tesis que, básicamente, pueden condensarse en tres.

(i) Como primera medida, desde el punto de vista interpretativo, no es claro que la Corte Constitucional esté desarrollando un control sólo de procedimiento y no de fondo.<sup>29</sup> En efecto, a partir de criterios bastante indeterminados (interpretación sistemática, elementos esenciales etc.),<sup>30</sup> la Corte Constitucional ha creado elementos esenciales o límites implícitos materiales al poder de reforma *ad casum* y con mayorías muy exiguas.<sup>31</sup> Y una vez hecho esto, se compara el elemento esencial deducido por la Corte Constitucional con la reforma, en un auténtico control de fondo: si la

<sup>27</sup> Cf. Sentencia C-551 de 2003.

<sup>28</sup> Ver la Sentencia C-1200 de 2003, en la cual esa corporación judicial indicó que una de las razones por las que no podía realizar un control de fondo sobre las reformas constitucionales radicaba precisamente en que la reforma constitucional tiene la misma jerarquía que la Constitución.

<sup>29</sup> Algunas de estas críticas pueden verse en Sandra Morelli, “Algunas consideraciones sobre el tratamiento del poder de reforma constitucional en la Sentencia C-551 de 2003”, en *Reforma de la Constitución y control de constitucionalidad*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2006, pp. 445-500. En ese mismo sentido, puede verse Carlos Bernal Pulido, “Un-constitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, núm. 2, 2013, pp. 339-357; y Vicente F. Benítez R., *Constitución popular, no judicial. Una teoría democrática del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución en Colombia*, Bogotá, Temis y Universidad de La Sabana, 2014, pp. 27-42.

<sup>30</sup> Cf. Mario Alberto Cajas, “Reelección presidencial en Colombia: ¿Una reforma inconstitucional?”, en Edgar Corzo Sosa (coord.), *I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional*, México, UNAM, 2009, p. 288. En la misma línea, Ramírez Cleves, refiriéndose al juicio de sustitución, considera que “nos parece que la implementación de dicho procedimiento de control lo único que facilita es la imposición velada del subjetivismo judicial” (Gonzalo Ramírez Cleves, “El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo a partir de la jurisprudencia establecida en la Sentencia C-551 de 2003”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 18, 2006, p. 23). Ese mismo autor considera que la indeterminación en este caso se debe a la inexistencia de criterios jurídicos, lo cual a la postre da lugar a una valoración subjetiva y en algunos casos política de la reforma (Gonzalo Ramírez Cleves, “Reformas a la Constitución de 1991 y su control de constitucionalidad: entre democracia y demagogia”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 21, 2008, p. 148).

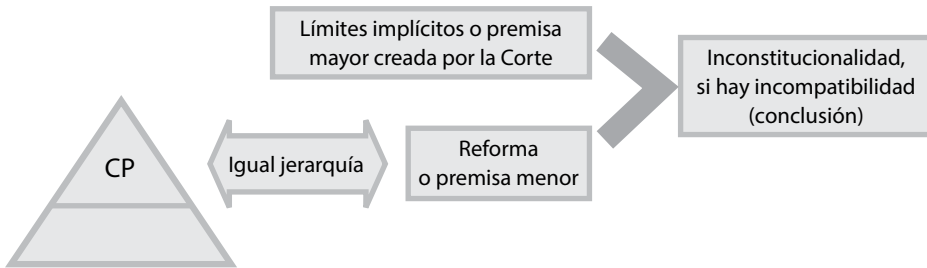
<sup>31</sup> La misma Corte ha aceptado que la labor de determinación de los elementos esenciales de la Constitución se debe establecer caso a caso (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1040 de 2005). Dice, así mismo, la Sentencia C-588 de 2009: “[A] medida que se le presenten casos diversos a la Corte, a partir de las premisas que de manera general se han fijado, están abiertas algunas opciones interpretativas en torno a los elementos y las condiciones en las

reforma es *incompatible* con el contenido del límite material implícito deducido por ella misma, el resultado será la inconstitucionalidad de la reforma.

(ii) Ahora bien, esa tesis presenta otro problema adicional (que se evidenciará con toda fuerza en la Sentencia C-579 de 2013) y es que el elemento esencial implícito creado *ad hoc* tiene una jerarquía supraconstitucional. En esa línea, y siguiendo la misma jurisprudencia, puede decirse que:

- a) la Constitución es norma de normas;
- b) a su vez, la reforma constitucional tiene la misma jerarquía que la Constitución porque, de lo contrario, no podría modificarla en ningún caso;<sup>32</sup>
- c) una reforma puede ser declarada inconstitucional por contrariar un límite esencial material implícito, deducido por la Corte Constitucional en la premisa mayor del juicio de sustitución;
- d) se concluye entonces que los límites esenciales implícitos gozan de una jerarquía superior que la reforma y, por lo tanto, que la misma Constitución: son normas supraconstitucionales.<sup>33</sup>

Este razonamiento puede graficarse así:



(iii) De lo anterior se deduce que la Corte Constitucional está creando normas supraconstitucionales que pueden dejar sin efecto una reforma constitucional. Esta situación genera un reparo democrático consistente en que la última palabra en asuntos constitucionales dejó de estar en manos de la ciudadanía y ahora está en el

---

cuales cabría predicar la existencia de un vicio competencial debido a una sustitución de la Constitución?

<sup>32</sup> Cf. Sentencia C-551 de 2003.

<sup>33</sup> Para algunos autores, si la reforma constitucional tiene la misma jerarquía que la Constitución, es inevitable que las normas que limitan el poder de reforma (independientemente de si estos límites son expresos, implícitos, formales o materiales) tengan rango supraconstitucional porque no de otro modo podrían dejar sin efecto una reforma. Al respecto, ver Leopoldo Uprimny, “¿Puede una reforma de la constitución ser inconstitucional?”, *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, núm. 174, 1957, p. 23; Alf Ross, “Sobre la autorreferencia y un difícil problema de derecho constitucional”, en *El concepto de validez y otros ensayos*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1969, pp. 80 y 81; y Peter Suber, *The paradox of self-amendment: A Study of Law, Logic, Omnipotence, and Change*, Nueva York, Peter Lang Publishing, 1990. Disponible en: <http://www.earlham.edu/~peters/writing/psa/sec18.htm>.

tribunal constitucional.<sup>34</sup> Así las cosas, ni siquiera una reforma aprobada por medio de un referendo con una altísima participación popular podrá eliminar un elemento esencial que la Corte haya decidido en ese caso concreto. Tal vez, por esa razón, Albert señala que un control de constitucionalidad de reformas efectuado con fundamento en elementos supraconstitucionales deducidos por el mismo tribunal, no entraña una dificultad contramayoritaria, sino más bien, supercontramayoritaria.<sup>35</sup> Esto quiere decir que en el control de constitucionalidad de las leyes, una postura jurisprudencial puede anularse por medio de una enmienda, como ha ocurrido cuatro veces en los Estados Unidos.<sup>36</sup> No obstante, si la reforma es controlada por el mismo tribunal cuya tesis pretende dejarse sin efecto, puede decirse que la última puerta de cambio pacífica (jurídica) del sistema positivo ha sido cerrada.<sup>37</sup>

A pesar de esta realidad, la Corte Constitucional sigue insistiendo en que (i) no hay control de fondo, sólo de competencia;<sup>38</sup> (ii) no hay normas supraconstitucionales;<sup>39</sup> y (iii) su actuación no es antidemocrática porque su objetivo es la salvaguarda de ciertos valores indisponibles por las mayorías como los derechos fundamentales.<sup>40</sup> A pesar de que las críticas expuestas arriba han tratado de dismantelar las tres con-

---

<sup>34</sup> Cf. Benítez R., *op. cit.*, pp. 38-42.

<sup>35</sup> Ver Richard Albert, "Nonconstitutional Amendments", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 22, núm. 5, 2009, p. 43.

<sup>36</sup> Akhil Amar (*America's Constitution: A Biography*, Nueva York, Random House, 2006, pp. 332, 405-409, 446 y 597) expone las cuatro ocasiones en las cuales una enmienda ha dejado sin efectos una tesis de la Suprema Corte.

<sup>37</sup> Este nuevo paradigma de control de constitucionalidad en Colombia tiene como modelo de derecho comparado el caso de la Corte Suprema de Justicia de la India. A partir de 1973, ese tribunal ha aceptado la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una reforma constitucional cuando afecte elementos de la *estructura básica*, los cuales son deducidos por esa misma institución judicial. Ver las sentencias de la Corte Constitucional C-551 de 2003 (notas al pie 14 y 19), C-572 de 2004 (párr. 26) y C-574 de 2011 (nota al pie 121). Por eso, en el fallo *Minerva Mills v. Union of India* (AIR 1980 SC 1789), la Corte Suprema decide declarar la inconstitucionalidad de aquella sección de la enmienda 42 que pretendía eliminar el escrutinio judicial por parte del tribunal supremo sobre las reformas constitucionales que violasen elementos materiales implícitos (doctrina de la estructura básica). Cf. Vivek Krishnamurthy, "Colonial Cousins: Explaining India and Canada's Unwritten Constitutional Principles", *The Yale Journal of International Law*, vol. 207, núm. 34, 2009, p. 219; y Sunder Raman, *Constitutional amendments in India*, Calcuta, Eastern Law House, 1989, p. 13.

<sup>38</sup> Ver, por ejemplo, la Sentencia C-588 de 2009.

<sup>39</sup> Cf. Sentencia C-1040 de 2005.

<sup>40</sup> Ver la Sentencia C-574 de 2011. Algunos de los autores más prominentes que defienden esta tesis sustancialista de la democracia son Rodrigo Uprimny, "Legitimidad y conveniencia de un control de constitucionalidad a la economía", *Revista de Derecho Público*, núm. 12, 2001, pp. 166-169; Walter Murphy, "Merlin's memory: The Past and Future Imperfect of the Once and Future Policy", en Sanford Levinson (ed.), *Responding to imperfection*, Princeton, Princeton University Press, 1995; y "An ordering of Constitutional Values", *Southern California Law Review*, núm. 53, 1979-1980; Luigi Ferrajoli, "Sobre la definición de 'Democracia'. Una discusión con Michelangelo Bovero", *Isonomía, Revista de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 19, 2003, p. 235; y Ronald Dworkin, "Igualdad, democracia y Constitución: nosotros el pueblo

clusiones, estas se pondrán a prueba a continuación pero bajo una óptica distinta: la posibilidad de expedir una sentencia aditiva (i.e., modular o condicionar una enmienda) cuando se controla la constitucionalidad de una reforma, como ocurrió en la Sentencia C-579 de 2013.

## 2. La Sentencia C-579: una providencia aditiva

Como ya se vio, las críticas a la nueva postura de la Corte Constitucional se enfilan a demostrar que este control implica un examen *sustancial o material* (prohibido por la Constitución), así como la creación antidemocrática de normas *supraconstitucionales*. Bajo este escenario, a continuación se explicarán las razones por las cuales la Sentencia C-579 de 2013 es aditiva, con lo que dichos reparos se corroboran y profundizan. Para esto, se revisarán los principales elementos que caracterizan a las sentencias aditivas de la mano de la doctrina y de la jurisprudencia constitucional. Posteriormente, se contrastarán estos rasgos distintivos con la sentencia mencionada.

### 2.1. Las sentencias aditivas

Una de las características clásicas del control concentrado de constitucionalidad reside en que el tribunal que confronta la norma infraconstitucional con la constitución tiene, fundamentalmente, una de dos alternativas: por un lado, declarar la constitucionalidad en caso de compatibilidad o, en el evento contrario, emitir un pronunciamiento de inconstitucionalidad.<sup>41</sup> Sin embargo, como bien lo refieren varios doctrinantes,<sup>42</sup> con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, la tipología

---

en los tribunales”, en Miguel Carbonell y Leonardo García (eds.), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 119 y 130.

<sup>41</sup> Por ese motivo, en el modelo continental tradicional creado por Hans Kelsen, la labor del tribunal constitucional era la de declarar la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de la disposición, en cuyo caso actuaría como una suerte de legislador negativo. Cf. Hans Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 36 y 37.

<sup>42</sup> Cf. Marina Gascón Abellán, “La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 14, núm. 41, mayo-agosto de 1994, pp. 63-65; César Landa, “Las sentencias atípicas en la jurisdicción constitucional latinoamericana”, en Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, t. I, México, D.F., UNAM, Max Planck Institut e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, p. 607; Luis Aguiar de Luque, “El tribunal constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y la inconstitucionalidad por omisión”, *Revista de Derecho Político*, núm. 24, 1987, p. 12; y María Ángeles Gutiérrez Zarza, “Las sentencias interpretativas y aditivas del Tribunal Constitucional español”, *Revista de Derecho Procesal*, núm. 3, 1995, p. 1028.



de las sentencias constitucionales sufre una transformación radical. En tal sentido, es común ver, hoy en día, que los tribunales expiden providencias intermedias (condicionadas o moduladas), esto es, que no responden a ninguno de los dos extremos de constitucionalidad-inconstitucionalidad.<sup>43</sup> Desde esa perspectiva, uno de los argumentos más frecuentemente utilizados por la doctrina y la jurisprudencia y que justificarían la existencia de estas sentencias intermedias o condicionadas, es que las constituciones de la segunda posguerra son normas jurídicas supremas y, en tal virtud, en ciertos casos las decisiones tradicionales (constitucionalidad-inconstitucionalidad) no garantizan de forma adecuada dicha supremacía.<sup>44</sup> Como resultado, los jueces han acudido a decisiones intermedias, en las cuales se procura conciliar distintos principios como el de conservación del derecho (mantener la norma analizada) con el de supremacía constitucional.<sup>45</sup>

Justamente una de esas situaciones, en las que el binomio constitucionalidad-inconstitucionalidad no es suficiente, se produce cuando existen omisiones legislativas. Aunque en la doctrina existen muy diversas definiciones, puede decirse que una omisión legislativa se presenta en aquellos eventos en los que (a) el legislador tiene la obligación *constitucional* de legislar,<sup>46</sup> pero (b) no lo hace o lo realiza defectuosamente, con lo cual (c) produce un quebrantamiento de la constitución. En

<sup>43</sup> Cf. Alejandro Martínez Caballero, “Tipos de sentencias en el control de constitucionalidad de las leyes: la experiencia colombiana”, *Revista Estudios Socio – Jurídicos*, vol. 2, núm. 1, 2000, pp. 10-12.

<sup>44</sup> Cf. Francisco Fernández Segado, “El control de las omisiones legislativas por el Bundesverfassungsgericht”, *Teoría y Realidad*, núm. 22, 2008, p. 109. Una de las mejores aproximaciones que existe en la doctrina colombiana sobre el particular puede verse en Abraham Sánchez Sánchez, *Sentencias interpretativas y control de constitucionalidad en Colombia*, Bogotá, Editorial Ibáñez, 2014.

<sup>45</sup> Fernández Segado, *op. cit.*, p. 133; Germán Bidart Campos, “Algunas reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales”, en Víctor Bazán (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá, Temis, 1997, p. 1; y Martínez Caballero, *op. cit.*, p. 30.

<sup>46</sup> En la doctrina, el incumplimiento por parte del legislador de una obligación impuesta por la Constitución es un elemento común a todas las definiciones. Al respecto, ver, entre muchos otros, Ángela Figueruelo Burrieza, “La incidencia positiva del tribunal constitucional en el poder legislativo”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 81, julio-septiembre de 1993, p. 67; César Astudillo, “La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México”, en Miguel Carbonell (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, D. F., UNAM, 2007, p. 307; Carlos Báez, “La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México”, en Miguel Carbonell (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, D. F., UNAM, 2007, p. 397; Aguiar de Luque, *op. cit.*, p. 27; Francisco Javier Díaz Revorio, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 355 (este autor cita la sentencia del Tribunal Constitucional español STC 24/1982 para señalar que la omisión inconstitucional requiere el incumplimiento de una obligación impuesta al legislador por la Constitución); y Francisco Fernández Segado, “La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?”, en Víctor Bazán (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá, Temis, 1997, pp. 11 y 14. En el mismo sentido, ver, entre otras, la sentencia de la Corte Constitucional C-351 de 2013.

otras palabras, la inacción del legislador produce una violación de la norma suprema porque (i) sus postulados no son eficaces<sup>47</sup> sin la *interpositio legislatoris*; o (ii) la norma expedida es imperfecta pues, a pesar de regular un asunto exigido constitucionalmente, esta regulación viola la constitución por excluir, sin razón alguna, a un grupo de personas que debió haber previsto.<sup>48</sup>

Para muchos autores, si bien es cierto que la labor tradicional de los tribunales constitucionales reside en el control de disposiciones (acciones del legislador), no es menos cierto que la desidia del Congreso, esto es, su omisión, puede ser igual o más lesiva que la de la constitución.<sup>49</sup> Por esa razón, y en atención al principio de supremacía, consideran que los jueces pueden controlar estas omisiones inconstitucionales.

Ahora bien, la pregunta que surge en este punto es: ¿Puede el juez constitucional controlar todas las omisiones legislativas? Sobre este respecto ha habido un prolijo debate en la doctrina (que no es preciso resolver acá puesto que no es el objeto de la investigación) pero, para el caso colombiano, y siguiendo la tradicional clasificación de Wesel,<sup>50</sup> se puede decir que la respuesta dependerá del tipo de omisión ante la cual se enfrente el juez. De acuerdo con esto, es un lugar común en la doctrina dividir las omisiones legislativas en dos categorías:

- Por un lado, las omisiones legislativas absolutas (*silencios del legislador*<sup>51</sup>) se configuran en aquellos casos en los que el legislador ha omitido por completo expedir una norma legal, de tal modo que el mandato constitucional que le impone la obligación de legislar se vuelve inoperante.<sup>52</sup> Así, por

---

<sup>47</sup> Cf. Gerardo Eto Cruz, “Una defensa constitucional: la acción de inconstitucionalidad por omisión”, en Juan Vega Gómez y Edgar Corzo Sosa (coords.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*, México, D. F., UNAM, 2002, p. 96; y José Julio Fernández Rodríguez, “La inconstitucionalidad por omisión en Brasil”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 42, 1995, p. 208.

<sup>48</sup> Según Martín de la Vega, en las omisiones inconstitucionales relativas existe una norma implícita de exclusión que es inconstitucional. Esa norma implícita es declarada inconstitucional gracias a la integración del supuesto omitido que efectúa el mismo tribunal (Augusto Martín de la Vega, *La sentencia constitucional en Italia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 221 y 237-239).

<sup>49</sup> Cf. Figueruelo Burrieza, *op. cit.*, p. 65; y Andrés Morales Velásquez, “Un modelo para el control de las omisiones legislativas, su aplicación en la jurisprudencia constitucional comparada y colombiana”, *Revista Pensamiento Jurídico*, núm. 32, septiembre-diciembre de 2011, p. 293.

<sup>50</sup> Al respecto, ver José Julio Fernández Rodríguez, “Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión”, en Miguel Carbonell (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, D. F., UNAM, 2007, p. 42.

<sup>51</sup> Expresión utilizada por Francisco Javier Díaz Revorio (“El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 61, núm. 21, enero-abril de 2001, p. 84).

<sup>52</sup> Para Bazán, en los casos de omisiones legislativas absolutas “hay ausencia total de la norma que debería regular una determinada situación jurídica fijada constitucionalmente”

ejemplo, para el caso colombiano, se podría decir que existe una omisión legislativa absoluta por parte del Congreso en relación con el artículo 53 Superior, dado que, a la fecha, este no ha expedido el estatuto del trabajo con los componentes reseñados en dicha disposición constitucional.

- Por otro lado, las omisiones legislativas pueden ser relativas (*silencios de la ley*<sup>53</sup>) cuando el legislador ha regulado una materia por cuenta de una obligación impuesta por el constituyente, pero lo ha hecho de manera defectuosa con lo cual se viola la constitución.<sup>54</sup> Generalmente, este tipo de omisiones desconocen el principio de igualdad porque, por ejemplo, otorgan unos beneficios u oportunidades a ciertos grupos, pero excluyen de su regulación a otros, a pesar de que estos se encuentran en un plano de igualdad.<sup>55</sup> Sin embargo, puede ocurrir también que se produzca una omisión relativa cuando el legislador olvidó incluir un ingrediente en la ley que era esencial para que esta fuese compatible con la constitución como ocurriría en el caso de excluir el derecho a la defensa de las leyes que regulan los procesos judiciales.<sup>56</sup>

Según la Corte Constitucional y buena parte de la doctrina, las únicas omisiones que pueden ser examinadas a la luz del control judicial son las relativas.<sup>57</sup> Esto es así en tanto que: (i) en las absolutas no existe ninguna norma legal sobre la cual recaiga el control, mientras que la Corte solo está habilitada para realizar control sobre normas; (ii) en las omisiones absolutas, el juez excedería sus atribuciones al crear la ley omitida. Piénsese nuevamente en el caso del estatuto del trabajo. En dicha hipótesis

---

(Víctor Bazán, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvenientes. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2014, p. 117).

<sup>53</sup> Díaz Revorio, “El control de constitucionalidad de las omisiones...”, *op. cit.*, p. 84.

<sup>54</sup> Para Bazán, existe una omisión legislativa relativa “si se hubiera sancionado un dispositivo legislativo pero de modo insuficiente, excluyendo arbitrariamente de su cobertura a determinados grupos o personas y violando así el principio de igualdad o en ciertos casos otros, como el debido proceso” (Bazán, *op. cit.*, p. 103).

<sup>55</sup> Sobre la omisión legislativa relativa como quebrantamiento del principio de igualdad por exclusión injustificada puede verse Figueruelo Burrieza, *op. cit.*, p. 67; Javier Vecina, “El control por el tribunal constitucional de las omisiones legislativas lesivas del principio de igualdad”, *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, vol. 1, núm. 2, 1993-1994, p. 488; y Javier Pérez Royo, “Inconstitucionalidad por omisión”, en Manuel Aragón (coord.), *Temas básicos de derecho constitucional*, Madrid, Civitas, 2001, p. 67. En Alemania, este fenómeno se denomina “exclusión arbitraria de beneficio” (Fernández Segado, “El control de las omisiones...”, *op. cit.*, p. 106).

<sup>56</sup> Ver Martínez Caballero, *op. cit.*, p. 24, y Bazán, *op. cit.*, p. 120.

<sup>57</sup> Cf. Fernández Rodríguez, “Aproximación al concepto de...”, *op. cit.*, p. 42; y María Ángeles Ahumada Ruíz, “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 8, enero-abril de 1991, p. 172. En el mismo sentido, ver las sentencias C-351 de 2013 y C-543 de 1996.

sería muy extraño pensar que la Corte, por cuenta de una sentencia judicial, pueda diseñar toda una regulación laboral.<sup>58</sup>

De conformidad con lo anterior, cabe preguntarse nuevamente: ¿A qué tipo de sentencias puede recurrir el juez con el fin de reparar la inconstitucionalidad de una omisión parcial? Como ya se advirtió al comienzo de este apartado, las sentencias tradicionales no son adecuadas, toda vez que: (i) en caso de declarar la inconstitucionalidad de la norma acusada de omitir parcialmente, el efecto práctico sería perjudicial porque, no obstante que la norma es defectuosa por excluir indebidamente, la anulación con efectos *erga omnes* de la disposición implicaría que nadie (ni siquiera los inicialmente incluidos en el radio de acción de esta) podría acceder a los beneficios o derechos previstos por esta;<sup>59</sup> y (ii) en caso de que la norma se declare constitucional pura y simplemente, el efecto nocivo sería que una norma que atenta contra la constitución permanece en el ordenamiento jurídico.

Por lo anterior surgen varias modalidades de sentencias intermedias para enervar las implicaciones adversas de una omisión relativa, de tal modo que, simultáneamente, se garantice la supremacía constitucional, así como los efectos positivos de la norma legal. Estas modalidades pueden ser descritas a la luz de la mayor o menor intervención del juez constitucional y la correlativa restricción o deferencia a la labor del legislador.<sup>60</sup>

- Sentencias bilaterales: Son aquellas en las cuales el tribunal constitucional no declara la constitucionalidad ni la inconstitucionalidad, pero tampoco repara por sí mismo el defecto de la norma, sino que, en conjunto con el legislador, procura subsanar la omisión.<sup>61</sup> Algunos ejemplos que ofrece el derecho comparado son:

---

<sup>58</sup> Por ese motivo, como se verá más adelante, uno de los requisitos para que un juez pueda reparar una omisión es que no exista discrecionalidad en el momento de llenar el vacío, es decir que la solución venga impuesta por la Constitución.

<sup>59</sup> Cf. Vecina, *op. cit.*, p. 489, y Juan José Gómez de la Escalera, “Las sentencias interpretativas e integrativas del tribunal constitucional. Su problemática”, *Revista General de Derecho*, núms. 592-593, 1994, pp. 182-183. Un ejemplo relativamente reciente para ilustrar el punto se puede encontrar en la Sentencia C-586 de 2014. La norma analizada establecía ciertos supuestos en los cuales no se requería el pago de la cuota de compensación militar, por ejemplo, a personas que pertenecieran a los niveles 1, 2 y 3 del sistema de identificación y selección de beneficiarios (SISBEN). Sin embargo, no incluyó dentro de este beneficio a otras personas como los adolescentes que al cumplir la mayoría de edad estuvieran bajo el cuidado del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Una declaratoria de inconstitucionalidad pura y simple (retirar la norma del ordenamiento) hubiese afectado a los ya incluidos en la disposición analizada.

<sup>60</sup> Clasificación propuesta, entre otros, por Díaz Revorio, “El control de constitucionalidad de las...”, *op. cit.*, pp. 85 y 86.

<sup>61</sup> Para algunos, estas sentencias son “más respetuosas con el ámbito funcional que le corresponde al legislador, al tiempo que permiten que la igualdad, como valor y principio

- Inconstitucionalidad sin nulidad:<sup>62</sup> Esta modalidad es utilizada con mucha frecuencia por el Tribunal Constitucional Federal Alemán y, en menor medida, por el español. En estos casos, el juez decide que la norma es incompatible (inconstitucional), pero no la retira del ordenamiento jurídico (no hay nulidad) con el propósito de que no exista un traumatismo producto del vacío generado por la expulsión de la disposición del sistema positivo. Sin embargo, al mismo tiempo se advierte que la norma es contraria a la constitución, con lo cual el llamado a reparar este defecto es el mismo legislador.
- *Aún no es inconstitucional*: Se trata de decisiones en las que el juez considera que la disposición analizada no es inconstitucional, pero que, con el correr del tiempo, puede resultar incompatible con la carta política.<sup>63</sup> Así, el tribunal usualmente le advierte al congreso que la disposición está en camino de ser inconstitucional para que repare el defecto con una nueva ley.<sup>64</sup>
- Exhortos o apelaciones: Se trata de invitaciones al legislador para que expida una nueva norma que haga frente a la omisión inconstitucional.<sup>65</sup>
- Diferir efectos temporales: Por medio de este tipo providencias se declara la inconstitucionalidad de la disposición, pero se pospone un tiempo prudencial la anulación de la misma. Esto para que el legislador apruebe una nueva ley.<sup>66</sup>
- Sentencias unilaterales: Son los pronunciamientos en los que la omisión es reparada por el mismo tribunal constitucional en su sentencia. El típico caso de este tipo de fallos son las sentencias aditivas en las cuales se decla-

---

constitucional, despliegue su eficacia” (Díaz Revorio, *Valores superiores...*, *op. cit.*, p. 362). En el mismo sentido se pronuncia Vecina, *op. cit.*, p. 493.

<sup>62</sup> Cf. Klaus Schlaisch, “El Tribunal Constitucional Federal Alemán”, en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 194; y Julio César Tejedor Bielsa, “Inconstitucionalidad y nulidad demorada, ¿paliativo a la nueva jurisprudencia sobre supletoriedad? La STC 195/1998, de 1 de octubre”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 101, 1999, p. 123.

<sup>63</sup> Por ejemplo, las normas legales que regulan, en el caso alemán, la representación electoral de manera proporcional con el tamaño poblacional de ciertas regiones pueden llegar a ser inconstitucionales cuando existan cambios demográficos súbitos que quiebren la regla de la proporcionalidad en la representación.

<sup>64</sup> Sobre este tipo de sentencias, ver Schlaisch, *op. cit.*, p. 199, y Hans-Peter Schneider, “Jurisdicción constitucional y separación de poderes”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 2, núm. 5, mayo-agosto de 1982, pp. 58-59.

<sup>65</sup> Sobre esta tipología de sentencias, ver Klaus Stern, *Jurisdicción constitucional y legislador*, Madrid, Dykinson, 2009, p. 65.

<sup>66</sup> Esto es especialmente útil cuando existe más de una alternativa para llenar la omisión legislativa. Cf. Vecina, *op. cit.*, p. 493.

ra la constitucionalidad<sup>67</sup> bajo el entendido que se incluya el supuesto de hecho omitido por el legislador.<sup>68</sup> Uno de los puntos centrales que caracterizan a las sentencias aditivas es que la integración que efectúa el juez no puede ser discrecional sino que debe venir impuesta o preordenada por la misma *Constitución*.<sup>69</sup> En otras palabras, si existen múltiples opciones de integración, el juez no puede recurrir a una sentencia aditiva, sino a una bilateral porque ese margen de discrecionalidad obedecería a un juicio de apreciación o conveniencia que es propio del legislador (libertad de configuración legislativa).

Ahora bien, para finalizar esta caracterización de las sentencias aditivas, se debe tener en cuenta que, de acuerdo con la doctrina, se trata de una auténtica forma en la cual los jueces crean derecho debido a que se modifica, por medio del pronunciamiento judicial, el texto mismo de la ley defectuosa en tanto que esta no podrá entenderse de manera correcta sino a la luz de la integración respectiva.<sup>70</sup> Así, dado que estos pronunciamientos suponen un reto al principio de separación de poderes<sup>71</sup>

<sup>67</sup> Sin embargo, en algunos casos, como en Italia, el pronunciamiento aditivo puede ser estimatorio. Cf. Díaz Revorio, “El control de constitucionalidad de...”, *op. cit.*, p. 102.

<sup>68</sup> De acuerdo con Olano, las sentencias integradoras “[s]on aquellas que declaran la ilegitimidad constitucional de la previsión omitida que debería haber sido prevista por la ley para que ésta fuera constitucional. En estas sentencias, la Corte no anula la disposición acusada, pero le agrega un contenido que la hace constitucional. Se incorpora un elemento nuevo al enunciado normativo, extendiendo la norma para que asuma un supuesto de hecho no contemplado en sus inicios” (Hernán A. Olano G., “Tipología de nuestras sentencias constitucionales”, *Vniversitas*, núm. 108, diciembre de 2004, p. 578). En el mismo sentido, ver Sánchez Sánchez, *op. cit.*, pp. 348-352.

<sup>69</sup> Así, por ejemplo, en un reciente fallo, la Corte Constitucional analizó la constitucionalidad de una ley que establecía que únicamente los profesionales en trabajo social podrían hacer parte de los comités de adopciones que definen, en gran medida, si una solicitud de adopción de un niño, una niña o adolescente es conveniente. El demandante consideró que se excluyó, sin razón alguna, a los profesionales en desarrollo familiar que tienen las mismas competencias técnicas para definir si una petición de adopción es conveniente o no. En dicho caso, la Corte declaró la exequibilidad de la disposición “siempre y cuando se entienda que la expresión ‘trabajador social’ también comprende a los profesionales en desarrollo familiar”. Como se observa, el margen de discrecionalidad de la Corte para añadir el supuesto omitido era nulo, dado que el principio de igualdad le imponía una única salida: integrar o añadir a la norma el supuesto omitido, vale decir, los desarrolladores familiares. En otras palabras, no le era dable al juez añadir una interpretación o supuesto distinto a este (Cf. Sentencia C-505 de 2014).

<sup>70</sup> Con razón, Zagrebelsky denomina estas sentencias aditivas como “legislativas” (Gustavo Zagrebelsky, “El Tribunal Constitucional italiano”, en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 450). En el mismo sentido, ver Vecina, *op. cit.*, p. 490; Aguiar de Luque, *op. cit.*, p. 28; Edgar Solano González, *Sentencias manipulativas e interpretativas y respeto a la democracia en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 21; y Gutiérrez Zarza, *op. cit.*, p. 1006.

<sup>71</sup> Cf. Landa, *op. cit.*, p. 601; Aguiar de Luque, *op. cit.*, p. 26; y Francisco Rubio Llorente, *La forma del poder*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 491.

y a la democracia,<sup>72</sup> la doctrina ha establecido que el recurso a este tipo de sentencias debe tener ciertos límites como los siguientes: (i) el uso de las sentencias aditivas debe ser de *ultima ratio* o cuando exista una necesidad constitucional inaplazable;<sup>73</sup> (ii) solo puede proferirse si la integración del supuesto omitido viene impuesta directamente por la constitución, es decir, si existe una sola respuesta u opción integrativa (no discrecionalidad);<sup>74</sup> y (iii) no puede utilizarse en asuntos penales.<sup>75</sup>

De acuerdo con lo anterior y, para concluir, se puede decir que las características más sobresalientes de las sentencias aditivas son las siguientes:

- a) El primer presupuesto de la producción de estas sentencias es la existencia del incumplimiento de una obligación constitucional impuesta al legislador (generalmente, el principio de igualdad). Por lo tanto, se trata de un control *material* porque se requiere comprobar si el contenido de la disposición legal es insuficiente frente a, por ejemplo, el derecho a la igualdad que exige dar un trato semejante a situaciones similares.<sup>76</sup>

<sup>72</sup> Una de las aproximaciones más sugerentes de la doctrina norteamericana señala que el *judicial review* de las omisiones encarna un problema doblemente contramayoritario: el juez no sólo inspecciona la obra de funcionarios elegidos democráticamente (hasta allí el reparo contramayoritario tradicional formulado por A. Bickel) sino que, además de esto, los sustituye expidiendo la disposición omitida (Robert A. Schapiro, "The Legislative Injunction: A Remedy for Unconstitutional Legislative Inaction", *The Yale Law Journal*, vol. 99, núm. 1, 1989, p. 245).

<sup>73</sup> Cf. Díaz Revorio, *Valores superiores...*, *op. cit.*, p. 363; Schlaisch, *op. cit.*, p. 195; y Schapiro, *op. cit.*, p. 246. Como se mencionó en la nota al pie 62, el primer recurso debe ser una sentencia bilateral.

<sup>74</sup> Este fenómeno ha sido bautizado por Crisafulli como "*rime obbligate*", esto es, la norma omitida es asignada directamente por la Constitución, con lo que no hay discrecionalidad para el juez, a tal punto que se podría decir que este no crea la norma por medio de la sentencia aditiva, sino que simplemente aplica la Constitución, que es la que impone la disposición olvidada (Martín de la Vega, *op. cit.*, pp. 236, 247 y 298). En el mismo sentido, ver Figueruelo Burrieza, *op. cit.*, p. 69; Vecina, *op. cit.*, pp. 491-492; Díaz Revorio, *Valores superiores...*, *op. cit.*, p. 363; Fernández Segado, "La inconstitucionalidad por omisión...", *op. cit.*, p. 21; Martínez Caballero, *op. cit.*, pp. 31-32; Gascón Abellán, *op. cit.*, p. 73; Gutiérrez Zarza, *op. cit.*, p. 1039; Roberto Romboli, "La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental", *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 16, núm. 48, septiembre-diciembre 1996, p. 65; Silvia Ortiz Herrera, "Articulación del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial en la labor interpretativa de la constitución. Especial referencia a las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional", *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 12, 1997, p. 632; y Giustino D'Orazio, "Aspectos y problemas de la justicia constitucional italiana", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 31, 1991, pp. 66 y 70-72.

<sup>75</sup> Ver Figueruelo Burrieza, *op. cit.*, p. 70, y Martín de la Vega, *op. cit.*, p. 290.

<sup>76</sup> Por eso, es usual que en la doctrina se refiera que se requiere una *violación* o *transgresión* del principio de igualdad. En otros casos, se insiste en que el fundamento de estas sentencias es el principio de *interpretación conforme* al fondo de la Constitución. Sobre el punto, ver Figueruelo Burrieza, *op. cit.*, p. 67; Landa, *op. cit.*, pp. 612-613; Alessandro Pizzorusso, "El Tribunal Constitucional italiano", en *Tribunales constitucionales europeos y derechos funda-*

- b) El segundo presupuesto de este tipo de pronunciamientos es la supremacía constitucional, es decir, la *existencia de una norma superior a la ley analizada*. Este parámetro es el criterio de corrección con fundamento en el cual el juez realiza la integración, es decir, este no puede crear normas de la nada, sino que puede hacerlo únicamente con fundamento en la Constitución y en aquellos casos en los que la respuesta viene preordenada por la misma.<sup>77</sup>
- c) Por último, son pronunciamientos en los cuales *se modifican y crean normas legales*<sup>78</sup> a la luz de la Constitución porque un supuesto de hecho omitido por el legislador se integra al texto de la disposición. Y debe recordarse que este tipo de sentencias tienen efectos *erga omnes*.

## 2.2. La Sentencia C-579: el poder constituyente permanente de la Corte

Ahora bien, teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, es posible afirmar que la sentencia referida es una providencia aditiva con una particularidad: no se trata de una adición o modificación de una *ley*, sino de *un acto legislativo (una norma constitucional)* por medio de una sentencia,<sup>79</sup> lo que supone una serie de retos y nuevos problemas. Veamos.

Lo primero que hay que decir es que por medio de la Sentencia C-579 de 2013, la Corte analizó una acción de inconstitucionalidad en la cual se argumentaba que

---

*mentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 264; e Ignacio Villaverde, “La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional”, en Miguel Carbonell (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, D. F., UNAM, 2007, pp. 56 y 59.

<sup>77</sup> Cf. Díaz Revorio, “Valores superiores...”, *op. cit.*, pp. 346, 352 y 357.

<sup>78</sup> Uno de los argumentos más interesantes para considerar que se trata de una verdadera labor legislativa, a la luz de la Constitución, es el siguiente: frecuentemente se afirma que uno de los fundamentos de las aditivas es el largo tiempo que toma el legislador para expedir una norma que llene el supuesto omitido y, en tal virtud, se pide que el Tribunal *lo haga* en su sentencia. Así “[e]l argumento de la inercia del legislador que se utiliza a menudo para justificar las sentencias intermedias unilaterales [...] es la mejor demostración de que los tribunales constitucionales están realizando efectivamente una función de legislador positivo” (Eliseo Aja y Markus González Beilfuss, “Conclusiones generales”, en Eliseo Aja (ed.), *Las tensiones entre el tribunal constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998, p. 279). En el mismo sentido, ver Francisco Javier Ezquiaga, “Diez años de fallos constitucionales (sentencias interpretativas y poder normativo del Tribunal Constitucional)”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 31, 1991, pp. 135, 139 y 140.

<sup>79</sup> Como bien señalan Robledo y Ramírez (*op. cit.*, p. 607), “se tiene que resaltar que esta Sentencia de constitucionalidad de una reforma a la Constitución establece, por primera vez, una interpretación por vía jurisprudencial de una reforma a la Constitución. Las llamadas sentencias interpretativas como una forma de condicionamiento vía jurisprudencial, se habían utilizado hasta la fecha en la jurisprudencia colombiana para el control de constitucionalidad de las leyes, pero no para el control de constitucionalidad de reformas a la Constitución”. A pesar de esto, el análisis de estos autores sobre el particular es meramente descriptivo.



el inciso 4° del artículo transitorio 66 de la Constitución (creado por el Acto Legislativo 1 de 2012 y cuyo objetivo es fijar un marco constitucional para la justicia transicional) era una sustitución por cuanto al permitir centrar los esfuerzos de investigación penal en “los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática”<sup>80</sup> se eliminaba uno de los elementos esenciales de la Constitución: la obligación del Estado de garantizar los derechos humanos, específicamente los de las víctimas.

Para resolver el caso, la Corte aplicó el denominado test de sustitución así:

- Premisa mayor: El elemento esencial de la Constitución es “el compromiso del Estado social y democrático de derecho de respetar, proteger y garantizar los derechos de la sociedad y de las víctimas”. De este elemento se deriva un deber concreto: “(i) la obligación de investigar, juzgar y en su caso sancionar (ii) las graves violaciones a los derechos humanos y (iii) al derecho internacional humanitario”.<sup>81</sup>
- Premisa menor: De acuerdo con la Corte, la reforma analizada establece: (1) el objetivo de buscar la paz de manera duradera; (2) la posibilidad de centrar la investigación penal en los máximos responsables de los delitos que puedan ser calificados como crímenes de guerra, delitos de lesa humanidad o de genocidio que hayan sido cometidos sistemáticamente (en relación con el conflicto armado); (3) la posibilidad de renunciar a la persecución penal de los casos no seleccionados; y (4) la posibilidad de aplicar sanciones extrajudiciales.
- Conclusión: Finalmente, indica que los elementos señalados no eliminan el pilar fundamental identificado en la premisa mayor, es decir, la reforma es constitucional. Esto por cuanto la concentración en la investigación penal

---

<sup>80</sup> Acto Legislativo 1 de 2012, “Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

<sup>81</sup> Según la Corte, (i) esta obligación “implica la realización de todos los esfuerzos posibles para investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. En este sentido, la investigación debe ser seria, imparcial, efectiva, cumplida en un plazo razonable y con la participación de las víctimas y la sanción deberá consistir en una pena proporcional y efectiva”. Por su parte las graves violaciones de los derechos humanos (ii) son “las siguientes: a) las ejecuciones extrajudiciales, b) las desapariciones forzadas, c) la tortura; d) el genocidio; e) el establecimiento o mantenimiento de personas en estado de esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso; f) la detención arbitraria y prolongada; g) el desplazamiento forzado; h) la violencia sexual contra las mujeres y i) el reclutamiento forzado de menores”. Finalmente, (iii) los delitos que constituyen graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario son: “los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el genocidio” (sentencia de la Corte Constitucional C-579 de 2013).

con los criterios esbozados más arriba, no desconoce el deber del Estado de proteger los derechos de las víctimas en un marco de justicia transicional puesto que los delitos más graves y representativos recibirán algún tipo de sanción.<sup>82</sup>

Ahora bien, luego de esto, esa corporación judicial señala que “la forma como están redactadas las expresiones demandadas puede dar lugar a algunas interpretaciones cuya aplicación en la ley estatutaria o en otras formas de implementación del Acto Legislativo pueden conllevar a la anulación o el desconocimiento de la obligación de garantía de investigar, juzgar y en su caso sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario”.<sup>83</sup> En otros términos, podría decirse que la Corte reconoce que el texto de la norma constitucional por sí solo (la premisa menor), no es suficiente para que esta sea compatible con el deber del Estado de garantizar los derechos de las víctimas (la premisa mayor o elemento esencial) y, en consecuencia, es “necesario *fixar una serie de parámetros* en su interpretación para evitar que la misma pueda convertirse en un instrumento para la impunidad y para el desconocimiento de los derechos de las víctimas” (énfasis agregado).<sup>84</sup>

Los parámetros jurisprudenciales mediante los que debe leerse la norma son nueve,<sup>85</sup> de los cuales es preciso destacar algunos por guardar estrecha relación con el objetivo de este artículo:

- Una de las condiciones que establece el texto de la disposición para acceder a los beneficios de la justicia transicional es la *dejación de las armas*. Sin embargo, la Corte estima que esto no es suficiente, así que se *añade* que además de eso se debe “terminar” el conflicto armado, esto es, desmantelar la organización encargada de la comisión de delitos.<sup>86</sup>
- En segundo lugar, se *añade* también que: (1) debe existir un recurso judicial en favor de las víctimas para impugnar la decisión tomada por la Fiscalía,

---

<sup>82</sup> Teniendo en cuenta que el propósito de este escrito no es analizar en profundidad la aplicación del juicio de sustitución en este caso, sino la modulación efectuada, se remite a las consideraciones (específicamente la señalada con el numeral 8.3.2) de la sentencia, en las cuales se podrán apreciar de manera concreta los argumentos específicos de la Corte Constitucional que la llevaron a concluir que no existe incompatibilidad alguna entre la premisa mayor y menor del test de sustitución y, como consecuencia de ello, no hay sustitución. Así mismo, ver Robledo y Ramírez, *op. cit.*, pp. 600-608.

<sup>83</sup> Extracto tomado de la consideración jurídica 8.4.

<sup>84</sup> En esta parte, la Corte no ofrece ninguna razón que soporte esta afirmación, a pesar de que supone la modulación de una norma de rango constitucional.

<sup>85</sup> Ver consideraciones jurídicas 8.4.1 a 8.4.9 de la sentencia aludida.

<sup>86</sup> Ver consideración jurídica 8.4.1.

en el evento en el que su caso no sea seleccionado; y (2) se debe otorgar asesoría técnica para que las víctimas puedan ejercer sus derechos.<sup>87</sup>

- Así mismo, en la sentencia se señala que la *investigación* no sólo deberá centrarse en los máximos responsables, sino que se *añade* que también deben *imputarse y juzgarse todas* las graves violaciones de los derechos humanos, del DIH, del Estatuto de Roma, así como las conductas que constituyan delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio.<sup>88</sup>
- Se *añaden* nuevos criterios de priorización en función de ciertos delitos graves como las “ejecuciones extrajudiciales, la tortura, las desapariciones forzadas, la violencia sexual contra las mujeres en el conflicto armado, las desapariciones forzosas, desplazamiento forzado y el reclutamiento ilegal de personas, cometidos a través de crímenes de guerra, delitos de lesa humanidad y genocidio”.<sup>89</sup>
- Por otro lado, se establece que la ley estatutaria que desarrolle el acto legislativo *deberá* fijar los criterios de selección y priorización.<sup>90</sup>
- Se *añade* que la suspensión total de la ejecución de la pena no procede para los máximos responsables de delitos de lesa humanidad, genocidio o crímenes de guerra cometidos sistemáticamente.<sup>91</sup>
- Finalmente, en la parte resolutive de la sentencia, la Corte decide “[d]eclarar la exequibilidad del inciso cuarto del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2012, en los términos señalados en esta sentencia”<sup>92</sup> (énfasis agregado).

De conformidad con lo anterior, se puede observar que la Corte profirió un pronunciamiento aditivo por las siguientes razones.<sup>93</sup> En primer lugar, añadió supuestos que no se deducen directamente de la disposición controlada y sin los cuales no se puede interpretar correctamente. Así las cosas, ha habido una *genuina creación* de varias normas de rango constitucional (i.e., poder constituyente). Así,

<sup>87</sup> Cf. Consideración jurídica 8.4.2.

<sup>88</sup> Cf. Consideración jurídica 8.4.3.

<sup>89</sup> Cf. Consideración jurídica 8.4.4.

<sup>90</sup> Cf. Consideración jurídica 8.4.7. El texto del Acto Legislativo dispone que la Ley Estatutaria *podrá* (no *deberá*, como dijo la Corte) establecer estos criterios.

<sup>91</sup> Cf. Consideración jurídica 8.4.9.

<sup>92</sup> Sobre este punto, Robledo y Ramírez afirman que “la Sentencia C-574 de 2013 establece que el Acto Legislativo 01 de 2012 (Marco Jurídico para la paz) es exequible ‘en los términos señalados en la Sentencia’. Es decir que aunque se declara constitucional dicha reforma a la Constitución, en el sentido que no sustituye los pilares esenciales o estructurales de la Constitución, se hace referencia en la parte motiva de la Sentencia a que deben tenerse en cuenta los ‘Parámetros interpretativos’ del Acto Legislativo” (*op. cit.*, p. 607).

<sup>93</sup> Para Robledo y Ramírez, se trata del condicionamiento de una reforma: “[L]a Corte en una labor ya no de interpretación del propio Acto Legislativo 01 de 2012, sino más bien de condicionamiento de la reforma constitucional establece que es necesario fijar unos ‘Parámetros de interpretación del Acto Legislativo’” (*op. cit.*, p. 605).

por ejemplo, si bien el Acto Legislativo no dice expresamente que se deberá crear un recurso judicial para las víctimas, la sentencia lo hace. Y su supremacía frente a las demás normas del ordenamiento se corrobora en que si la ley estatutaria que desarrolle esta disposición constitucional no contiene dicho recurso, podrá decirse que hay una omisión *inconstitucional* que quebranta la sentencia (no el nudo texto constitucional).<sup>94</sup> Además, teniendo en cuenta que la parte resolutive de la sentencia señala que la exequibilidad se sujeta a los términos expresados en la sentencia, se puede decir que estas nuevas normas constitucionales tienen efecto *erga omnes*, es decir, obligan a todos los habitantes del territorio nacional.<sup>95</sup>

Por otra parte, estas adiciones provienen de una norma superior a la reforma (y, por tanto, a la Constitución) que es creada caso a caso por la Corte: el elemento esencial implícito identificado en la premisa mayor que, en pocas palabras, confirma que se trata de una norma *supraconstitucional*. En efecto, todas las normas constitucionales jurisprudenciales añadidas tienen como fundamento la obligación del Estado de garantizar los derechos de la sociedad y de las víctimas. Este parámetro supraconstitucional funge como estándar de corrección a partir del cual se agregan los supuestos faltantes. Si se observa en detalle, el argumento que refiere la Corte para fijar estas interpretaciones autorizadas de la enmienda es “evitar que la misma pueda convertirse en un instrumento para la impunidad y para el desconocimiento de los derechos de las víctimas”, que es, a su turno, la premisa mayor deducida. En último término, en este caso, el agente que crea la norma (premis mayor) y la aplica al escrutinio de la reforma constitucional es el mismo, con lo cual se quiebra una de las reglas básicas de la legitimidad del juez.<sup>96</sup> Esta conclusión es particular-

---

<sup>94</sup> En ese sentido, Gonzalo Villa refiere que “la Corte introduce en esta sentencia diversos criterios obligatorios de interpretación del acto legislativo, que complementan los límites al margen de discrecionalidad del legislador previstos en la reforma” (Gonzalo Villa Rosas, “La Sentencia C-579 de 2013 y la doctrina de la sustitución de la Constitución”, en Kai Ambos (coord.), *Justicia de transición y constitución: Análisis de la Sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Bogotá, Temis, CEDPAL y Fundación Konrad Adenauer, 2014, p. 101). Este mismo razonamiento (las adiciones como límite a la libertad de configuración del legislador estatutario) es aplicable no solo a la adición del recurso judicial, sino a las restantes añadidas efectuadas por la Corte.

<sup>95</sup> Cf. artículo 243 de la Constitución. Es paradójico que en Colombia exista un control judicial sumamente fuerte sobre las reformas constitucionales expedidas por el Congreso (por forma y competencia-fondo según se vio en la parte 1° *supra*) pero, al mismo tiempo, estas normas constitucionales creadas por la Corte no tienen ninguna clase de control externo. De tal modo que la afirmación según la cual la producción de sentencias aditivas sobre las *leyes* llevan al juez a involucrarse “positivamente en la labor legislativa del Parlamento” (Aguar de Luque, *op. cit.*, p. 14), aplica en este tipo de casos con la diferencia de que esa intervención judicial ocurre esta vez en la labor *constituyente* del Congreso y de la ciudadanía.

<sup>96</sup> Para Habermas, la legitimidad y racionalidad de una decisión judicial radica en que esta se basa en razones que vienen dadas por una autoridad superior o diferente al aplicador. La cuestión no debe ser autorreferencial (Jürgen Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en términos de teoría del discurso*, Madrid, Editorial Trotta, 1998, pp. 311 y 335).

mente relevante porque se puede asegurar que la Corte Constitucional no solo está ejerciendo poder constituyente al modular (*modificar una norma constitucional*), sino un poder superior a este, al confeccionar normas superiores a la Constitución. Con ello, ni siquiera por medio de un referendo constitucional o una asamblea nacional constituyente podría eliminarse ese elemento esencial implícito, toda vez que esas reformas muy seguramente serán consideradas como una sustitución de la Constitución. Es decir, el pueblo tiene cerradas las vías jurídicas para controlar la actuación del tribunal.<sup>97</sup>

Finalmente, el control que adelanta es *material* porque compara los contenidos de la premisa mayor con el alcance sustancial de la premisa menor, a tal punto que (i) si hay incompatibilidad, habrá habido una sustitución; (ii) si son compatibles, la reforma es constitucional; y (iii) el contenido de la premisa mayor es el estándar de corrección para declarar la exequibilidad condicionada, es decir, para adherir supuestos no previstos inicialmente en la norma constitucional modificatoria.<sup>98</sup>

### 3. Una reflexión sobre la dinámica constitucional colombiana: un equilibrio inestable

El análisis adelantado hasta este punto se enmarca dentro de una estricta dogmática constitucional, rigurosamente disciplinar, que da cuenta de los argumentos en virtud de los cuales es posible afirmar que las consideraciones adoptadas en la sentencia bajo análisis, con el fin de hacer un control sustancial de los actos legislativos, resultan cuando menos insuficientes en el momento de dar sustento a la determinación finalmente adoptada. De cualquier manera, es necesario realizar una última reflexión respecto del fenómeno propiamente tal, o lo que es lo mismo, de las razones que han permitido que este tipo de actividad judicial sea aceptada dentro de nuestra comunidad política.

En el texto *Constitucionalismo aspiracional: derecho, democracia y cambio social en América Latina*,<sup>99</sup> García Villegas expone que hay ciertos tipos de constituciones latinoamericanas que pueden ser conceptualizadas como “aspiracionales”,

---

<sup>97</sup> Sobre el inmenso problema supercontramayoritario y antidemocrático que esta tesis supone, puede verse Benítez R., *op. cit.*, pp. 38-42.

<sup>98</sup> Como bien señala el profesor Abraham Sánchez, “hay lugar a la producción de una sentencia aditiva cuando el juez de la constitucionalidad, tras identificar *el contenido normativo de la disposición controlada*, encuentra que en ese *contenido* no tiene cabida una norma que, atendida la *preceptiva constitucional*, viene exigida por la regulación superior de la *materia*, radicando la ausencia de la norma echada de menos en que el legislador omitió proporcionarle soporte textual” (énfasis agregado) (Sánchez Sánchez, *op. cit.*, p. 347). En suma, la pregunta relevante en este punto sería: ¿Es posible la existencia de una modulación sin entrar al fondo de la norma controlada y de la Constitución?

<sup>99</sup> Mauricio García Villegas, “Constitucionalismo aspiracional: derecho, democracia y cambio social en América Latina”, *Análisis Político*, núm. 75, 2012, p. 89.

en oposición a las que él llama “preservadoras”. Las primeras son producto de un momento de alta volatilidad política y de una especial cohesión comunitaria al respecto de problemas estructurales de la forma en que las costumbres políticas e instituciones se han desarrollado. Las segundas son constituciones “destinadas a mantener una élite política que gobierna a espaldas de las grandes necesidades nacionales”.<sup>100</sup> Las constituciones aspiracionales reúnen cuatro elementos: (i) una circunstancia histórica coyuntural en la cual una comunidad política determinada percibe que se encuentra en un momento profundamente negativo de su historia, y desea modificar dicho estado de cosas; (ii) un gran deseo de llevar a la práctica los valores propuestos mediante el texto constitucional, más allá de un orden jurídico que orbite alrededor de los mismos; (iii) una permanente tensión entre el judicial y las demás ramas e instituciones públicas, y (iv) fuerzas sociales comprometidas con el desarrollo de los valores plasmados en el texto constitucional, que ejerzan presión en las instituciones. Dentro de este planteamiento se encuentra presente con alguna insistencia la Constitución Política de 1991, contrapuesta a la de 1886, a la que identifica como una constitución preservadora. Las observaciones en el texto de García Villegas son sumamente valiosas, si se tiene en cuenta el punto que se ha expuesto hasta este momento en este escrito. En efecto, una de las características de las constituciones aspiracionales es la pugna entre el judicial y las otras ramas del poder público, dado que el primero de alguna manera encarna la defensa del ideario constitucional, y las otras fuerzas –dentro este tipo de relato– luchan por mantener el *statu quo*. De cierto modo, y siendo crítico ante esta descripción, la manera como describe el constitucionalismo aspiracional parece realmente un relato adecuado de la historia reciente al respecto de la experiencia constitucional colombiana, aunque los ejemplos en el texto son más variados.

Ahora bien, para nuestra discusión particular, muy dicente resulta uno de los asertos de García Villegas: “[E]ra factible que una constitución muy progresista, como lo fue la que resultó de esa asamblea en 1991, sin un partido fuerte detrás para respaldarla, tuviera que ser desarrollada por la Corte Constitucional, cuyos jueces no eran particularmente progresistas pero eran buenos juristas, desinteresados políticamente, los cuales se vieron, digámoslo así, atados al texto constitucional muy progresista del 91”.<sup>101</sup>

Dentro de este constitucionalismo aspiracional, la necesidad de una actividad judicial en pro de los valores presentes en una constitución que García propondrá como una teoría de los derechos adelante en el texto, es parte esencial de esa tipología constitucional, que es identificada en varios apartes con la Constitución de 1991. Teniendo en cuenta lo anterior, la pregunta sobre la legitimidad o no de la revisión de actos legislativos por parte de la Corte Constitucional y la tensión doctrinaria y filosófica que implican, requiere una lectura a través del fenómeno histórico de la

---

<sup>100</sup> *Ibid.*, p. 93.

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 99.

actividad judicial de la Corte Constitucional y sus alcances en nuestra particular forma de democracia.

Considerando lo anterior, resulta importante el relato de Lemaitre Ripoll sobre la institución y la primera Corte Constitucional colombiana.<sup>102</sup> Esta autora narra en gran medida el proceso que llevó a la creación de la Constitución de 1991 y la tarea que cumplió la Corte como catalizadora de las fuerzas sociales tradicionalmente opacadas y relegadas. En este sentido, el paralelo con el texto de García Villegas es inevitable: ambos parecen señalar que la Corte Constitucional dio forma y contenido a una promesa de reivindicación social, largamente postergada en el ordenamiento legal colombiano. De cualquier modo, Lemaitre no duda en señalar las críticas que a dicha creencia se han endilgado. A los “creyentes” de la nueva doctrina de derechos constitucionales y de las funciones de igualdad material que la Corte empezó a cobrar, se les señaló de cierto tipo de fetichismo legal, de una nueva forma de idolatría a un texto jurídico como lo es la Carta de 1991.

Particular resulta el epílogo de la obra de Lemaitre cuando anota:

[L]a idea de que cada individuo tiene un valor intrínseco en cuanto a individuo, que lo humano tiene un valor en cuanto humano, es en esta religión secular el credo principal; es la base de las relaciones sociales en una democracia liberal, el fundamento de su moral y la racionalidad implícita del derecho. Es quizá el legado optimista de Rousseau y Locke pero también el legado de la moralidad monoteísta que sobrevive así en su enemigo ateo. Y sin embargo, las ideas liberales que surgen de la premisa básica de la dignidad humana giran de cierta manera en torno a un centro vacío.<sup>103</sup>

En estas, sus últimas reflexiones, parece ofrecer algo de razón a sus críticos en cuanto un fetichismo es reemplazo de otro, no siendo alguno muy dispar a su antecesor o a su prole, en el entendido que en el fondo de toda ideología hay un enorme vacío, que se suple únicamente de la voluntad de un intérprete o de un creyente para cobrar sentido.

De este modo, tanto Lemaitre como García señalan una convergencia en cuanto a las razones que situaron a la Corte como un vector político que dio fuerza a discursos minoritarios en el entendido de provocar un cambio hacia lo que podría denominarse una teoría liberal elemental, si se percibe lo anterior como la promesa de igualdad y libertad material que las democracias de posguerra en Occidente instituyeron.

De cierta manera, las reivindicaciones a través de las cuales se operativizaron los reclamos de la minorías y su profunda conexión con la doctrina constitucional

---

<sup>102</sup> Julieta Lemaitre Ripoll, *El derecho como conjuro*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2009, pp. 144-157.

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 390.

parecen poner de manifiesto una agenda moral particular. La pregunta que inmediatamente surgiría por parte de un liberal clásico, o “dogmático”, sería: “¿acaso la doctrina liberal no previene, precisamente, sobre la perversidad de una propuesta moral unívoca?”.<sup>104</sup> Precisamente sobre el tema del contenido moral del liberalismo, Ronald Dworkin distingue entre posiciones *constitutivas* y *derivativas* del liberalismo. Las primeras son, en sus palabras: “Una proposición política tal que la imposibilidad de lograr de manera efectiva esa posición, o cualquier concesión en su logro, significa por tanto una pérdida en valor de la ordenación política en su totalidad”.<sup>105</sup> Las posiciones derivativas, por descarte, son aquellas que, en pos de mantener una constitutiva, se pueden ver sacrificadas, aunque no de manera automática, sino contingente.<sup>106</sup> La posición constitutiva del liberalismo, argumentará, parece en principio la tensión creciente entre libertad e igualdad; descartará esa idea más adelante, y decantará su posición por la igualdad como fin último de la ideología liberal, mencionando que “igualdad” es, por supuesto, un fin muy amplio, que se cristaliza de muchas maneras. El análisis de Dworkin en este caso resulta particularmente útil, si se tiene en cuenta que identifica valores morales como objetivos políticos en el interior del liberalismo. Aunque pareciera una obviedad o un punto que no vale la pena debatir, no siempre está del todo claro que los valores políticos encarnan aspiraciones morales determinadas, en inclusive posiciones al respecto de la obligatoriedad moral de la ley.<sup>107</sup>

En una mirada más cercana, de cualquier manera, es posible intuir que existe cierta identidad entre la igualdad como contenido moral, como valor político y las reivindicaciones de las fuerzas sociales minoritarias señaladas por García y Lemaitre. Si se revisa el argumento completo, habría varias implicaciones tales como: (i) la promesa de igualdad material que entraña el liberalismo requiere fuerzas sociales minoritarias que orbiten en los centros de discusión jurídicos; (ii) el escenario propicio para buscar la concreción de la igualdad caso a caso parecen ser los jueces

<sup>104</sup> En este particular, bien podría señalarse que un positivista como Kelsen es un liberal escéptico, que posiblemente cree en el *rule of law* como un principio moral. En últimas, lo que la cláusula del liberalismo dogmático propone es la ausencia de un contenido moral en el derecho para que la ley no pueda ser rebatida señalándola como un contenido sesgado o personalista, y dos, para que no sea una única moral la que enfoque las normas jurídicas. Las teorías críticas rebatirán la propuesta señalando que de cierto modo es “inocente” creer que la separación tajante entre derecho y moral –o derecho y política, derecho y economía, etc.– es posible. Al respecto, ver Carlos Santiago Nino, *Derecho, moral y política: una revisión de la teoría general del derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014.

<sup>105</sup> Ronald Dworkin, *Una cuestión de principios*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2012, pp. 234 y 235.

<sup>106</sup> Un buen ejemplo de lo anterior puede ser el llamado test de proporcionalidad, en virtud del cual la Corte Constitucional analiza si con el fin de perseguir un fin legítimo y constitucionalmente protegido, el derecho a la igualdad puede ser soslayado momentáneamente.

<sup>107</sup> Raz argüirá que no existe una obligación moral en lo absoluto de obedecer la ley, y pondrá de presente la necesidad del acatamiento por varias razones, distintas a la moral (Joseph Raz, *La autoridad del derecho*, México, D. F., Ediciones Coyoacán, 2011, pp. 291-310).



y, en particular, el derecho constitucional; y (iii) los logros en materia de derechos individuales revisten una conquista moral, en el entendido que ponen de presente inequidades tradicionales provenientes de posiciones políticas tradicionalistas, que se oponen al liberalismo.

Si lo anterior resulta afortunado, significa que la conexión entre las minorías y la lucha por los derechos en la arena judicial está incidida en mayor medida por sectores sociales que ven en la Corte Constitucional la alternativa para incluir sus demandas en el juego democrático. Esto implica que el accionar de la Corte Constitucional en algunos casos puede estar mediado por demandas explícitas de sectores de la ciudadanía.<sup>108</sup> Con lo anterior en mente, y a modo de ejemplo –no de generalización–, a continuación se presenta un debate sucedido en la Corte Constitucional. En este caso, la Corte se veía enfrentada a hacer un control a cuestiones de difícil interpretación, en el que debió elegir entre una vía interpretativa tradicionalista y otra que llamaremos, contingentemente, “progresista”. Un punto a resaltar es la enorme presión ejercida por las fuerzas sociales involucradas en el conflicto, que, finalmente y de alguna manera, lograron articularse dentro de la interpretación constitucional.

En ese contexto, un caso que ilustra lo anterior es el de la Sentencia C-141 de 2010, mediante la cual la Corte Constitucional revisó la Ley 1354 de 2009, “Por medio de la cual se convoca a un referendo constitucional y se somete a consideración del pueblo un proyecto de reforma constitucional”. En este particular, la Corte realiza el llamado *juicio de sustitución*, concluyendo:

De conformidad con lo visto, la separación de poderes y el régimen presidencial definen el sistema de gobierno instituido en 1991; la democracia participativa y pluralista, fundada en el pueblo integrado por la mayoría y por las minorías, es el régimen político instaurado en la Carta vigente y el modelo republicano es la forma de gobierno decidida en 1991. Siendo así, la concentración de poder en el ejecutivo, el presidencialismo surgido de lo anterior, la prolongación del predominio de la mayoría que rodea al Presidente por un lapso superior al máximo permitido y la desfiguración de la concepción republicana, reemplazan la forma política plasmada en la Carta actual, pues,

---

<sup>108</sup> Como anotación, vale la pena señalar que, en el caso colombiano, la tensión entre judicialismo y legalismo es además un asunto pleno de política y lecturas a través de sectorización ideológica, económica e inclusive intelectual. El debate –cada vez menos recordado– entre el llamado formalismo y el antiformalismo presionó fibras de los teóricos que entraron a la discusión, alineando posturas al respecto de las preferencias o creencias sobre las fuentes del derecho con correlatos sobre otras problemáticas. Así, el llamado antiformalismo, que incluyó tesis osadas al respecto del poder legítimo de la Corte Constitucional de intervenir e interpretar la Constitución, fue capturado por el pensamiento liberal de izquierda, mientras el formalismo, relacionado con el legocentrismo y la interpretación canónica civil, por la derecha y los sectores tradicionalistas del pensamiento jurídico doméstico. Al respecto, el debate que en el año 2004 sostuvieron Diego López Medina y Javier Tamayo Jaramillo en el diario *Ámbito Jurídico*, ilustró mucho de lo que esas posturas parecían exponer en su momento.

según fue analizado, de esa forma política hacen parte el sistema de gobierno, el régimen político, la forma de gobierno y también la forma de Estado que no fue objeto de estudio en esta ocasión.

Cabe agregar a lo anterior que, según quedó anotado, la segunda reelección se edifica sobre el supuesto de dos períodos presidenciales previos y que, como en ese supuesto sólo se encuentra quien efectivamente haya ocupado la presidencia por el lapso de ocho años, que en la actualidad es el máximo permitido a un Presidente, la posibilidad de acceder a un tercer período tiene destinatarios específicos, lo cual, fuera de agravar el panorama que se acaba de exponer, contradice radicalmente el carácter general y abstracto de las leyes. Empero, conviene precisar que como el sistema presidencial adoptado en la Carta de 1991 funciona a partir de la fijación de un máximo de tiempo permitido a una sola persona para ejercer la primera magistratura, la segunda reelección quebranta y sustituye la Constitución en todos los casos, pues siempre desbordaría ese límite máximo, ya sea que el tercer período que resultara de su autorización transcurra a continuación de los dos permitidos, siendo, por tanto, consecutivo, o que la segunda reelección se autorice de tal forma que no comporte un tercer período inmediato.

Si bien la sentencia aborda distintas temáticas, como la ausencia de una verdadera pregunta que pudiera ser considerada ajustada a un referendo, o la falta de rigor en lo referido a las condiciones de forma de la reforma, el debate de fondo al respecto era la conservación o no de un modelo constitucional determinado y la alteración del mismo a manos de un desequilibrio en el sistema de pesos y contrapesos.<sup>109</sup> Si

---

<sup>109</sup> Elocuente resulta el salvamento de voto del entonces magistrado Nilson Pinilla, quien se refirió a lo rígida que resultaba la Constitución con la teoría de la sustitución constitucional: “La tesis prohijada por la mayoría de la Corte sobre control a la sustitución de la Constitución tiene como resultado caracterizar la Constitución de 1991 como más rígida de lo que en realidad es. Para estos efectos, entiendo por rigidez de una constitución lo que tradicionalmente ha considerado como tal la doctrina constitucional, esto es, el hecho de que la propia carta política prevea la existencia de mecanismos de reforma sobre sí misma, cuya completa realización sea difícil, de tal modo que dicha dificultad haga poco frecuente la ocurrencia de reformas constitucionales y favorezca en cambio la larga permanencia del texto constitucional originalmente adoptado por el poder constituyente.

En efecto, la percepción sobre qué tan factible es en Colombia el cambio constitucional se ve sensiblemente alterada cuando este tribunal advierte que un buen número de cambios constitucionales, sin que de antemano pueda anticipar cuáles, serían inaceptables por suponer una sustitución de la norma superior, concepto que como explico en la presente aclaración de voto no fue tenido en cuenta por el constituyente, y menos en la forma como ha quedado plasmado en varias de las sentencias emitidas por esta Corte durante los siete últimos años, concretamente a partir de la Sentencia C-551 de 2003.

Ahora bien, como en efecto es esta corporación la que por mandato de la Constitución ejerce las funciones de control constitucional, la postura jurisprudencial comentada de hecho hace a la Constitución colombiana más rígida de lo querido y previsto por el constituyente, cambio que, sin necesidad de especular sobre su conveniencia o inconveniencia, no considero

bien en este punto existía cierto acuerdo sobre lo pernicioso de una nueva reelección presidencial en los círculos de juristas y políticos, con independencia de la persona que ocupara el cargo, existía también una enorme voluntad ciudadana de mantener al entonces presidente en su cargo por un periodo más. La oposición en este punto era una minoría que, en general, consideraba que un concepto de democracia efectivo requería más que elección popular de gobernantes, pues lo anterior garantizaba que únicamente las mayorías fueran escuchadas, en desmedro de los derechos de las minorías. En este caso, la Corte realizó un juicio integral de lo que la democracia significaba en su arquitectura legal, y encontró que el absoluto poder de la mayoría amenazaba dicho “espíritu” democrático. La decisión de no permitir el referendo fue ampliamente aplaudida entre los juristas y políticos minoritarios, quienes hicieron sentir su opinión en distintos medios de comunicación, cátedras universitarias y, en general, en cualquier espacio que les fuera apropiado para tal fin. La articulación en este punto entre la minoría política y el fallo de la Corte Constitucional pudo evidenciarse en la sintonía de los argumentos expuestos por unos y otros para mostrar que la reelección era un atentado a la estructura democrática doméstica.<sup>110</sup>

Este ejemplo ilustra una creencia ampliamente difundida, al respecto de que los jueces tienen una suerte de “termómetro moral” que les permite discernir de manera preeminente al respecto de cuestiones que involucran más que la aplicación de la ley al caso particular.<sup>111</sup> De cualquier manera, la idea según la cual los jueces toman decisiones morales superiores al conglomerado social parece estar recabando sobre sí misma,<sup>112</sup> por lo menos para plantear una pregunta al respecto de si las verdades morales de una comunidad política son únicamente apropiables por parte de los jueces, y son completamente inasibles para la sociedad. La idea tras el caso propuesto es mostrar una parte del relato sobre el control constitucional y su interacción con la sociedad. Ciertamente, la Corte no ha estado solitaria en su impulso de control interpretativo del texto constitucional; ha sido un esfuerzo conjunto de ciertos sectores de la comunidad política, que se ha visto necesariamente reducida a esa arena puntual para hacer valer sus reclamos. Dicho de otro modo, hay que considerar la

---

legítimo ni procedente, simplemente por lo que representa en cuanto desconocimiento del legado constitucional, que es misión de la Corte defender y preservar”.

<sup>110</sup> Al respecto, ver Mauricio García Villegas y Javier Eduardo Revelo Rebolledo, *Mayorías sin democracia: desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009*, Bogotá, DeJusticia, 2009. Muchos otros profesores de leyes se sumaron en columnas de opinión, foros y demás a sostener la idea de la democracia como garantía de participación de las minorías.

<sup>111</sup> Aparentemente, las democracias todavía debaten quién es el guardián de la Constitución. El famoso debate Schmitt-Kelsen se encuentra bien documentado en la literatura jurídica. Ver David Dyzenhaus y Adam Tomkins (eds.), *The Guardian Of The Constitution: Hans Kelsen And Carl Schmitt On The Limits Of Constitutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

<sup>112</sup> Jeremy Waldron, “Judges as moral reasoners”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, núm. 1, 2009, pp. 2-24.

posibilidad de que es la ciudadanía quien ha entregado gustosamente una labor de control interpretativo y moral a una institución particular.

El pensamiento de una cultura de debate democrático debería preguntarse al respecto de las razones por las cuales la comunidad política ha tomado la opción de remitir su “conciencia” constitucional a un lugar distinto a sí misma, y la ha puesto en manos de los juristas, a los que se les ha permitido manipular dicha interpretación con amplia libertad.

#### 4. A modo de conclusión: algunas salidas

De manera preliminar hay que decir que la actuación de la Corte no es constitucionalmente legítima porque (a) un órgano constituido tendría la posibilidad de crear, sin parámetros definidos, normas supraconstitucionales y, a partir de estas puede elaborar normas constitucionales (adiciones); (b) como consecuencia de lo anterior, se sustituiría al pueblo como decisor último de su destino constitucional; y (c) se quebranta la proscripción constitucional de adelantar un control de fondo. Por lo anterior, una primera respuesta al problema sería que la Corte debería modificar, de manera general, su aproximación hacia el control de constitucionalidad de reformas.<sup>113</sup> Ahora, en relación con la modulación de actos legislativos, también es posible referir estas consideraciones finales:

1. La primera y más importante reflexión tiene que ver con la consistencia. No es posible asumir que el control que efectúa la Corte no es de fondo, pero a la vez señalar que las adiciones eventualmente se derivan de contenidos constitucionales. Así, se debe tomar uno de los dos caminos: se acepta que el control es sustancial (en cuyo caso se desconocería la prohibición constitucional de ejecutar control de fondo de reformas –arts. 241.1 y 241.2) o se concede que es sólo de forma y de competencia; no de fondo (en cuyo caso no se sabría de qué norma se deriva la adición).
2. Una alternativa para tratar de morigerar los reparos<sup>114</sup> es recurrir al derecho comparado. En tal sentido, dos de los Estados más conocidos en el mundo por adelantar un control de fondo de enmiendas –y que en algunos casos han modulado reformas– son Alemania e India. En el primer Estado, las críticas a las modulaciones de las reformas no han sido especialmente fuer-

<sup>113</sup> Esta idea no se explora porque es mucho más amplia respecto de las pretensiones específicas de este escrito. Sin embargo, una propuesta puede verse en Benítez R., *op. cit.*, pp. 165-192.

<sup>114</sup> Estas alternativas atenúan, pero no diluyen por completo los reproches relativos a la creación de normas constitucionales y supraconstitucionales, así como el desconocimiento de la prohibición de realizar un control de fondo. La única opción para eliminar estos reparos es que la Corte no module reformas constitucionales.

tes, dado que el parámetro supraconstitucional con el cual se condiciona la enmienda es fijo, esto es, no puede ser creado por el Tribunal Constitucional caso a caso como en Colombia: se trata de la cláusula de eternidad contenida en el artículo 79.3 de la Ley Fundamental.<sup>115</sup> Por su parte, en el Estado asiático, el recurso a la doctrina de la *estructura básica* (con fundamento en la cual se controla una enmienda) ha sido cada vez menor (*ultima ratio*) desde los años ochenta cuando terminó la confrontación entre la Corte Suprema y la primera ministra Indira Gandhi.<sup>116</sup>

3. Con fundamento en lo anterior, y siguiendo la experiencia alemana, una posibilidad es que se establezca de manera general (y no caso a caso) cuáles son los límites materiales implícitos, de tal modo que la crítica sobre el exceso de subjetividad se diluya en cierta medida. Así, mediante la enunciación taxativa de los elementos esenciales, la labor de modulación no resulta ser tan problemática porque el parámetro de corrección para hacerlo no es tan fácilmente modificable en comparación con lo que ocurre en la tesis actual.<sup>117</sup>
4. Bajo ese marco, lo segundo que hay que decir, de la mano de la misma Corte, es que las sentencias aditivas deben ser un recurso de *ultima ratio*.<sup>118</sup> En

<sup>115</sup> Sobre el control de constitucionalidad de reformas en Alemania, ver Benítez R., *op. cit.*, pp. 113-163. Algunas de las sentencias en las cuales el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha modulado la reforma constitucional respectiva para evitar su nulidad son BVerfGE 1, 30, 1970 (conocido también como el *Klass case*) y BVerfGE, 109, 279, 2004 (conocido también como el *Acoustic surveillance case*. En esa sentencia se añaden cuatro supuestos de hecho no contenidos por la enmienda constitucional que modificó el art. 13.3 de la Ley Fundamental de Bonn).

<sup>116</sup> En 1977, Indira Gandhi perdió las abrumadoras mayorías que la apoyaban en el Parlamento. Desde ese entonces no ha habido ningún partido político que tenga tal poder que pueda aprobar por sí solo una reforma a la Constitución de 1950 y, en consecuencia, este tribunal ha disminuido notablemente su intervención judicial en las enmiendas (M.V. Rajeev-Gowda y E. Sridharan, "Parties and the Party System, 1947-2006", en Sumit Ganguly *et ál.* (eds.), *The State of India's Democracy*, Baltimore, The John Hopkins University Press, 2007, pp. 3 y 12; y S. P. Sathé, *Judicial activism in India. Transgressing Borders and Enforcing Limits*, Nueva Delhi, Oxford University Press, 2011, p. 89). Sobre el control judicial de reformas en la India puede verse el capítulo dedicado a ese Estado en el libro de Joel Colón Ríos, *La constitución de la democracia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

<sup>117</sup> A esto debe añadirse que las adiciones deben cumplir con el criterio "*rime obbligate*" explicado más atrás. En otras palabras, solo se pueden agregar supuestos de hecho cuando se deduzcan claramente del límite supraconstitucional.

<sup>118</sup> Además de los autores señalados en la nota [al pie 73](#), la misma Corte Constitucional indicó, con las siguientes palabras, que el recurso a una sentencia aditiva debía ser la última alternativa a la cual acuda el juez constitucional: "[S]i el mantenimiento de la disposición inconstitucional no es particularmente lesivo de los valores superiores, y el legislador goza de múltiples opciones de regulación de la materia, entonces es preferible otorgar un plazo prudencial al Congreso para que corrija la situación inconstitucional, ya que en tal evento, una sentencia integradora afecta desproporcionadamente el principio democrático (CP, art. 3º) pues el tribunal constitucional estaría limitando la libertad de configuración del legislador.

efecto, en este caso, por ejemplo, para sortear las críticas que se han hecho, la Corte hubiese podido declarar la constitucionalidad simple del acto legislativo y, posteriormente, podría haber efectuado estas mismas adiciones en el control automático del proyecto de ley estatutaria respectivo. En dicho caso, una sentencia aditiva no hubiese sido tan problemática porque se trata del control de una ley, con lo cual estas añadiduras tendrían fundamento directo en la Constitución.<sup>119</sup>

Por otro lado, se debe advertir que no es suficiente el argumento según el cual la Corte está habilitada para modular reformas con base, simplemente, en la afirmación genérica y retórica de acuerdo con la cual es la defensora de la supremacía constitucional. En tal sentido, (a) control de constitucionalidad no es sinónimo de supremacía judicial<sup>120</sup> y (b) la supremacía no se puede garantizar mediante el quebrantamiento de la misma Constitución, ni por medio de la transformación de un órgano constituido en soberano.

En consecuencia, como sostienen Aja y Beilfuss, la disyuntiva es clara: “Se trata, pues, de buscar límites realistas a los diferentes tipos de sentencias intermedias, o bien de aceptar que este nuevo tipo de sentencias cuestiona la base tradicional de las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el legislador [en este caso el constituyente] y se impone establecer esas relaciones sobre bases nuevas”.<sup>121</sup>

## Bibliografía

- AGUIAR DE LUQUE, Luis, “El tribunal constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y la inconstitucionalidad por omisión”, *Revista de Derecho Político*, núm. 24, 1987.
- AHUMADA RUÍZ, María Ángeles, “El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 8, enero-abril de 1991.

---

Por el contrario, es deseable una sentencia integradora en aquellas situaciones en donde la Constitución impone una solución clara a un determinado asunto, o es imposible mantener en el ordenamiento la disposición acusada sin causar un grave perjuicio a los valores constitucionales” (Sentencia C-141 de 2001).

<sup>119</sup> Debe recordarse que en el control de este tipo de leyes, el análisis de fondo no sólo está permitido sino que es obligatorio. En la Sentencia C-540 de 2012, la Corte concluyó que el control de un proyecto de ley estatutaria “es integral al tener que examinar el proyecto de ley en su contenido formal y material, además de confrontarlo con la totalidad de las disposiciones de la Carta”.

<sup>120</sup> Sobre el punto puede verse la sugerente propuesta del constitucionalismo popular. En concreto, consúltese Larry Kramer, *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 257-269, 272, 278, 302 307 y 308.

<sup>121</sup> Aja y González Beilfuss, *op. cit.*, p. 274.

- AJA, Eliseo y Markus GONZÁLEZ BEILFUSS, “Conclusiones generales”, en Eliseo AJA (ed.), *Las tensiones entre el tribunal constitucional y el legislador en la Europa actual*, Barcelona, Ariel, 1998.
- ALBERT, Richard, “Nonconstitutional Amendments”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 22, núm. 5, 2009.
- AMAR, Akhil, *America’s Constitution: A Biography*, Nueva York, Random House, 2006.
- AMBOS, Kai (coord.), *Justicia de transición y constitución: análisis de la Sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Bogotá, Temis, CEDPAL y Fundación Konrad Adenauer, 2014.
- APONTE CARDONA, Alejandro, “La priorización como estrategia de reducción de complejidad: un ensayo de interpretación”, en Alejandro APONTE CARDONA (ed.), *Derecho penal internacional. Textos escogidos*, vol. II, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Ibáñez, 2014.
- ASTUDILLO, César, “La inconstitucionalidad por omisión legislativa en México”, en Miguel CARBONELL (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, D. F., UNAM, 2007.
- BÁEZ, Carlos, “La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México”, en Miguel Carbonell (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, D. F., UNAM, 2007.
- BAZÁN, Víctor, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2014.
- BENÍTEZ R., Vicente F., *Constitución popular, no judicial. Una teoría democrática del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución en Colombia*, Bogotá, Temis y Universidad de La Sabana, 2014.
- BERNAL PULIDO, Carlos, “Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, núm. 2, 2013, pp. 339-357.
- BIDART CAMPOS, Germán, “Algunas reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales”, en Víctor BAZÁN (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá, Temis, 1997.
- CAJAS, Mario Alberto, *El control judicial a la reforma constitucional, Colombia, 1910-2007*, Cali, Universidad ICESI, 2008.
- \_\_\_\_\_, “Reelección presidencial en Colombia: ¿Una reforma inconstitucional?”, en Edgar CORZO SOSA (coord.), *I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional*, México, UNAM, 2009.
- CARRILLO, Fernando, *Constitucionalizar la democracia social. El proceso constituyente de 1991 y América Latina*, Bogotá, Temis, 2011.
- COLÓN RÍOS, Joel, *La constitución de la democracia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

- D'ORAZIO, Giustino, "Aspectos y problemas de la justicia constitucional italiana", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 31, 1991.
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- \_\_\_\_\_, "El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas relativas en el derecho comparado europeo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 61, núm. 21, enero-abril de 2001.
- DUGAS, John, "The Origin, Impact and Demise of the 1989-1990 Colombian Student Movement: Insights from Social Movement Theory", *Journal of Latin American Studies*, vol. 33, núm. 4, 2001.
- DWORKIN, Ronald, "Igualdad, democracia y Constitución: nosotros el pueblo en los tribunales", en Miguel CARBONELL y Leonardo GARCÍA (eds.), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- \_\_\_\_\_, *Una cuestión de principios*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2012.
- DYZENHAUS, David y Adam TOMKINS (eds.), *The Guardian Of The Constitution: Hans Kelsen And Carl Schmitt On The Limits Of Constitutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.
- ETO CRUZ, Gerardo, "Una defensa constitucional: la acción de inconstitucionalidad por omisión", en Juan VEGA GÓMEZ y Edgar CORZO SOSA (coords.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional*, México, D. F., UNAM, 2002.
- EZQUIAGA, Francisco Javier, "Diez años de fallos constitucionales (sentencias interpretativas y poder normativo del Tribunal Constitucional)", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 31, 1991.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, "La inconstitucionalidad por omisión en Brasil", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 42, 1995.
- \_\_\_\_\_, "Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión", en Miguel Carbonell (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, D. F., UNAM, 2007.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?", en Víctor BAZÁN (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá, Temis, 1997.
- \_\_\_\_\_, "El control de las omisiones legislativas por el Bundesverfassungsgericht", *Teoría y Realidad*, núm. 22, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi, "Sobre la definición de 'Democracia'. Una discusión con Michelangelo Bovero", *Isonomía, Revista de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 19, 2003.
- FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, "La incidencia positiva del tribunal constitucional en el poder legislativo", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 81, julio-septiembre de 1993.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio y Javier Eduardo REVELO REBOLLEDO, *Mayorías sin democracia: desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009*, Bogotá, DeJusticia, 2009.



- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, "Constitucionalismo aspiracional: derecho, democracia y cambio social en América Latina", *Análisis Político*, núm. 75, 2012.
- GÓMEZ DE LA ESCALERA, Juan José, "Las sentencias interpretativas e integrativas del tribunal constitucional. Su problemática", *Revista General de Derecho*, núms. 592-593, 1994.
- GUTIÉRREZ ZARZA, María Ángeles, "Las sentencias interpretativas y aditivas del Tribunal Constitucional español", *Revista de Derecho Procesal*, núm. 3, 1995.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático en términos de teoría del discurso*, Madrid, Editorial Trotta, 1998.
- RAZ, Joseph, *La autoridad del derecho*, México, D.F., Ediciones Coyoacán, 2011.
- KELSEN, Hans, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, Tecnos, 1995.
- KRAMER, Larry, *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- KRISHNAMURTHY, Vivek, "Colonial Cousins: Explaining India and Canada's Unwritten Constitutional Principles", *The Yale Journal of International Law*, vol. 207, núm. 34, 2009.
- LANDA, César, "Las sentencias atípicas en la jurisdicción constitucional latinoamericana", en Armin VON BOGDANDY, Eduardo FERRER MAC-GREGOR y Mariela MORALES ANTONIAZZI (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, t. I, México, D. F., UNAM, Max Planck Institut e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010.
- LEMAITRE RIPOLL, Julieta, *El derecho como conjuro*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2009.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la constitución*, Barcelona, Editorial Ariel, 1983.
- LÓPEZ MEDINA, Diego, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Editorial Legis y Universidad de los Andes, 2006.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, "La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción", *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 14, núm. 41, mayo-agosto de 1994.
- MARSHALL, Geoffrey, "What is Binding in a Precedent", en Neil MACCORMICK, Robert SUMMERS y Arthur GOODHART (coords.), *Interpreting Precedents*, Farnham, Ashgate Dartmouth, 1997.
- MARTÍN DE LA VEGA, Augusto, *La sentencia constitucional en Italia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro, "Tipos de sentencias en el control de constitucionalidad de las leyes: la experiencia colombiana", *Revista Estudios Sociojurídicos*, vol. 2, núm. 1, 2000.
- MORALES VELÁSQUEZ, Andrés, "Un modelo para el control de las omisiones legislativas, su aplicación en la jurisprudencia constitucional comparada y colombiana", *Revista Pensamiento Jurídico*, núm. 32, septiembre-diciembre de 2011.
- MORELLI, Sandra, "Algunas consideraciones sobre el tratamiento del poder de reforma constitucional en la Sentencia C-551 de 2003", en *Reforma de la Constitución y control de constitucionalidad*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2006.

- MURPHY, Walter, "An ordering of Constitutional Values", *Southern California Law Review*, núm. 53, 1979-1980.
- \_\_\_\_\_, "Merlin's memory: The Past and Future Imperfect of the Once and Future Policy", en Sanford LEVINSON (ed.), *Responding to imperfection*, Princeton, PRINCETON University Press, 1995.
- NINO, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política: una revisión de la teoría general del derecho*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014.
- OLANO G., Hernán A., "Tipología de nuestras sentencias constitucionales", *Vniversitas*, núm. 108, diciembre de 2004.
- ORTIZ HERRERA, Silvia, "Articulación del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial en la labor interpretativa de la constitución. Especial referencia a las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional", *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 12, 1997.
- OSUNA, Néstor, "La sentencia del referendo: guarda de la Constitución ante el uso instrumental de la democracia", en Eduardo MONTEALEGRE (coord.), *Anuario de derecho constitucional: análisis de jurisprudencia de la Corte constitucional, período 2002 y primer semestre 2003*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- PECZENIK, Aleksander, "The Binding Force of precedent", en Neil MACCORMICK, Robert SUMMERS y Arthur GOODHART (coords.), *Interpreting Precedents*, Farnham, Ashgate Dartmouth, 1997.
- PIZZORUSSO, Alessandro, "El Tribunal Constitucional italiano", en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- QUINCHE, Manuel, *Derecho constitucional colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2011.
- RAJEEV-GOWDA, M.V. y E. SRIDHARAN, "Parties and the Party System, 1947-2006", en Sumit GANGULY et ál. (eds.), *The State of India's Democracy*, Baltimore, The John Hopkins University Press, 2007.
- RAMAN, Sunder, *Constitutional amendments in India*, Calcuta, Eastern Law House, 1989.
- RAMÍREZ CLEVES, Gonzalo, "El control material de las reformas constitucionales mediante acto legislativo a partir de la jurisprudencia establecida en la Sentencia C-551 de 2003", *Revista Derecho del Estado*, núm. 18, 2006.
- \_\_\_\_\_, "Reformas a la Constitución de 1991 y su control de constitucionalidad: entre democracia y demagogia", *Revista Derecho del Estado*, núm. 21, 2008.
- ROBLEDOSILVA, Paula y Gonzalo RAMÍREZ CLEVES, "La jurisprudencia constitucional colombiana en el año 2013: el control de constitucionalidad por sustitución y el amparo reforzado a los sujetos de especial protección constitucional", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 18, 2014, pp. 587-608.
- ROMBOLI, Roberto, "La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental", *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 16, núm. 48, septiembre-diciembre 1996.

- Ross, Alf, "Sobre la autorreferencia y un difícil problema de derecho constitucional", en *El concepto de validez y otros ensayos*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1969.
- RUBIO LORENTE, Francisco, *La forma del poder*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Abraham, *Sentencias interpretativas y control de constitucionalidad en Colombia*, Bogotá, Editorial Ibáñez, 2014.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Fundamentos de derecho administrativo*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1988.
- SATHE, S. P., *Judicial activism in India. Transgressing Borders and Enforcing Limits*, Nueva Delhi, Oxford University Press, 2011.
- SCHAPIRO, Robert A., "The Legislative Injunction: A Remedy for Unconstitutional Legislative Inaction", *The Yale Law Journal*, vol. 99, núm. 1, 1989.
- SCHLAISCH, Klaus, "El Tribunal Constitucional Federal Alemán", en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- SCHNEIDER, Hans-Peter, "Jurisdicción constitucional y separación de poderes", *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 2, núm. 5, mayo-agosto de 1982.
- SOLANO GONZÁLEZ, Edgar, *Sentencias manipulativas e interpretativas y respeto a la democracia en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- STERN, Klaus, *Jurisdicción constitucional y legislador*, Madrid, Dykinson, 2009.
- SUBER, Peter, *The paradox of self-amendment: A Study of Law, Logic, Omnipotence, and Change*, Nueva York, Peter Lang Publishing, 1990. Disponible en: <http://www.earlham.edu/~peters/writing/psa/sec18.htm>.
- TEJEDOR BIELSA, Julio César, "Inconstitucionalidad y nulidad demorada, ¿paliativo a la nueva jurisprudencia sobre supletoriedad? La STC 195/1998, de 1 de octubre", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 101, 1999.
- UPRIMNY, Leopoldo, "¿Puede una reforma de la constitución ser inconstitucional?", *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, núm. 174, 1957.
- UPRIMNY, Rodrigo, "Legitimidad y conveniencia de un control de constitucionalidad a la economía", *Revista de Derecho Público*, núm. 12, 2001, pp. 166-169.
- VECINA, Javier, "El control por el tribunal constitucional de las omisiones legislativas lesivas del principio de igualdad", *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, vol. 1, núm. 2, 1993-1994.
- VILLA ROSAS, Gonzalo, "La sentencia C-579 de 2013 y la doctrina de la sustitución de la Constitución", en Kai AMBOS (coord.), *Justicia de transición y constitución: Análisis de la Sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional*, Bogotá, Temis, CEDPAL y Fundación Konrad Adenauer, 2014.
- VILLAVARDE, Ignacio, "La inconstitucionalidad por omisión. Un nuevo reto para la justicia constitucional", en Miguel CARBONELL (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, D. F., UNAM, 2007.

WALDRON, Jeremy, "Judges as moral reasoners", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 7, núm. 1, 2009, pp. 2-24.

ZAGREBELSKY, Gustavo, "El Tribunal Constitucional italiano", en *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

## **V. Sujetos presentes y ausentes en el constitucionalismo latinoamericano**

- Roberto Hung Cavalieri, Venezuela  
El pensamiento alemán y la idea del Estado social de derecho.  
Una breve aproximación general (desde Adenauer hasta Alexy)
- Víctor Bazán, Argentina  
Derechos económicos, sociales y culturales:  
su fundamentalidad, exigibilidad y otras cuestiones en los ámbitos  
jurídicos internos y el desafío de su justiciabilidad directa  
en la Corte Interamericana de Derechos Humanos
- J. Alberto del Real Alcalá, España  
Análisis de los derechos fundamentales y de la plurinacionalidad  
en la Constitución boliviana de 2009
- Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia,  
Rafael do Nascimento Luiz, Brasil  
Tolerância ativa: a opinião, a discriminação e o preconceito
- Omar Alejandro Alvarado Bedoya, Colombia  
Laicidad y secularización: la tarea pendiente en la democracia  
colombiana
- Ligia Galvis Ortiz, Colombia  
Una mirada a la familia a partir de la Constitución Política colombiana
- Francisco J. Menin, Argentina  
La identidad de género como derecho humano: la legislación argentina
- Lautaro Ríos Alvarez, Chile  
Una constitución política para la unión de los Estados latinoamericanos

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

**Roberto Hung Cavalieri\* (Venezuela)**

## **El pensamiento alemán y la idea del Estado social de derecho. Una breve aproximación general (desde Adenauer hasta Alexy)**

### **RESUMEN**

El presente artículo ofrece elementos generales para llenar de significado el concepto de Estado social de derecho. Con este objetivo, invita al lector a aproximarse de manera precisa a los más importantes avances teóricos logrados por nueve destacados pensadores alemanes que han influido en la conformación del actual sistema alemán que sirve de referencia al Estado social de derecho o Estado de bienestar.

**Palabras claves:** Alemania, Estado social de derecho, pensamiento alemán, milagro económico alemán.

### **ZUSAMMENFASSUNG**

Im vorliegenden Beitrag werden einige allgemeine Elemente vorgestellt, die einer inhaltlichen Klärung des Konzepts des sozialen Rechtsstaats dienen können. Dazu wird der Leser in die wichtigsten theoretischen Überlegungen von neun der bekanntesten deutschen Denker eingeführt, die die Herausbildung des heutigen deutschen Systems, das als Beispiel für den sozialen Rechtsstaat bzw. den Wohlfahrtsstaat steht, beeinflusst haben.

**Schlagwörter:** Deutschland; sozialer Rechtsstaat; deutsches Denken; deutsches Wirtschaftswunder.

---

\* Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello, magíster en Derecho Económico Europeo de la *Université de Droit, d'Économie et des Sciences D'Aix-Marseille* y especialista en Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Monteávila. rhungc@gmail.com.

## ABSTRACT

This paper offers general elements which contribute to understanding the meaning of the social state based on the rule of law. To this end, we present the most important theoretical advances made by nine outstanding German thinkers who influenced the development of the current German system, which constitutes the foundation of the social state based on the rule of law or welfare state.

**Keywords:** Germany, social state based on the rule of law, German thought, German economic miracle.

En estas líneas expondré las ideas fundamentales de pensadores alemanes que contribuyeron a la formación conceptual del modelo de Estado de la actual Alemania, la Alemania del Estado social de derecho (*sozialer Rechtsstaat*), o mejor aún como a él se refieren: el Estado de bienestar (*Wohlfahrtsstaat*). Dicha exposición no pretende agotar el contenido teórico abarcado por cada autor, sino despertar la curiosidad del lector por ahondar en el estudio de estos autores, sus doctrinas y posiciones, así como la de muchos otros de la Alemania del siglo XX, lo que sin lugar a dudas resultará pertinente para abordar diversos temas de actual vigencia en materia económica, social, jurídica y filosófica en las realidades de cada país.

## 1. Un poco de contexto histórico

Luego de finalizada la Segunda Guerra Mundial y, con ella, uno de los más nefastos episodios de la humanidad –el nacionalsocialismo como régimen de gobierno e ideología política–, Alemania estaba devastada en todos los aspectos, dividida en dos, con una profunda crisis económica, moral, social y jurídica. Destrucción y hambruna era lo que cubría toda su extensión.

Imperiosa resultaba su reconstrucción, que no solo debía atender la infraestructura física –como edificaciones y vías de comunicación–, que si bien era cuantiosa, no se acercaba siquiera a las profundas heridas morales, de valores y sociales, entre muchas otras. Era necesario armar un andamiaje ideológico y filosófico para sobreponerse a la perversa idea de la política *schmittiana* de enemistad existencial, que pregonaba que quien no estuviese a favor del régimen, era simplemente un hostil a quien debía exterminarse.

La suerte de la economía de Alemania recién finalizada la Guerra no era mucho mejor que la de la crisis ideológica y moral; la escasez de alimentos y bienes de primera necesidad era generalizada, el precio de los bienes cada vez mayor y escaseaban cada vez más al imponérseles limitación a sus precios, así como un control mediante listas de racionamiento, mientras que el valor de la moneda, el *reichsmark*, era cada día menor; tal era la devaluación, que tenía y mantenía mayor poder adquisitivo una cajetilla de cigarrillos.

Fue entonces en esta situación de posguerra, en una Alemania dividida en cuatro, administrada militarmente cada una por los países aliados (Estados Unidos, Francia, Reino Unido y Rusia), cuando en las zonas bajo el control de los tres primeros se formó la República Federal Alemana, como producto de la Ley Fundamental para la República Federal Alemana de mayo de 1949 (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*). Dicho texto da paso a procesos sociales, económicos y políticos de nutrida producción intelectual para el mundo. En este artículo me referiré a dos de estas producciones: por un lado, el llamado “milagro económico alemán” y, por el otro, el Estado social de derecho.

Al llamado milagro económico alemán, dada la efectiva recuperación de la crisis económica de la posguerra, se le atribuye, además de la reforma monetaria, la adopción de políticas de liberación de precios y la eliminación de listas de racionamiento de productos, todo sustentado en una economía de mercado para lograr una estabilización de los precios de bienes y servicios de la época.

Por su parte, el Estado social, o Estado de bienestar (*Wohlfahrtsstaat*), es considerado como aquel que supone una superación de la concepción del Estado de derecho, y este, a su vez, del Estado absoluto o totalitario. En adición al sometimiento del Estado a la ley y obligado al respeto de derechos fundamentales de los ciudadanos –principalmente derechos civiles y políticos de contenido negativo pues constituyen una restricción del Estado al vulnerar el derecho a la vida de los ciudadanos, libertad personal, de expresión, entre otros–, ello supone también otros derechos, pero de contenido positivo, los denominados derechos sociales o prestacionales, ya que constituyen una obligación del Estado respecto a prestaciones efectivas para con sus ciudadanos, como el derecho a la salud, a la educación, al trabajo y otros más. Así, tal Estado social o de bienestar en modo alguno podrá ser entendido como una posición contrapuesta y excluyente de la concepción del Estado de derecho, e incluso del Estado liberal; muy por el contrario, lo tiene como presupuesto, como bien afirma el autor venezolano Francisco José Delgado: “[E]l Estado social de derecho es concebido como una superación del Estado de derecho, que lo adapta a las condiciones sociales, políticas y económicas del mundo contemporáneo, sin anular su contenido esencial”<sup>1</sup>

A consecuencia de las obligaciones que corresponden al Estado en procura de dicho bienestar, surge una propuesta frente a la concepción y el entendimiento de un mercado que no sea totalmente libre e irrestricto, de manera que pueda devenir en su propia perversión al no atender a una finalidad de bienestar social general para los individuos que conforman dicho Estado, como tampoco que dicha economía y mercado puedan entenderse totalmente invadidos, regulados y controlados por el Estado, con imposición de condiciones que también subvierten esa finalidad

---

<sup>1</sup> Francisco José Delgado, *La idea de derecho en la Constitución de 1999*, Serie Trabajos de Grado, núm. 16, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, p. 20.



de beneficio para los ciudadanos, ya que representaría una ilegítima violación de los derechos y principios de libertad y autonomía de los ciudadanos, los cuales pasarían a volver a ser súbditos. Es entonces cuando surge como propuesta una tesis intermedia de orden o finalidad social en el mercado para evitar ambos extremos que pudieran resultar contrarios a los propios fines del Estado, propuesta que –como luego veremos al estudiar a los economistas Ludwig Erhard y Alfred Müller-Armack– se conoció como “economía social del mercado”.

## **2. De los pensadores alemanes: la conformación del concepto del Estado social de derecho, el Estado de bienestar y su comprensión**

A continuación se ofrecerán algunos detalles sobre la obra de nueve pensadores alemanes que desde mediados del siglo XX hasta nuestros días han ayudado a generar avances conceptuales en materia de política, economía, filosofía, sociología y derecho, en la recién fundada República Federal Alemana.

### **Konrad Adenauer (1876-1967)**

Considerado uno de los fundadores de la actual Unión Europea, y pensador fundamental para la mejor comprensión de lo que comporta el Estado de bienestar en que se sustenta su sistema político, económico y jurídico. La importancia de este personaje se centra en que luego de finalizada la Guerra, con la evidente devastación general que comentásemos en líneas iniciales, tuvo una participación esencial en la reconstrucción del país y en la redacción, preparación y promulgación de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949 (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*), para la que fue designado como su primer canciller.

La participación de Adenauer en la conformación de la República Federal Alemana puede, a los fines de su mejor comprensión, estudiarse en dos períodos: el primero, desde la finalización de la Guerra hasta la aprobación de la Ley Fundamental; y el segundo, luego de su designación como canciller.

Empecemos por la primera de las fases que nos interesa destacar. Finalizado el evento bélico, las autoridades de ocupación restituyeron en sus cargos a los funcionarios anteriores al régimen del nacionalsocialismo; en el caso de Adenauer, como alcalde de Colonia. Posteriormente, tuvo una destacada participación política cuando luego de las conferencias en Londres, las potencias ocupantes, conjuntamente con los Estados vecinos de Alemania (Benelux), resultaron convencidas de la necesidad de evitar su hundimiento, conviniendo la devolución del poder gubernamental. Luego de múltiples reuniones, tanto entre las potencias aliadas como de los consejos de los *Länder*, se acordó la conformación de un Consejo Parlamentario

para que redactara la Ley Fundamental, cuya nota distintiva era su carácter “provisional”, ante la situación de que no estaba conformada la República por la totalidad del territorio y población de Alemania, pero en su redacción y principios preveía la futura reunificación como una sola Alemania.

Finalmente, en mayo de 1949, se aprobó la Ley Fundamental, con la conformidad y ratificación de los distintos *Länder*, siendo este cuerpo jurídico de jerarquía superior uno de los más importantes pasos en la conformación del Estado social de derecho o Estado de bienestar de la República Federal Alemana, ya que disponía las bases jurídicas para ello.

Correspondió también a Adenauer liderar, además de todo lo relativo a la aprobación de la Ley Fundamental, la entrega del Estatuto de Ocupación, sobre el que refirió en sus memorias:<sup>2</sup> “Tras un primer examen del texto primitivo del Estatuto de Ocupación, llegué a la conclusión de que podía conducir en una comprensiva interpretación a un paulatino desarrollo de la autonomía alemana”, como en efecto ocurrió.

Como canciller de Alemania, le correspondió la responsabilidad de restituir plenamente y cimentar las relaciones con Francia, Reino Unido y demás países europeos para la conformación de organizaciones y la suscripción de tratados que resultaron ser los inicios de la hoy Unión Europea, como la Comunidad Europea del Carbón y del Acero en 1950 y la Comunidad Económica Europea en 1957, mediante el llamado “mercado común”, tarea que llevó a cabo conjuntamente con otros importantes pensadores europeos, entre ellos, Robert Schumann y Jean Monnet.

Sin duda alguna, Adenauer es uno de los más importantes ideólogos tanto de la Alemania como de la Europa de la posguerra; resulta esencial el examen de su obra, a la que ha de sumarse la acertada designación de otros igualmente geniales protagonistas en posiciones esenciales como las de economía y relaciones externas, quienes hicieron posible lograr además del Estado de bienestar, el llamado “milagro económico alemán”.

Es apropiado concluir la referencia a este pensador con una de sus célebres frases: “Sólo quedó una vía para salvar nuestra libertad política, nuestra libertad personal, nuestra seguridad, nuestra forma de vida, desarrollada desde hacía muchos siglos, y que tenía como base un concepto cristiano y humano del mundo: una firme conexión con los pueblos y países que tengan las mismas opiniones que nosotros sobre Estado, persona, libertad y propiedad”.

## **Ludwig Erhard (1897-1977)**

Economista considerado el artífice del “milagro económico alemán”. Para el momento en que se discutía la Ley Fundamental era el presidente del Consejo de Ba-

---

<sup>2</sup> Konrad Adenauer, *Los inicios de la Unidad Económica Europea*, Madrid, Ediciones Rialp, S.A., 1965. Referida por *Reportaje de la Historia*, Barcelona, Editorial Planeta.

viera, y durante la ocupación aliada, director del área económica de las secciones norteamericana y británica, y, luego, también de la zona francesa. Posteriormente, al asumir Adenauer la Cancillería, este lo designa ministro de Economía.

Como se ha dicho, luego de la Guerra, la Alemania ocupada por los aliados se encontraba totalmente devastada, sumida en una gran crisis económica, escasez de bienes, de servicios, inflación y aumento de precios, motivo por el cual las autoridades de la ocupación impusieron listas de racionamiento y fijaron precios máximos de los productos, lo que lejos de solucionar la situación, la empeoró, generando una mayor inflación y el surgimiento del mercado negro de los bienes sujetos a control. Es en este contexto cuando ocurre el llamado milagro económico alemán (*Wirtschaftswunder*).

Las medidas de recuperación económica de Alemania pueden resumirse en dos aspectos muy puntuales: el primero de ellos, la liberación total de las restricciones impuestas a los precios y eliminación de las listas racionamiento; y el segundo, la reforma monetaria mediante la cual se sustituyó el marco estatal (*reichsmark*) por el marco alemán (*deutsche mark*).

En cuanto a las medidas de liberación de precios, eliminación de barreras y controles económicos, se acogió de manera plena una economía de mercado para incentivar la iniciativa privada, que en vez de ser de libre mercado se apoyaba en las ideas de la Escuela de Friburgo, desarrolladas, discutidas y planteadas por Alfred Müller-Armack, así como en las de Walter Eucken. Dichas ideas proponían y promovían la llamada economía social de mercado, como una posición intermedia, una tercera vía, entre la absoluta libertad de la economía de mercado, por una parte, y la economía planificada, por la otra, que bien podemos denominar de intervención absoluta del Estado.

Incentivar la iniciativa y actividad privada, reducir el exceso de liquidez sin soporte, ya que la moneda se encontraba totalmente devaluada, pero el canje por la nueva moneda se efectuaría de manera progresiva, y liberar los precios y controles, hicieron que los precios disminuyeran de manera sustancial y aparecieran en el mercado productos que habían estado represados, y que la nueva moneda obtuviera un gran valor. Así se verificó el llamado milagro económico alemán y, desde ese momento, Alemania se constituyó en líder de las políticas económicas y monetarias de Europa hasta la presente fecha.

Refiriéndose a las medidas económicas de liberación de precios y controles, y de reforma monetaria del 20 de junio de 1948, *Erhard* afirmó:

Fue el día más decisivo de mi vida. Fue un gran cambio. Por primera vez me atreví a poner mis ideas teóricas en práctica. El escenario cambió repentinamente. Los escaparates se llenaron, la oferta de mercancía se multiplicó, y valió la pena empezar nuevamente a trabajar.

Nosotros rechazamos el Estado benefactor de carácter socialista, y la protección total y general del ciudadano, no solamente porque esta tutela, al

parecer tan bien intencionada, crea unas dependencias tales que a la postre sólo produce súbditos, pero forzosamente tiene que matar la libre mentalidad ciudadana, sino también porque esta especie de autoenajenación, es decir, la renuncia a la responsabilidad humana, debe llevar, con la paralización de la voluntad individual de rendimiento, a un descenso del rendimiento económico del pueblo.

### **Walter Hallstein (1901-1982)**

Así como Erhard tuvo destacada importancia en el área económica, llegando a ocupar la cartera de Economía durante la cancillería de Adenauer, el jurista y político Walter Hallstein tuvo esencial participación en el área de relaciones exteriores, y fue designado por el canciller Adenauer para ocupar la Secretaría de Asuntos Exteriores de la recién fundada República Federal Alemana.

Una de las políticas por la que se le recuerda es la imposición de la llamada Doctrina Hallstein, que consistió en que la República Federal, atribuyéndose la representación de la totalidad del pueblo alemán, únicamente mantenía relaciones diplomáticas con los Estados que solo la reconociesen como tal y no así a la República Democrática, la Alemania del Este. Esta controversial doctrina resultó muy criticada y tuvo que ser desaplicada, ya que en efecto afectaba la relación con los países del Este y la deseada integración.

Pero más que identificar a Hallstein por dicha doctrina, que muchos la llamaron “la crisis de las sillas vacías”, debe tenerse presente sus grandes logros para la conformación de lo que hoy constituye la Unión Europea, al participar activamente en la discusión y aprobación de los tratados de los cuales ella proviene; de hecho, fue el primer presidente de la Comisión Europea.

Hallstein, ante las posiciones que manifestaban lo compleja que resultaría una integración en la que existían diversas culturas y lenguas distintas, destacaba la importancia de preservar tales diferencias; en tal sentido, promovió que Europa debía mantenerse “unida en la diversidad”.<sup>3</sup>

Culminamos el examen de este importante protagonista de la política exterior de la República Federal Alemana con la frase que una vez mencionara: “Uno no puede obligar a la gente a aceptar lo que es mejor para ellos”.<sup>4</sup>

### **Alfred Müller-Armack (1901-1978)**

El invaluable aporte de Müller-Armack, sociólogo y economista, consistió en idear el concepto de la denominada economía social de mercado, la cual se pre-

---

<sup>3</sup> Henriette Müller, “The Point of No Return. Walter Hallstein and the EEC Commission between Institutional Ambitions and Political Constraints”, *Les Cahiers européens de Sciences Po.*, núm. 03/2012, diciembre de 2012.

<sup>4</sup> Walter Hallstein, *Europe in the making*, New York, Norton, 1973.

senta como una tercera vía entre el libre mercado y la economía dirigida o de intervención, en la que convergen la libertad económica y la seguridad social.

En importante trabajo de Marcelo F. Resico, se destaca la definición que Müller-Armack da a la economía social de mercado: “[Es] la combinación del principio de la libertad de mercado con el principio de la equidad social”, y precisa en cuanto a su finalidad: “El marco referencial es el concepto de la libertad del hombre complementada por la justicia social”.

Muy acertadamente señala que la economía social de mercado sintetiza ventajas del sistema económico de mercado, como iniciativa individual, productividad, eficiencia, tendencia a la autorregulación, con los aportes fundamentales de la tradición socialcristiana de solidaridad y cooperación, basándose en la equidad y la justicia de una sociedad. Busca combinar la libertad de acción individual dentro de un orden de responsabilidad personal y social.

### Walter Eucken (1891-1950)

Eucken, economista de profesión, conjuntamente con Alfred Müller-Armack y Ludwig Erhard, dio forma a la idea de una economía social de mercado que resultara esencial para llevar a cabo el llamado milagro económico alemán y el Estado de bienestar.

Mucho antes de la Segunda Guerra Mundial, en la década de los treinta, en la Universidad de Friburgo, Eucken, conjuntamente con otros estudiantes de economía, se dedicó al desarrollo y examen de la idea del llamado ordoliberalismo, el que, a su vez, constituyó los fundamentos teóricos de la economía social de mercado.

A través de un preciso trabajo hecho por Stephan Kuhnert sobre este importante economista, sabemos que Eucken rechazaba la idea con que sus contemporáneos se referían a los conceptos teóricos de “capitalismo” o “socialismo”. Según el ordoliberalismo (*ordnung*, orden/ordenado), el liberalismo debe estar sometido a cierto orden, pero sin que se encuentre identificado dentro de los tipos de “economía de mercado” o la “economía dirigida o planificada”, a la que podemos señalar sin mayores reservas de “intervencionista”. Entre estos extremos surge la noción de ordoliberalismo o liberalismo alemán como un pensamiento económico que, respetando las libertades individuales, y aún más las económicas, dispone “normas del juego” sobre las cuales se desarrollen los sistemas económicos, y donde el concepto de orden (*ordnung*) no implique connotación de autoritario sino de estructura y esquema sistemático de las actividades económicas (*framework* o *wirtschaftsordnung*).

Para Eucken, desde el pasado y hasta el presente, han existido órdenes económicos específicos que pueden ser comprendidos desde dos principios básicos, la coordinación descentralizada de actividades económicas enmarcadas en un esquema general de reglas de juego, por una parte, y aquellos subordinados dentro de un sistema de administración centralizado, por la otra.

Eucken rechaza la idea de teorías separadas de los distintos aspectos de la economía como producción, distribución y consumo, porque tal separación no se corresponde con la realidad y se pierde la unidad de la vida económica: “No debería haber teorías independientes en la economía, solo un problema y una teoría”.

Su legado permanece a través del instituto que lleva su nombre, *Walter Eucken Institut*, que amigos y alumnos fundaron pocos años después de su fallecimiento en enero de 1954.<sup>5</sup>

### **Dolf Sternberger (1907-1989)**

Filósofo, fundador de la ciencia política en la Alemania de la posguerra. Luego de encaminados todos los esfuerzos a la reconstrucción del país, que indudablemente necesitó de un gran esfuerzo, tanto económico como sociológico y filosófico, en 1979, con ocasión del trigésimo aniversario de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, Sternberger presentó y expuso el concepto de “patriotismo constitucional” (*verfassungspatriotismus*), que no era más que la referencia a la necesidad de crear una identidad nacional, pero no basada de manera obligada en antecedentes históricos, ya que inevitablemente también se referiría al atroz pasado alemán al que habían logrado sobreponerse, sino en la vital y decisiva importancia que tuvo la Constitución de 1949 para la superación de tales graves episodios. Una identidad que respeta el pluralismo, basada en el civismo, el respeto al Estado de derecho, al bienestar general, a la Constitución y a las instituciones democráticas, a los derechos fundamentales, al espíritu de reconciliación, una identidad que se opone totalmente al nacionalismo.

Resulta de interés destacar los comentarios que sobre la obra de Sternberger hace Manual García Pelayo (en *Idea de la política*), quien señala que la paz es la “categoría política”, fundamento, nota característica y norma de lo político, su misión es “instaurarla, conservarla, garantizarla, protegerla y defenderla”.

El pensamiento de Sternberger, luego de la Segunda Guerra Mundial, en el que atiende a la necesaria superación de una visión política donde domina un papel absoluto por parte del Estado, significó una total superación de la política en el sentido existencial de confrontación de Carl Schmitt, en cuanto a que no se está en situaciones extremas de eliminación del otro, del *hostis*, especial énfasis en la paz, pero siempre recalando que esta no podrá ser entendida como sumisión frente al opresor.

Culminamos las pocas líneas dedicadas a este protagonista citando un extracto de su discurso en la Universidad de Heidelberg, el 23 de noviembre de 1960: “En la conciliación debe reinar la justicia, en el conflicto civilizado debe mantenerse el aliento vital de la libertad, pero en la relación viva de los cargos y de las instituciones debe diariamente de nuevo ganarse la paz y precisamente de esta manera debe mantenerse siempre. Esto vale para la mejor Constitución política”.

---

<sup>5</sup> <http://www.eucken.de/en/the-institute.html>.

## Niklas Luhmann (1927-1998)

Otro de los prolíficos pensadores alemanes de la segunda mitad del siglo XX es el sociólogo Niklas Luhmann, quien en sus más de tres decenas de obras escribió sobre múltiples temas, desde el derecho hasta el amor, pasando por la filosofía, la sociología, el arte y mucho otros.

Su tema esencial, por el que es más conocido y sobre el que se sustentan muchos otros asuntos que desarrolla, es la teoría social de sistemas, la cual, en términos muy generales, señala que la complejidad natural del universo es disminuida por mecanismos o fuerzas que aminoran el desorden, lo que ocurre mediante procesos que se denominan “sistemas”.

Para un entendimiento inicial del pensamiento de Luhmann, muy precisas resultan las líneas expuestas por Ernesto Funes –en *Comunícate, amor (Una introducción de los sistemas sociales de Niklas Luhmann)*–, cuando señala que los sistemas que desarrolla Luhmann se diferencian entre lo que es el propio sistema y su entorno. El hombre no es un sistema, sino que, mediante un recurso único y especial, se sirve de él para reducir la complejidad de su mundo. Este recurso es el “sentido”, que, a su vez, se manifiesta mediante dos operaciones significativas: “la conciencia” y “la comunicación”, y de esas dos operaciones surgen a su vez dos sistemas significativos: por una parte, los sistemas psíquicos o de personalidad sustentados en la conciencia, y, por otra, el sistema sustentado sobre la comunicación, del que luego Luhmann señala que son los “sistemas sociales”: “Lo social es comunicación. Todo lo social es, se origina, o pasa a través de la comunicación; y todo lo que es comunicación (incluyendo aquello que para existir tiene que asumir la forma de la comunicación) es Social”.

En su teoría, Luhmann diferencia los sistemas propiamente del hombre, al que ubica fuera de dicho sistema que, a su vez, es autárquico y autorreferente. Insiste en que los sistemas tienen un desarrollo independiente y que el hombre no forma parte del sistema social, lo que constituye una crítica a la Ilustración y al liberalismo democrático.

El autor rechaza la democracia directa, afirmando que la participación de todos o el mayor número de personas es del todo irracional, y que son los partidos políticos los que tienen la función de estabilizar los intercambios entre la administración y el público.

En su obra *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*, Luhmann señaló:

Las organizaciones se encuentran obligadas a innovar, lo que implica mantener el control sobre las alternativas de cambio, sea a través de la planificación o mediante una capacidad de innovación que se desarrolla a través de decisiones oportunas. Si no hay capacidad de innovar, de reaccionar planificadamente a los cambios internos y externos, la organización perderá las oportunidades que se le ofrezcan y se encontrará sometida a un cambio inevitable y sin rumbo conocido.

En el año 1971 fue famosa la confrontación de este importante sociólogo y su *teoría de sistemas* con otro pensador alemán y a quien de seguidas señalaremos, Jürgen Habermas, quien a su vez postuló y desarrolló la llamada *teoría crítica*.

## Jürgen Habermas (1929)

Si bien fue Sternberger quien originariamente promovió el concepto de “patriotismo constitucional”, su mayor y más amplia difusión fue hecha por el también filósofo alemán Jürgen Habermas, cuyas ideas desde la década de los ochenta en el foro internacional, mediante sus múltiples obras, han expandido también los conceptos necesarios para el desarrollo social de la “democracia deliberativa”, “teoría crítica” y la “teoría de la acción comunicativa”.

Habermas, filósofo y sociólogo contemporáneo destacado por sus aportes y opiniones en las ciencias sociales, afirma en *Identidades nacionales y posnacionales*: “Para nosotros, ciudadanos de la República Federal, el patriotismo de la Constitución significa, entre otras cosas, el orgullo de haber logrado superar duraderamente el fascismo, establecer un Estado de derecho y anclar éste en una cultura política que, pese a todo, es más o menos liberal”.

Abundantes son las obras del propio Habermas, así como aquellas que sobre él y su pensamiento se han escrito; cada una de ellas resulta de gran valor para la comprensión de la filosofía práctica, y para nuestro propósito (el entendimiento del Estado social de derecho), al señalar que si al principio liberal se le agrega el principio del Estado social, las garantías constitucionales dejan de ser sólo derechos de defensa frente al Estado, y surgen y se desarrollan normas fundamentales constitucionales objetivas para todos los ámbitos del derecho que rigen las relaciones entre particulares, así como de las prestaciones que ellos reclaman al propio Estado.<sup>6</sup>

De sumo interés son sus precisiones sobre el derecho como categoría de la mediación social entre facticidad y validez, nombre de uno de su más importantes trabajos y que, como el de Juan Luis Vidal Reyes, desarrolla de manera esquemática la importancia de la cultura, la sociedad y la personalidad, entre otros.

La posición del Tribunal Constitucional Alemán también forma parte esencial de su pensamiento, en cuanto a la aplicación y justiciabilidad de los derechos fundamentales como valores, lo que da lugar a la ponderación discrecional del juez constitucional. Reprocha que el juez constitucional no pueda ser crítico ni revisar las ideologías del Poder Legislativo, mientras que, por otra parte, se pronuncia de manera mucho más directa y a favor de la política deliberativa, concluyendo sobre el particular que la soberanía popular y los derechos fundamentales se presuponen recíprocamente, no existiendo exclusividad de uno sobre el otro, ni que uno derive del otro.

---

<sup>6</sup> Fritz Loos, “Habermas, facticidad y validez”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, mayo de 2009. Disponible en: [http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009\\_5\\_318.pdf](http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_5_318.pdf).



Concluimos con una cita del propio Habermas:

La moralidad tiene que ver, sin duda, con la justicia y con el bienestar de los otros, incluso con la promoción del bienestar general. Pero la felicidad no puede ser producida intencionalmente y puede ser promovida sólo de manera muy directa. Prefiero un concepto de moralidad relativamente estrecho. La moralidad se refiere a cuestiones prácticas, que pueden ser decididas con razones, a conflictos de acción que pueden resolverse a través del consenso. Sólo son morales en sentido estricto aquellas preguntas que pueden ser respondidas de manera significativa desde el punto de vista kantiano de la universalización; de aquello que todos pueden desear. Legitimación manipulativa.

### Robert Alexy (1945)

Para finalizar estas referencias, sin que ello signifique que no existan muchos otros teóricos alemanes que hayan sido y sean influyentes en las diversas áreas en que se han desarrollado, hemos de referirnos, por su actualidad y vigencia, al más reciente pensador alemán que merece especial atención, el jurista y filósofo del derecho Robert Alexy, ampliamente conocido por sus trabajos de argumentación jurídica e interpretación constitucional.

El profesor Alexy destaca en el foro de la filosofía del derecho, principalmente desde el inicio de la década de los ochenta con sus dos principales trabajos (*La teoría de la argumentación jurídica* y *La teoría de los derechos fundamentales*), que son objeto de profundo estudio, no solo en materia de derecho constitucional, sino también en procesal constitucional, filosofía del derecho y argumentación jurídica, entre otros.

La importancia del pensamiento de Alexy en la actualidad (y más específicamente en lo relativo a la intención de estas líneas, que no es otra que la de procurar un mejor entendimiento del Estado social de derecho) es que en una ley fundamental –como un texto constitucional– se encuentran enunciados que no necesariamente constituyen normas, en el sentido de su aplicación mediante el silogismo básico de un supuesto de hecho concreto y la consecuencia jurídica específica que resultará al verificarse el presupuesto, lo que ocurre mediante la aplicación de la técnica de la subsunción en la que simplemente se verifica la identidad de la premisa mayor con la menor para así generar la consecuencia determinada, y que el mismo autor desarrolla con especial tino en *La construcción de los derechos fundamentales*.<sup>7</sup>

Sin que de manera alguna se niegue el carácter normativo general del texto constitucional como una unidad sistemática y de los derechos fundamentales en

<sup>7</sup> Robert Alexy, *La construcción de los derechos fundamentales*, Colección Derecho, Estado y Sociedad, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2010.

él consagrados como una unidad axiológica, resulta evidente que muchos de los enunciados tienen un nivel de abstracción tal, que hace que resulten inaplicables directamente mediante la técnica de la subsunción; incluso, podrían resultar situaciones en las que pareciera que derechos fundamentales están de alguna manera en contradicción entre sí, y es en estos casos donde la obra de Alexy resulta esencial para abordar el asunto y procurar una justa solución.

Imaginemos una situación en la que pudieran encontrarse dos derechos fundamentales, como el del libre tránsito frente al derecho a la manifestación, el de la libertad de expresión e información frente al de la privacidad e intimidad, o el de la propiedad privada frente al de la vivienda; en fin, muchos son supuestos de hecho que podemos destacar para ilustrar mejor el tema, tanto hipotéticos como reales, y de muy reciente actualidad.

Lo primero que hay que destacar de los derechos fundamentales consagrados en el texto constitucional es que no existe jerarquía entre ellos, incluso ante una calificación de primera, segunda, hasta de tercera y cuarta generación. Ello no significa que se excluyan entre sí o que exista alguna preferencia en la aplicación de unos frente a otros. Tampoco existe, y ha de formularse la precisión, distinción o sometimiento alguno entre los derechos individuales frente a los sociales; es más, los derechos sociales han de entenderse como un mecanismo para la satisfacción de los derechos individuales asociados. Los derechos fundamentales, todos, tienen una misma jerarquía y es suprema, la jerarquía constitucional, conformando todos ellos en su conjunto una unidad sistemática y axiológica sustentada en el propio texto constitucional. Es entonces ante estas situaciones donde derechos de jerarquía similar, en este caso constitucional y que en un caso específico pudieran colidir, cuando la obra y el pensamiento de Alexy nos proporcionan herramientas para su atención, proponiéndonos, en vez de la aplicación de la técnica de la subsunción, la técnica de la ponderación. Esta última consiste en que, en un caso particular, el operador de justicia, haciendo uso de su prudente arbitrio, deberá ponderar el peso de los derechos involucrados, y valorando la situación especial, aplicará uno en preferencia del otro, para lo que deberá someterse el examen del asunto concreto al denominado test de proporcionalidad. En sus obras y exposiciones, Alexy diferencia y desarrolla ampliamente los enunciados constitucionales entre principios y reglas, y en atención a ello su aplicación a situaciones específicas dependerá de la ponderación que el juez constitucional considere más apropiada, siempre procurando mantener la vigencia y validez de todos los derechos involucrados.

Para concluir con las precisiones sobre este pensador, jurista y filósofo del derecho y su invaluable aporte al derecho, a la filosofía, a la argumentación, así como a las demás ciencias sociales, políticas y económicas, bien cabe citar su particular posición sobre los denominados derechos prestacionales o derechos sociales, los cuales en ocasiones resultan de difícil comprensión, y la manera en que han de ser aplicados en casos concretos, en especial, cuando estos derechos pudieran entenderse como si estuviesen en una natural posición de contradicción y exclusión de

los derechos individuales, a lo que Alexy reitera que ello no es así: “Los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente, podría también obtenerlo de los particulares. Éstos son por ejemplo derechos a la previsión, al trabajo, a la vivienda y a la educación”.

## 5. Conclusión

Para el momento en que se prepara este ensayo y se redactan sus conclusiones, en la región latinoamericana existe una gran discusión que afecta de manera sensible no solo la lectura que hemos de dar a nuestros textos constitucionales, sino al propio Estado de derecho, la comprensión del constitucionalismo mismo y las instituciones democráticas.

Ya no son veladas las abiertas intenciones de instaurar en la región sistemas “socialistas”, en las que también abiertamente y sin empacho alguno se señala que las instituciones fundamentales y democráticas deben ser entendidas como las de separación de poderes, seguridad jurídica, irretroactividad de la ley, prohibición de usurpación de autoridad, principio de legalidad de la actuación administrativa, alterabilidad del poder, representación de las minorías, pluralidad democrática, entre otras, con ese matiz “socialista”, sustentándose para ello en el llamado Estado “social” de derecho, que oponen al Estado liberal.

Una de las precisiones y reflexiones del presente trabajo es que el llamado “Estado social de derecho” y sus orígenes en modo alguno se identifican con el actualmente pretendido “socialismo” latinoamericano del siglo XXI, y menos aún que ello reconozca o tenga como presupuesto el pretendido fracaso del Estado liberal y que, en razón de ello, se instauren regímenes que, al mejor estilo schmittiano, toman la política existencial, la irracional imposición, la negación y degradación del otro, el ejercicio abusivo del poder, entre otras muchas aberraciones como bandera principal de su actuación.

En el caso particular de Venezuela, vemos cómo sin disimulo alguno se atenta contra derechos fundamentales, en lo que incluso, ante condenatorias de organismos internacionales de defensa de los mismos, no solo se incumplen las medidas de protección dictadas, sino que contrariando el propio texto fundamental que de manera expresa consagra tales sistemas de protección, se denuncian los tratados internacionales sobre derechos humanos. Flagrantemente ante tribunales constitucionales y contencioso-administrativos, en defensa de estos nuevos regímenes revolucionarios socialistas, se afirma que los principios de irretroactividad de la ley, de separación de poderes, de prohibición de usurpación de autoridad, de debido proceso, y de principio de legalidad de penas y sanciones deben ceder y adecuarse a los nuevos principios “socialistas”, “antiimperialistas”, “anticapitalistas” y demás postulados que no son más que una negación de la propia Constitución, la demo-

cracia y la República, todo ello en supuesto sustento y amparo del llamado “Estado social de derecho”.

Los pensamientos de los diversos autores analizados constituyen entonces una importante referencia para la lectura de lo que debemos entender como Estado social de derecho, y que jamás significa la propia negación de la Constitución, democracia, respeto y garantía de los derechos fundamentales, que pertenecen a las personas y no a los Estados. He allí la vital importancia de su transversabilidad e interpretación progresiva de su protección.

Sirva pues este espacio para reflexionar sobre derecho, sociología, economía, política y filosofía, para generar nuevas y mayores inquietudes, tanto del contexto histórico como social y económico, despertando el interés en el estudio de los pensadores mencionados y de muchos otros, pasados y actuales, foráneos y propios, para que de esa manera podamos contar con los mecanismos y preparación necesaria para sobreponernos y superar los problemas y vicisitudes que se nos presentan en la actualidad en la región, y en particular ante el difícil reto que encara el sistema interamericano de protección de derechos humanos frente a las graves situaciones de peligro que son cada vez más flagrantes y evidentes en la zona.

Respecto al Estado de derecho, al Estado social de derecho, al Estado democrático y social de derecho y de justicia, o simplemente al Estado de bienestar, como quiera que deseemos llamarlo, no podrá jamás ser entendido si no es en cuanto al reconocimiento irrestricto de las libertades, derechos y garantías de sus ciudadanos, que ya hace mucho dejaron de ser súbditos, y a la limitación y restricción del poder, que también desde hace tanto dejó de ser absoluto para someterse a la ley, para que de esa manera podamos hacer nuestro propio milagro, y no económico únicamente, sino general, social, jurídico, político y filosófico.

## Bibliografía

- ADENAUER, Konrad, “El nacimiento de la República Federal Alemana”, *Reportaje de la Historia IV*, Barcelona, Editorial Planeta, 1972.
- \_\_\_\_\_, “Los inicios de la Unidad Económica Europea”, *Reportaje de la Historia IV*, Barcelona, Editorial Planeta, 1972.
- ALEXY, Robert, *La construcción de los derechos fundamentales*, Colección Derecho, Estado y Sociedad, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2010.
- DELGADO, Francisco José, *La idea de derecho en la Constitución de 1999*, Serie Trabajos de Grado, núm. 16, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Idea de la política*, Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, 1968.

- GLOSSNER, Christian L. y David GREGOSZ, *The formation and implementation of the social market economy by Alfred Müller-Armack and Ludwig Erhard. Incipency and Actuality*, Sank Agustin/Berlin, Konrad Adenauer Stiftung, 2011.
- GONZÁLEZ, Luis Armando, “Teoría crítica versus teoría de sistemas: la confrontación Habermas-Luhmann”, *Realidad. Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, núm. 41, septiembre-octubre de 1994, pp. 785-811.
- HALLSTEIN, Walter, *Europe in the making*, Nueva York, Norton, 1973.
- KRAUS, Peter A., “Between Mill and Hallstein. Cultural diversity as a challenge to European integration”, en Philippe van Parijs, *Cultural Diversity versus Economic Solidarity*, 2004.
- KUHNERT, Stephan, “The Man Who Heated Up Economic Discussion with a Stove: Walter Eucken’s Challenge to the Social Sciences”, en Mark SPROULE-JONES, Barbara ALLEN y Filippo SABETTI (eds.) 2006. Disponible en: [http://www.indiana.edu/~voconf/papers/kuhnert\\_voconf.pdf](http://www.indiana.edu/~voconf/papers/kuhnert_voconf.pdf).
- LETÉLIER WARTENBERG, Raúl, “La justicia constitucional en el pensamiento de Habermas”, *Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 2, 2011, pp. 377-394.
- LOOS, Fritz, “Habermas, facticidad y validez”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, mayo de 2009. Disponible en: [http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009\\_5\\_318.pdf](http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_5_318.pdf).
- LUHMANN, Niklas, *El Amor. El amor como pasión*, Curso dictado durante el semestre de verano de 1969. Con introducción de Ernesto Funes, *Comunícate amor (Una introducción a la teoría de los sistemas sociales de Niklas Luhmann)*.
- MEJÍA QUINTANA, Óscar, “La teoría del derecho y la democracia en Jürgen Habermas: en torno a Faktizität und Geltung”, *Revista Digital Ideas y Valores*, núm. 103, 1997.
- MÜLLER, Henriette, “The Point of No Return. Walter Hallstein and the EEC Commission between Institutional Ambitions and Political Constraints”, *Les Cahiers européens de Sciences Po.*, núm. 03/2012, diciembre de 2012.
- PÉREZ JARABA, María Dolores, “Los derechos fundamentales como normas jurídicas materiales en la teoría de Robert Alexy”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 24, 2011.
- RESICO, Marcelo F., *Introducción a la economía social de mercado*, Edición latinoamericana, Buenos Aires, Konrad Adenauer Stiftung, 2011.
- ROSALES, José María, “Patriotismo constitucional: sobre el significado de la lealtad política republicana”, extracto del propio autor de su trabajo *Patriotismo, nacionalismo y ciudadanía: en defensa de un cosmopolitismo cívico*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.
- STERLING CASAS, Juan Pablo, *Interpretación, lógica y argumentación jurídica*. Bucaramanga, abril de 2008. Disponible en: <http://razonjuridica.blogspot.com/2008/04/entrevista-jrgen-habermas-la-ansiada.html>.
- STERNBERGER, Dolf, “El concepto de lo político”, en Herminio SÁNCHEZ DE LA BARQUERA (ed.), *Antologías para el estudio y la enseñanza de la Ciencia Política*.

*Fundamentos, teoría e ideas políticas*, Serie Ciencia Política, núm. 1, México, D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2014.

UNIÓN EUROPEA, página oficial de la Unión Europea. Disponible en: [www.eutopa.eu](http://www.eutopa.eu). Bruselas. Disponible en: <http://europa.eu/about-eu/eu-history/founding-fathers/>.

VON HOEGEN, Miguel, *La economía social de mercado: ¿una opción para Guatemala?* Serie Económica, Guatemala, Universidad Rafael Landívar, Instituto de Investigaciones Económicas y Sociales, 1999.

ZÁRATE CASTILLO, Arturo, “Reseña de ‘Teoría de los derechos fundamentales’ de Robert Alexy”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 17, julio-diciembre de 2007.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Víctor Bazán\* (Argentina)

## **Derechos económicos, sociales y culturales: su fundamentalidad, exigibilidad y otras cuestiones en los ámbitos jurídicos internos y el desafío de su justiciabilidad directa en la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

### **RESUMEN**

Este artículo, primero, formula ciertas consideraciones en torno a la fundamentalidad, la exigibilidad y la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales; continúa con reflexiones sobre la progresividad y la prohibición de regresividad injustificada de tales derechos, y, finalmente, comenta sobre la dignidad humana y su vinculación con el contenido esencial de aquellos derechos. Además, este ensayo plantea uno de los retos principales que asoma en la prospectiva de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales: la procedencia de la justiciabilidad directa de estos por conducto del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a partir de una interpretación evolutiva y dinámica de dicho precepto convencional.

**Palabras clave:** derechos económicos, sociales y culturales; dignidad humana; Convención Americana sobre Derechos Humanos: artículo 26; Corte Interamericana de Derechos Humanos.

---

\* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Catedrático de Derecho Constitucional y Derechos Humanos, Derecho Internacional Público y Derecho Procesal Constitucional, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina); profesor de posgrado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA) y de otras universidades argentinas y extranjeras. Autor, coordinador y/o coautor de más de 100 libros y autor de alrededor de 230 artículos en materia de derecho constitucional, derecho procesal constitucional, derechos humanos y derecho internacional publicados en Argentina y el exterior. vba\_mart9@yahoo.com.ar.

Der Artikel stellt zunächst einige Überlegungen zur grundsätzlichen Bedeutung sowie zur Geltendmachung und Justiziabilität von wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten an. Daran anschließend befasst er sich mit dem progressiven Charakter dieser Rechte und dem Verbot einer ungerechtfertigten Regression und schließt mit einem Kommentar zur Menschenwürde und ihrer Verknüpfung mit dem Wesensgehalt der genannten Rechte. Daneben befasst sich der Beitrag auch mit einer der wichtigsten Herausforderungen an die künftige Rechtsprechung des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte auf dem Gebiet der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte: die Statthaftigkeit ihrer direkten Geltendmachung nach Artikel 26 der Amerikanischen Menschenrechtskonvention auf der Grundlage einer evolutiven, dynamischen Auslegung der genannten Konventionsvorschrift.

**Schlagwörter:** Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte; Menschenwürde; Amerikanische Menschenrechtskonvention: Artikel 26; Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte.

#### ABSTRACT

This paper begins by making some considerations about the fundamental nature, the enforceability and the justiciability of economic, social and cultural rights; it continues with reflections on the progressiveness of these rights and the prohibition of unjustified regressivity and concludes with some remarks on human dignity and its relation to the essential contents of those rights. This essay also sets out one of the main challenges raised in the case-law of the Inter-American Court of Human Rights with respect to economic, social and cultural rights: whether these rights are directly justiciable under article 26 of the Inter-American Convention on Human Rights, based on an evolving and dynamic interpretation of that conventional provision.

**Keywords:** Economic, social and cultural rights; human dignity; Inter-American Convention on Human Rights, article 26; Inter-American Court of Human Rights.

## El recorrido propuesto

El núcleo del trabajo presenta dos bloques temáticos claramente marcados. El primero mostrará ciertas consideraciones en torno a la fundamentalidad, la exigibilidad y la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), unas notas sobre la progresividad y la prohibición de regresividad injustificada de tales derechos, e, *inter alia*, determinados apuntes acerca de la dignidad humana y el contenido esencial de los DESC. Semejante acercamiento analítico enfocará diversas cuestiones ligadas a estos derechos en el ámbito interno, sin omitir aspectos del problema anclados en la dimensión internacional.

Por su parte, el segundo bloque se focalizará en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en la materia, para pasar a



plantear y argumentar por qué la justiciabilidad directa de los DESC por vía del tan potencialmente rico como subutilizado artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) es un reto perentorio que el tribunal interamericano debería enfrentar para expandir cualitativamente el radio protectorio de los DESC. Además, no faltarán sucintas apreciaciones subsidiarias acerca de estrategias indirectas de acceso al sistema interamericano para la tutela de tales derechos, que podrían resultar útiles si en el corto o el mediano plazo no se generan cambios en la percepción de la Corte para viabilizar dicha justiciabilidad frontal que postulamos.

A su tiempo, unas sumarias valoraciones marcarán el cierre del trabajo, acoplándose a otras observaciones conclusivas intercaladas en el nudo del mismo.

## 1. Primer nudo temático: tomando en serio los derechos económicos, sociales y culturales<sup>1</sup>

### 1.1. Los DESC como derechos exigibles

Aunque obvio, vale subrayar que *los derechos económicos, sociales y culturales no son menos derechos que los civiles y políticos*. Por supuesto, no han faltado voces que catalogan a los primeros como derechos incompletos o simplemente expectativas, promesas o postulados líricos sin anclaje jurídicamente coactivo. Por ende, la necesidad de *corregir su presunta imperfección* representa todo un desafío para la imaginación de los operadores del sistema jurídico, tanto al formular planteos a su respecto como al ser estos resueltos por los órganos públicos competentes.

La Declaración y el Programa de Acción de Viena, aprobados por la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos<sup>2</sup> (Viena, 25 de junio de 1993), que potenciara los caracteres de universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, establece que “debe hacerse un esfuerzo concertado para garantizar el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales a nivel social, regional e internacional”:<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Algunos de los temas que se referirán aquí fueron analizados por Víctor Bazán, por ejemplo, en: “La judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales”, en Víctor Bazán (dir.), *La judicialización de los derechos humanos*, Lima, Asociación Argentina de Derecho Internacional (Sección Derechos Humanos) - Ediciones Legales, 2009, pp. 257-300; y *Vías de maximización protectoria de los derechos económicos, sociales y culturales*, Buenos Aires, La Ley, T° 2007-D, pp. 1135-1149.

<sup>2</sup> A/CONF.157/24 (Part I), cap. III.

<sup>3</sup> Declaración y el Programa de Acción de Viena, Parte II, párr. 98.

Además, vale mencionar lo que embrionariamente se planteara en la Resolución 421 (V), de 4 de diciembre de 1950, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) como aproximación a lo que hoy se conoce como indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos. La citada Resolución se refería al por entonces

Es también imprescindible tener en cuenta que la canalización jurisdiccional de los DESC es la consecuencia de que existan derechos genuinos y no meras expectativas, esperanzas o promesas desprovistas de anclaje real. Como hipótesis de mínima, debe admitirse que los derechos sociales *presentan alguna veta de justiciabilidad*, que debe ser resguardada para evitar que se diluya el contenido esencial del derecho en cuestión, punto que se perfila como un peculiar desafío para el Estado constitucional y convencional y un bien entendido activismo judicial.

En línea con lo anticipado, se ubica la Observación general (OG) 9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) –en adelante, también, Comité de DESC–, referida a “La aplicación interna del Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales]”, de 3 de diciembre de 1998. En ella se ha subrayado que la adopción de una clasificación rígida de los DESC que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería arbitraria e incompatible con el principio de que los dos “grupos” de derechos [refiriéndose a los DESC y a los civiles y políticos] son indivisibles e interdependientes, al tiempo que “reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad”.<sup>4</sup>

Para ponderar la importancia de los criterios sentados por tal Comité, debe tenerse presente que este es el *órgano de supervisión del cumplimiento de las obligaciones estatales asumidas a la luz del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)*, instrumento internacional que no instituyó un nuevo ente específico de control, sino que asignó al Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la ONU el examen de los informes periódicos de los Estados partes y que, frente a las dificultades para aplicar los mecanismos de vigilancia del cumplimiento de los compromisos emergentes del Pacto por los Estados partes, el ECOSOC procedió a crear el Comité por medio de la Resolución 1.985/17, de 28 de mayo de 1985.

Acerca del papel que ha jugado tal Comité, Craven advierte que el desarrollo del PIDESC como un efectivo tratado sobre derechos humanos se inició esencialmente con la creación de aquel,<sup>5</sup> que se reunió por primera vez en 1987.

Respecto de la protección de los DESC en el ámbito universal, debe resaltarse que uno de sus puntos débiles ha radicado en la imposibilidad de presentar *comunicaciones individuales* ante el Comité de DESC de la ONU. Sin embargo, ello ha tenido comienzo de solución (al menos en su prefiguración normativa) con la adopción del Protocolo Adicional al PIDESC, que adquirió vigencia tres meses después de la fecha de depósito del décimo instrumento de ratificación o adhesión en la Se-

---

“Proyecto de Pacto Internacional de Derechos del Hombre y medidas de aplicación: labor futura de la Comisión de Derechos del Hombre”.

<sup>4</sup> Nos referimos a lo sostenido en el punto 10 *in fine* de tal OG, bajo el epígrafe de “Justiciabilidad”.

<sup>5</sup> Matthew Craven, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Oxford, Clarendon Paperbacks, 1998, p. 352.

cretaría General de la ONU. Esto ocurrió el 5 de mayo de 2013, con la ratificación correspondiente a Uruguay, plasmada el 3 de febrero de ese año.

## 1.2. Los DESC como precondiciones para el ejercicio de ciertos derechos civiles y políticos

La importancia y la fundamentalidad de los derechos sociales deberían estar fuera de discusión (al menos en América Latina). De hecho, muchos de ellos (el derecho a la salud, a la alimentación, etc.) son *prerrequisitos* para el ejercicio de no pocos derechos civiles y políticos.

Como *mutatis mutandis* puntualiza Ferrajoli,

los derechos de libertad [...] son efectivos en la medida en que son sostenidos por la garantía de los derechos sociales a prestaciones positivas: del derecho a la subsistencia y a la salud y, más obviamente aún, del derecho a la educación y a la información. *Sin la satisfacción de estos derechos, no solamente los derechos políticos sino también los derechos de libertad están destinados a quedarse en el papel: por cuanto no hay participación en la vida pública sin garantía del mínimo vital, es decir, del derecho a la supervivencia, ni hay formación de voluntad consciente sin instrucción ni información.*<sup>6</sup> (Énfasis agregado)

Desde otro ángulo (aunque con convergencias respecto de lo dicho en el párrafo anterior), Nino explica que todos los llamados *derechos sociales* “deberían verse como derechos *a priori*, dado que su no satisfacción dañaría el funcionamiento apropiado del proceso democrático y su calidad epistémica”<sup>7</sup>

Por lo demás, coincidimos con Prieto Sanchís cuando se opone a la consistencia de la llamada *teoría de los “dos mundos”* con que a veces se ha querido describir el modelo de derechos fundamentales, sobre la base de la cual, de un lado, se encontraría el mundo de los derechos civiles y políticos, de las libertades, donde la mejor ley es la que no existe; y, de otro, el mundo casi retórico de los derechos sociales de naturaleza prestacional, esfera en la que se desarrollarían libremente las disputas legislativas sin que el juez tuviera casi nada que decir.<sup>8</sup> Añade que no es precisamente esta la mejor interpretación de los derechos en el constitucionalismo moderno, pues una concepción más atenta al significado político y cultural de la Constitución co-

<sup>6</sup> Luigi Ferrajoli, “Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 29, trad. de Alí Lozada, 2006, p. 19.

<sup>7</sup> Carlos S. Nino, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 301.

<sup>8</sup> Luis Prieto Sanchís, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en Miguel Carbonell, Juan A. Cruz Parceros y Rodolfo Vázquez (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2ª ed., México, D. F., Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, pp. 66-67.

mo marco de integración de una sociedad pluralista debería propiciar una imagen más compleja y flexible, dado que *la justicia y, sobre todo, la justicia constitucional, no puede abdicar de su competencia (naturalmente compartida con el legislador) de configuración sobre los derechos sociales*, y cuyos límites son imposibles de trazar con precisión más allá del criterio que proporciona una genérica invocación al núcleo intangible definido por la movediza conciencia social.<sup>9</sup>

### 1.3. Un sucinto acercamiento al principio de progresividad y a la pauta de no regresividad injustificada de los DESC

1.3.1. En tanto útil para enlazarlo argumentalmente con el asunto que anuncia este epígrafe, vale insistir en que la universalidad, la interdependencia y, principalmente, la indivisibilidad, la irreversibilidad y la naturaleza complementaria de los derechos llevan a dudar de la sustentabilidad semántica de la impropia expresión “generaciones de derechos humanos”.

Tampoco debería soslayarse que, bajo el pretexto de una escisión generacional de los derechos humanos, se han justificado y tolerado graves incumplimientos estatales en el espacio de los DESC, escudándose en su mentada *progresividad* y la falta de disponibilidad de medios tangibles para operativizarlos, cuando sabido es que el cumplimiento o la observancia de ciertos derechos humanos –civiles y políticos– no legitima la denegación de otros –económicos, sociales y culturales– (ver, v. g., la Declaración de la ONU sobre el derecho al desarrollo, de 1986), *pues la pauta de indivisibilidad justamente proscribde de manera taxativa que el logro de mejoras en uno de los derechos humanos sea a expensas de otro u otros*.

1.3.2. Tomando tales insumos como plataforma de lanzamiento y pensando a la democracia como un modelo de inclusiones y no de exclusiones, además de que indudablemente los derechos económicos, sociales y culturales hacen parte primordial del cuerpo básico internacional de los derechos humanos, debe superarse la idea (aún reinante en algunos sitios, aunque no siempre verbalizada) de que tal *progresividad es sólo simbólica*, para dar paso a una *progresividad efectiva y real* de los DESC.

Semejante premisa debe conjugarse con la obligación de *no regresividad injustificada* por los Estados en este campo, la que desde el punto de vista conceptual –como se ha precisado– constituye una limitación que los instrumentos de derechos humanos y eventualmente la constitución imponen sobre los poderes legislativo y ejecutivo a las posibilidades de reglamentación de los DESC, vedándoles la posibilidad de adoptar reglamentaciones que deroguen o reduzcan el nivel de tales derechos que goza la población.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>10</sup> Christian Courtis, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en Christian Courtis (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de re-*

Sin perjuicio de otras alusiones que se efectuarán a la OG 3 del Comité de DESC [“La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)”], de 14 de diciembre de 1990, vale por ahora recordar que en ella este cuerpo ha puntualizado claramente que las *medidas de carácter deliberadamente regresivo requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente* por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el PIDESC y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que el Estado disponga (parte *in fine* del punto 9).

Respecto del tema se ha puntualizado que, en tiempos de crisis, los Estados no poseen un derecho irrestricto a deshacer los logros alcanzados en el área social, sino que, por el contrario, tienen “el deber de seguir progresando o al menos de mantener lo alcanzado, salvo que les sea materialmente imposible. *La carga de la prueba de esa imposibilidad recae en el Estado que realiza o permite regresiones deliberadas en la satisfacción de los derechos sociales; y en ningún caso justifica recortes sobre los contenidos esenciales de estos derechos*”<sup>11</sup> (énfasis agregado).

El tópico conecta entonces con la aludida tesis del *contenido esencial de los derechos fundamentales* (*Wesensgehalt*, según la terminología alemana) y con el principio de razonabilidad, cuya forma de ser percibido ha mudado, pasando –en palabras de Zagrebelsky– de *requisito subjetivo del jurista a requisito objetivo del derecho*.<sup>12</sup>

Y es precisamente con el telón de fondo descrito que los jueces ordinarios y/o constitucionales en el ámbito interno de los Estados deberán asumir un rol *equilibradamente activista* para no invadir de modo imprudente esferas de atribuciones propias de otros poderes del Estado, pero tampoco consentir que aquella progresividad sea leída por las autoridades gubernamentales –mediante un prisma de inacción deferente– como *latencia o inocuidad ‘sine die’ de las normas consagratorias de los DESC*.

## 1.4. Dignidad humana, contenido esencial de los DESC y otras cuestiones

1.4.1. Como anunciábamos, los DESC son precondiciones para el disfrute de no pocos ni intrascendentes derechos civiles y políticos. Pensemos, por ejemplo, en

---

*gresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, CEDAL - CELS, Editores del Puerto, 2006, p. 17.

<sup>11</sup> Jaume Saura Estapà, “La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales”, *El tiempo de los derechos*, núm. 2, 2011, Huri-Age, Consolider-Ingenio 2010, p. 14. Disponible en: [http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/saura\\_exigibilidad\\_DESC.pdf](http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/saura_exigibilidad_DESC.pdf).

<sup>12</sup> Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 3ª ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1999, p. 147.

derechos esenciales como la alimentación, la salud, la vivienda digna, sin los cuales aquellos serían poco más que simples palabras o solo “derechos de papel”.<sup>13</sup>

Dicho de otro modo, es por medio de hechos y no de fraseología vana como debe garantizarse un *mínimo vital* intangible (“derecho a la supervivencia”,<sup>14</sup> en la visión de Ferrajoli) en tanto umbral básico de reaseguro de la dignidad humana.

Con miradas en cierta medida convergentes desde que apuntan a los límites a los poderes públicos –incluidos los de la mayoría– respecto de los derechos, aunque también con diferencias,<sup>15</sup> Ferrajoli acuña el concepto de “esfera de lo no decidible”, Bobbio el de “territorio inviolable” y Garzón Valdés el de “coto vedado”.

---

<sup>13</sup> Sobre este tópico, y más allá de las referencias efectuadas por Luigi Ferrajoli (*op. cit.*, pp. 15-31), mencionaremos a continuación otras muestras meramente ejemplificativas. Así, Wellman distingue entre “derechos reales” y “derechos de papel”: “*real rights*” y “*paper rights*”. Así, sostiene: “I accepted the distinction between real rights, rights that are actually recognised and secured by the legal institutions of a society, and merely ‘paper rights’, rights proclaimed in legal documents that are ignored in the operations of the legal system” (Carl Wellman, *An Approach to Rights. Studies in the Philosophy of Law and Morals*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1997, por ejemplo, p. 42, correspondiente al capítulo 1: “Seeking a Theory of Rights”, específicamente en el punto 14: “A realistic description of rights”). A su tiempo, Guastini se refiere a “‘verdaderos’ derechos y derechos ‘sobre el papel’”. Los primeros son aquellos que satisfacen tres condiciones: i) son susceptibles de tutela jurisdiccional; ii) pueden ser ejercitados o reivindicados frente a un sujeto determinado; y iii) su contenido consiste en una obligación de conducta bien definida, al igual que el sujeto que era su titular. Los derechos “sobre el papel”, o derechos ficticios, son los que no satisfacen alguna de esas condiciones. El autor nombrado en último término sostiene que los derechos sociales (como los derechos morales) son “sobre el papel” porque las disposiciones constitucionales que los confieren expresan normas programáticas o teleológicas dirigidas al legislador, aunque este –si bien tiene la obligación de promover unos fines determinados– no tiene ninguna obligación precisa en lo que respecta a los medios (un medio determinado, entre los muchos que podrían ser utilizados para obtener dichos fines), lo que es como decir que los derechos sociales poseen un contenido altamente indeterminado. Añade que aunque estos derechos tuvieran un contenido preciso, tampoco estarían asegurados mediante garantías jurisdiccionales por la razón obvia de que el legislador no puede estar obligado a dictar leyes, o sea que la omisión por parte del legislador carece de cualquier clase de sanción (Riccardo Guastini, “Derechos: una contribución analítica”, en *Estudios de teoría constitucional*, trad. de Andrea Greppi, México, D. F., Doctrina Jurídica Contemporánea, Fontamara, 2003, pp. 220-221 y 223-224). Discrepamos respetuosamente de la posición de Guastini en cuanto a la alegada imposibilidad de superar una omisión inconstitucional legislativa en la materia. Contrariamente a ello, pensamos que el órgano de justicia constitucional correspondiente y competente sí tiene a su alcance diversas herramientas para salvar las pretericiones inconstitucionales e incluso inconvencionales (ver al respecto Víctor Bazán, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Bogotá, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Fundación Konrad Adenauer, 2014, *passim*).

<sup>14</sup> Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, p. 19, tal como anticipáramos en la nota 6 a pie de página.

<sup>15</sup> El propio Ferrajoli se encarga de marcar dichas diferencias en: “La esfera de lo indecidible y la división de poderes”, *Estudios Constitucionales*, año 6, núm. 1, trad. de Miguel Carbonell, Santiago de Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2008, pp. 337-343.

Entre otras características de esa construcción teórica de Ferrajoli, la “esfera de lo no decidible” demarca un terreno blindado frente a ciertas intervenciones invasivas, pero también un marco de deberes positivos. O sea, se trata de un territorio defendido por prohibiciones: límites de carácter negativo impuestos al legislador –*lo que no puede ser decidido por este*– en garantía de los derechos de libertad; pero también un espacio de obligaciones: vínculos positivos, igualmente impuestos al legislador –*lo que debe ser decidido por este*– en garantía de los derechos sociales.<sup>16</sup>

A su tiempo, Bobbio precisa:

Todas las constituciones liberales se caracterizan por la afirmación de los derechos del hombre y del ciudadano, calificados de “inviolables”. Ahora bien, *lo inviolable reside precisamente en que esos derechos no pueden limitarse, y mucho menos suprimirse, por medio de una decisión colectiva, aunque ésta sea mayoritaria*. Por su carácter de inalienables frente a cualquier decisión mayoritaria, estos derechos fueron llamados derechos contra la mayoría [...]. La amplia esfera de los derechos de libertad puede interpretarse como una *especie de territorio fronterizo ante el cual se detiene la fuerza del principio mayoritario*.<sup>17</sup> (Énfasis agregado)

Según interpreta Bovero, entre otros derechos que integrarían ese “territorio –o frontera– inviolable” deben incluirse ciertos derechos sociales como *precondiciones de la democracia*: el derecho a la instrucción (entendido como la educación del ciudadano) y *el derecho a la subsistencia*.<sup>18</sup>

En su matriz de análisis, Garzón Valdés se refiere al “coto vedado”<sup>19</sup> o conjunto de valores últimos. En el fondo, este exige cierto grado de homogeneidad social, esto es que, conjuntamente con derechos y libertades, debe concurrir un determinado nivel de igualdad de bienes, recursos y servicios. Al respecto, Cruz Parceró señala que “ese *mínimo* de condiciones no es poco y lo que se consigue es una concepción de los derechos sociales como derechos humanos, es decir, como un tipo especial de derechos de la más alta jerarquía que deben de garantizarse para *todos* sin importar el estatus de ciudadanía que se tenga”.<sup>20</sup>

<sup>16</sup> Ver Perfecto Andrés Ibáñez, “Valores de la democracia constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 31, 2008, p. 209.

<sup>17</sup> Norberto Bobbio, *Teoría general de la política*, trad. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2005, pp. 478-479.

<sup>18</sup> Michelangelo Bovero, “Qué no es decidible. Cinco regiones del coto vedado”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 31, trad. de Álvaro Núñez Vaquero, Alicante, 2008, p. 222.

<sup>19</sup> Como se sabe, Garzón Valdez toma la expresión “coto vedado” del título de un libro autobiográfico del escritor Juan Goytisolo, *Coto vedado*, Barcelona, Seix Barral, Biblioteca Breve, 1985, publicado en inglés como *Forbidden Territory* y en francés como *Chasse gardée*.

<sup>20</sup> Juan A. Cruz Parceró, “Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales (Réplica a Fernando Atria)”, *Discusiones (Derechos Sociales)*, año III, núm. 4, p. 87 (el

1.4.2. Sin duda, existe un ligamen sumamente estrecho entre el *mínimo vital*<sup>21</sup> o *mínimo existencial* y la *dignidad humana*. Al respecto y al solo efecto ilustrativo, vale citar algunas manifestaciones jurisprudenciales de importantes máximos órganos de justicia constitucional (la Corte Constitucional de Colombia, CC, y el Tribunal Constitucional Federal alemán o *Bundesverfassungsgericht, BVerfGE*) en torno a aquel intenso vínculo al que referíamos.

En ese sentido, ya en un lejano pronunciamiento, concretamente la Sentencia T-426 de 1992,<sup>22</sup> la CC señaló: “Toda persona tiene derecho a un mínimo de condiciones para su seguridad material. El *derecho a un mínimo vital* –derecho a la subsistencia como lo denomina el peticionario– *es consecuencia directa de los principios de dignidad humana y de Estado social de derecho* que definen la organización política, social y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución” (énfasis agregado).

El mínimo vital es, en puridad, un *derecho fundamental* diseñado pretorianamente por la CC, que exhibe una línea jurisprudencial evolutiva muy reveladora sobre el particular. Para dicho tribunal, el concepto de mínimo vital debe ser evaluado desde un punto de vista de la satisfacción de las necesidades mínimas del individuo, por lo cual es necesario evaluar las circunstancias de cada caso concreto, *haciendo una valoración que se encamine más hacia lo cualitativo que a lo cuantitativo* (v. g., Sentencia T-338 de 2001<sup>23</sup>), verificándose que quien alega su vulneración tenga las posibilidades de disfrutar de la satisfacción de necesidades como *la alimentación, el vestuario, la salud, la educación, la vivienda y la recreación*, como mecanismos para hacer realidad su *derecho a la dignidad humana* (por ejemplo, Sentencia T-581A de 2011<sup>24</sup>).

En esa línea, el derecho al mínimo vital ha sido desarrollado jurisprudencialmente como un aspecto de naturaleza fundamental *relacionado con la dignidad humana*. Así, la CC ha mantenido que justamente *el principio constitucional de dignidad humana*, sobre el que se establece el Estado social de derecho, *sirve de fundamento al derecho al mínimo vital*, cuyo objeto no es otro que garantizar las condiciones materiales más elementales, sin las cuales la persona arriesga perecer y quedar convertida en ser que sucumbe ante la imposibilidad de asegurar autónomamente su propia subsistencia (Sentencia T-458 de 1997<sup>25</sup>).

---

trabajo fue también publicado digitalmente en Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005, pp. 71-98).

<sup>21</sup> Un interesante acercamiento a la cuestión puede verse en Encarna Carmona Cuenca, “El derecho a un mínimo vital”, en Guillermo Escobar Roca (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Navarra, Thomson Reuters - Aranzadi, 2012, pp. 1577-1616.

<sup>22</sup> De 24 de junio de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>23</sup> De 29 de marzo de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>24</sup> De 25 de julio de 2011, M.P. Mauricio González Cuervo.

<sup>25</sup> De 24 de septiembre de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.



Por su lado, en un pronunciamiento relativamente cercano en el tiempo (9 de febrero de 2010), el *BVerfGE* resolvió el caso llamado *Hartz IV*.<sup>26</sup> Esta denominación (que en menor medida es también conocida como *Arbeitslosengeld II*, asignación para desempleados) responde al nombre de su autor, el economista Peter Hartz, y hace referencia a una discutible normativa en materia de subsidios sociales materializada en 2005, que el *BVerfGE* entendió que no resultaba transparente ni garantizaba el derecho a un *mínimo de subsistencia digna*, vulnerando de tal modo el artículo 1.1 de la Ley Fundamental (*Grundgesetz*) en relación con el artículo 20.1, *ibid.*, o sea, respectivamente, la intangibilidad de la dignidad humana y el Estado social. El tribunal sostuvo que el derecho fundamental a la garantía de un *mínimo vital* que esté en consonancia con la *dignidad humana* en conexión con el principio del *Estado social* garantiza a cada persona en necesidad de asistencia las condiciones materiales indispensables para su existencia física y un mínimo de participación en la vida social, cultural y política. Se ha dicho que la sentencia puede ser leída como (posiblemente) la primera conceptualización por un tribunal constitucional de un derecho fundamental socioeconómico a obtener beneficios legales estatales.<sup>27</sup>

Por último, debe subrayarse que los derechos sociales buscan garantizar unas *condiciones materiales de vida digna para todos los ciudadanos*, bajo el entendimiento de que dichas condiciones, además de su valor intrínseco, constituyen el presupuesto fáctico indispensable para el ejercicio efectivo de los restantes derechos por parte de todos sus titulares, paralelamente a que la *elevación del mínimo existencial* que suponen, hace posible el proceso de integración social que el Estado y la sociedad requieren para subsistir.<sup>28</sup>

1.4.3. En líneas generales, con los matices que indicaremos y en mayor o menor medida, cada DESC cuenta con un *contenido mínimo* que actúa *positivamente*, pues debe ser aplicado inmediata y directamente; pero también opera *negativamente* como límite al legislador, en tanto este no puede dictar medidas normativas que transgredan irrazonablemente dicho umbral básico.

Cabe preguntarse si ese contenido mínimo es siempre fijo e inmutable. Pensamos que una visión que lo perciba como absolutamente rígido e inalterable no es, preci-

<sup>26</sup> *BVerfGE* 125, (175), 1 BvL 1/09; 1 BvL 3/09 y 1 BvL 4/09. El texto de la sentencia en alemán e inglés puede verse en el sitio oficial del *Bundesverfassungsgericht*. Disponible en: [http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2010/02/l20100209\\_1bv100109en.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2010/02/l20100209_1bv100109en.html).

<sup>27</sup> Ver Claudia Bittner, "Casenote - Human Dignity as a Matter of Legislative Consistency in an Ideal World: The Fundamental Right to Guarantee a Subsistence Minimum in the German Federal Constitutional Court's Judgment of 9 February 2010", *German Law Journal*, vol. 12, núm. 11, pp. 1941-1942. Disponible en: [https://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol12-No11/PDF\\_Vol\\_12\\_No\\_11\\_1941-1960\\_Bittner%20FINAL.pdf](https://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol12-No11/PDF_Vol_12_No_11_1941-1960_Bittner%20FINAL.pdf).

<sup>28</sup> Néstor Osuna Patiño, "El derecho fundamental a la vivienda digna, seña del Estado social de derecho. Controversias sobre su aplicación judicial", *Revista Derecho del Estado*, núm. 14, junio de 2003, p. 95.

samente, la más acertada.<sup>29</sup> Al respecto, consideramos que el punto debe ser analizado según las particularidades de cada caso y de cada derecho, las circunstancias de tiempo y lugar, y las características contextuales; y luego, a partir de la aplicación de instrumentos como el principio de proporcionalidad, procurar en la medida de lo posible robustecerlo cualitativamente de manera progresiva o al menos intentar que no se diluya con retrogradaciones injustificadas.

Según el análisis que efectúa Pisarello,

los elementos que configuran el contenido mínimo o esencial de un derecho no son rígidos ni pueden plantearse en términos abstractos o simplemente teóricos: varían de derecho a derecho, están condicionados por el contexto en el que se aplican, y admiten una permanente actualización histórica. Así, lo que en un ordenamiento o en un contexto dados podría considerarse el núcleo mínimo o esencial de un derecho, en otros representaría su contenido máximo o simplemente adicional. La frontera, en consecuencia, entre lo que desde un punto de vista material pueda considerarse *básico o esencial* y lo que, por el contrario, pueda reputarse *adicional o accidental*, será siempre una frontera móvil, histórica y abierta. Pero será también una barrera insoslayable y en ningún caso inexistente que obliga a un permanente trazado de límites entre justicia y política, entre jueces y legisladores. Esa tarea de delimitación supone una división de tareas conflictiva y nunca resuelta de antemano, en la que los primeros deben preservar el contenido mínimo de los diferentes derechos y los segundos mantenerlos o desarrollarlos, pero nunca aniquilarlos o desvirtuarlos, por acción u omisión.<sup>30</sup>

Gavara de Cara ha puntualizado que, desde un punto de vista estrictamente conceptual, “la garantía del contenido esencial de los derechos, con independencia del sentido que se le atribuya, debe ser entendida como una regla de rechazo, es decir como un enunciado jurídico que califica como inválidos otros enunciados jurídicos”.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> Se ha sostenido que la determinación del contenido esencial como expresión de un *núcleo sustancial, absoluto, estable e inalterable* de los derechos fundamentales tiene su origen en la teoría de la garantía institucional desarrollada en la República de Weimar. Paralelamente, se ha advertido que la aplicación actual de los efectos de la garantía institucional al contenido esencial de los derechos fundamentales presenta varios inconvenientes, entre los que se cuenta el siguiente: considerar que un derecho fundamental está compuesto por un núcleo y una periferia, de tal modo que la infracción del núcleo produce la inconstitucionalidad de la medida legislativa, tiene como consecuencia excluir del control de constitucionalidad la parte periférica o accidental del derecho, con lo que el parámetro del control no es el precepto constitucional completo sino solo una parte del mismo (ver Juan C. Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pp. 327-328).

<sup>30</sup> Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para su reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 85-86.

<sup>31</sup> Gavara de Cara, *op. cit.*, p. 142.

La tesis alemana del “límite a los límites” (“*Schranken-Schranke*”) se refiere por ejemplo (y valga la tautología) a las limitaciones que debe observar una ley limitativa de un derecho fundamental, por ejemplo, la preservación del contenido esencial y el principio de proporcionalidad.<sup>32</sup>

Tal como manifiesta Sánchez Gil, a quien seguiremos en esta parte de la exposición, la idea del contenido esencial de los derechos fundamentales se incluyó en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental alemana (y en el artículo 53.1 de la Constitución española),<sup>33</sup> para evitar la excesiva restricción de esos derechos y que las limitaciones que se les impongan vacíen (*aushöhlen*) su contenido normativo.<sup>34</sup>

En una simplificación máxima del problema, *dos distintas teorías* tratan de explicar el contenido esencial de los derechos fundamentales: *absoluta y relativa*. La primera imagina el ámbito normativo de los derechos fundamentales como el área de dos círculos concéntricos. Considera la parte formada por el círculo interior como un núcleo fijo e inmutable de esos derechos, y la sección circunferencial

<sup>32</sup> Específicamente sobre este principio, ver Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, *passim*.

Sin perjuicio del reenvío a tal obra, nos permitimos mencionar que al referirse al método de ponderación de bienes, Gavara de Cara distingue entre *ponderación abstracta* y *ponderación concreta*. Esta última se conecta a la aplicación del principio de proporcionalidad, que en sentido *amplio* “consiste en la utilización de diversos controles con el fin de determinar si una medida de desarrollo o de aplicación de un derecho fundamental es contraria a la Constitución”. Tales controles son: de *idoneidad* (comprobar si la medida es adecuada a la finalidad perseguida), de *necesidad* (constatar que el perjuicio ocasionado en el derecho fundamental es el menor posible) y de *racionalidad* (justificar que el perjuicio que ocasiona la medida guarda relación con la finalidad perseguida). Estos tres controles dan lugar a la formación de tres *subprincipios*: de *adecuación* (determinar si una medida estatal que interviene en los derechos fundamentales reúne las condiciones necesarias para alcanzar la finalidad que pretende), de *necesidad* (determinar, respecto de la medida legislativa de limitación, que no existe otra igualmente efectiva que suponga una menor restricción para el derecho fundamental afectado) y de *proporcionalidad en sentido estricto* (presupone que la aplicación de una determinada medida legislativa para alcanzar una necesidad no debe ser irrazonable, o sea que debe haber una conexión razonablemente proporcionada entre la medida adoptada y la finalidad que se pretende) (Juan C. Gavara de Cara, *op. cit.*, pp. 332-334).

<sup>33</sup> Como puede suponerse, no son los únicos casos en Europa. Así, por ejemplo, el artículo 18.3 de la Constitución de Portugal establece: “Las leyes restrictivas de derechos, libertades y garantías deben revestir carácter general y abstracto y *no pueden tener efecto retroactivo ni disminuir la extensión y el alcance del contenido esencial de los preceptos constitucionales*” (énfasis agregado). Por su parte, en el marco global europeo, el artículo 52.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, dispone: “*Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades*. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás” (énfasis agregado).

<sup>34</sup> Rubén Sánchez Gil, *El principio de proporcionalidad*, México, D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2007, p. 111.

exterior como la parte accesoria o contingente de los mismos. Tal núcleo sería la parte intocable de estos y cualquier afectación a su respecto sería ilícita; mientras que en la parte contingente se pueden establecer las restricciones y limitaciones que se consideren necesarias y justificadas.<sup>35</sup>

La segunda teoría entiende que el contenido esencial de los derechos fundamentales no es preestablecido y fijo sino determinable sólo casuísticamente en atención a las circunstancias del caso y luego de ponderarse los beneficios y perjuicios que se produzcan en él, tanto para el derecho intervenido como para el bien protegido a través de su limitación.<sup>36</sup> El principio de proporcionalidad o razonabilidad se adscribe a esta última (teoría relativa), al establecer el “límite de los límites” de los derechos fundamentales en cada caso concreto y de acuerdo con las circunstancias en que se relacionen los bienes jurídicos en pugna, oponiéndose a la teoría absoluta, que distingue en ellos un núcleo intangible e inmutable en toda situación.<sup>37</sup>

Para ser lícita una medida legislativa que intervenga un derecho fundamental, el fin que se propone debe satisfacerse de manera equivalente o mayor al perjuicio que ocasiona al último. Por lo demás, la literatura jurídica –no sin matices– sostiene que *el contenido esencial de los derechos fundamentales se define por el principio de proporcionalidad*, como una relación de concordancia práctica entre bienes jurídicos diversos que debe orientar la interpretación constitucional.<sup>38</sup>

En esa línea se pronuncian, por ejemplo, autores de la talla de Alexy<sup>39</sup> o Hesse.<sup>40</sup>

1.4.4. A su tiempo, el Comité de DESC ha expresado: “Así como la comunidad internacional insiste en que todo Estado objeto de sanciones debe respetar los derechos civiles y políticos de sus ciudadanos, así también ese *Estado y la propia comunidad internacional deben hacer todo lo posible por proteger como mínimo el contenido esencial de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas afectadas de dicho Estado*”<sup>41</sup> (énfasis agregado).

El citado órgano de supervisión de los DESC ha referido también que *la dignidad inherente a la persona humana, de la que se dice derivan los derechos del PIDESC*, exige que el término “vivienda” se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se

<sup>35</sup> *Ibid.*, pp. 111-112.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 112.

<sup>37</sup> *Idem.*

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 115.

<sup>39</sup> Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdez, Madrid, CEPC, 2001, p. 288.

<sup>40</sup> Konrad Hesse, “Significado de los derechos fundamentales”, en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse y Heyde (eds.), *Manual de Derecho Constitucional*, trad. de Antonio López Pina, Madrid, Instituto Vasco de Administración Pública - Marcial Pons, 1996, p. 110.

<sup>41</sup> Comité de DESC, OG 8, “Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales”, 17º período de sesiones (1997), punto 7 (U.N. Doc. E/C.12/1997/8).

debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos.<sup>42</sup> Asimismo, ha manifestado que los elementos del derecho al agua deben ser “*adecuados*” a la *dignidad*, la vida y la salud humanas, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 del PIDESC.<sup>43</sup>

Para finalizar este tramo del trabajo focalizando el concepto de *dignidad humana*, es útil mencionar con Garzón Valdez que puede considerarse como aquel que fija el umbral mínimo a partir del cual pueden diseñarse diversas regulaciones para la adjudicación y/o distribución de bienes en una sociedad.<sup>44</sup> Semejante concepto, para tal autor, tiene un carácter adscriptivo, al atribuir a todo ser humano viviente una característica moralmente relevante, cual es la de ser siempre portador de derechos y, cuando sus condiciones físicas y/o psíquicas se lo permitan, agente de deberes.<sup>45</sup>

Pero además, siempre en prosa garzoniana, “el concepto de dignidad humana cumple una especie de función ‘trascendental’ en el sentido kantiano de la palabra: recurrimos a él para precisar *el contenido y alcance no sólo de los derechos humanos sino de una regulación jurídico-política moralmente justificable*”<sup>46</sup> (énfasis agregado).

## 2. Segundo bloque de cuestiones: señalamiento de algunos pronunciamientos de la Corte Interamericana en el campo de los DESC,<sup>47</sup> un reto básico que el tribunal afronta y un rápido repaso subsidiario de estrategias indirectas para ingresar al sistema interamericano

### 2.1. Preliminar

La Corte IDH ha elaborado algunos interesantes análisis sobre los DESC, al amparo de la CADH y aunque con mayor frecuencia se ha concentrado en derechos vinculados con la tutela de la vida, la integridad, la libertad y el acceso a la justicia, ha comenzado a examinar derechos de otro tenor (libertad de pensamiento y religión) e incluso ha incursionado en ámbitos donde entran en juego derechos

<sup>42</sup> Comité de DESC, OG 4, “El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)”, 6° período de sesiones, 1991, punto 7 (U.N. Doc. E/1991/23).

<sup>43</sup> Comité de DESC, OG 15, “El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto)”, 29° período de sesiones, 2002, punto 11 (U.N. Doc. E/C.12/2002/11).

<sup>44</sup> Ernesto Garzón Valdez, “¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?”, *Propuestas*, Madrid, Trotta, 2011, p. 100.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 101.

<sup>46</sup> *Ibid.*, pp. 101-102.

<sup>47</sup> Sobre este y otros aspectos de los DESC, y entre otros trabajos de Víctor Bazán sobre el tema, ver, “Los derechos sociales en el derecho interno latinoamericano y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en Víctor Bazán y Luis Jimena Quesada, *Derechos económicos, sociales y culturales*, Buenos Aires, Astrea, 2014, pp. 1-167.

de contenido económico, social o cultural, o bien proyecciones de tal carácter en controversias sobre derechos civiles y políticos.<sup>48</sup>

Como tendremos oportunidad de mostrar más adelante, debe advertirse que si bien ha existido un avance en la materia, por ejemplo, lo resuelto en el *Caso Acevedo Buendía vs. Perú*, algunos fallos más recientes, fundamentalmente los casos *Furlan y Familiares vs. Argentina* y *Suárez Peralta vs. Ecuador*, parecieran empañar las esperanzas de consolidación que se aguardaba en torno a los aspectos positivos exhibidos en la primera de las sentencias nombradas.

## 2.2. Panorama enunciativo de casos conectados directa o indirectamente a los DESC

### 2.2.1. Casos Villagrán Morales y otros y Baena, Ricardo y otros

La Corte IDH ha interpretado ciertos derechos civiles y políticos en “clave social”<sup>49</sup> o utilizando derechos “conectores” o “puentes” entre los civiles y políticos y los DESC. Por ejemplo, en el aludido antecedente *Villagrán Morales y otros (Caso de los “Niños de la calle”) vs. Guatemala*,<sup>50</sup> donde coloca al lado del derecho a la vida, estricta o tradicionalmente, *un derecho que se relaciona con la calidad de la vida*<sup>51</sup> y, al aludir al artículo 19 de la CADH, justamente activa uno de los trascendentes “conectores” entre la mencionada Convención y su Protocolo Adicional en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador) o, como afirma García Ramírez, entre los derechos civiles y los derechos sociales, ejemplo de la proximidad e incluso identidad entre ellos.<sup>52</sup>

En *Baena, Ricardo y otros (270 trabajadores) vs. Panamá*<sup>53</sup> enfocó la libertad de asociación en relación con la libertad sindical, para lo cual invocó consideraciones atinentes a los instrumentos de la OIT y de resoluciones emanadas de ella, poniendo de manifiesto la correspondencia normativa entre los artículos 16, incisos 2° y 3°, de la CADH y 8.3. del Protocolo de San Salvador.

<sup>48</sup> Ver Sergio García Ramírez, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Cuestiones constitucionales*, núm. 9, julio-diciembre de 2003, México, D. F., IJ de la UNAM, p. 150.

<sup>49</sup> Ver Carlos R. Urquilla Bonilla, “Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la reforma al sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núms. 30-31, edición especial, ‘Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos’, San José de Costa Rica, IIDH, 2001, p. 277.

<sup>50</sup> Corte IDH, *Caso Villagrán Morales y otros (“Niños de la Calle”) vs. Guatemala*, Sentencia de Fondo, 19 de noviembre de 1999, Serie C, núm. 63.

<sup>51</sup> Sergio García Ramírez, *op. cit.*, p. 151.

<sup>52</sup> *Idem.*

<sup>53</sup> Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros (270 trabajadores) vs. Panamá*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 2 de febrero de 2001, Serie C, núm. 72.

### 2.2.2. Casos relativos a comunidades indígenas

En el *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*,<sup>54</sup> la Corte ensayó diversas apreciaciones en torno al derecho indígena,<sup>55</sup> por ejemplo, la vinculada con la relación entre el indígena y el territorio de su influencia o asentamiento. Avanza así en determinadas consideraciones sobre la cuestión de la propiedad, ya abordada en otros asuntos desde la óptica clásica, mas haciéndolo aquí a partir de la perspectiva social: *la propiedad comunal, vista a través del derecho al uso y el goce de bienes, rasgos de la propiedad que consagra el artículo 21 de la CADH*.<sup>56</sup>

Otro tanto ocurrió en los casos *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*<sup>57</sup> y *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*.<sup>58</sup> En ellos remarcó que, para garantizar en condiciones de igualdad el pleno ejercicio y goce de los derechos de los miembros de una comunidad indígena y que están sujetos a su jurisdicción, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados *deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural*. Este razonamiento resulta idéntico al que el propio tribunal interamericano realizó en dichos casos para valorar el alcance y el contenido de los artículos de la Convención Americana, cuya violación la Comisión Interamericana y los representantes imputaban al Estado por no haber garantizado el derecho de *propiedad ancestral* de aquellas comunidades indígenas, ya que desde 1993 (para la Yakye Axa) y 1991 (acerca de la Sawhoyamaxa) se encontrarían en tramitación las respectivas solicitudes de reivindicación territorial, sin que hubieran sido resueltas satisfactoriamente. Todo ello significaba, en la percepción de los reclamantes, la imposibilidad de las comunidades y sus miembros de acceder a la propiedad y la posesión de sus territorios e implicaba mantenerlos en un estado de vulnerabilidad alimentaria, médica y sanitaria, que amenazaba en forma continua su supervivencia e integridad.

<sup>54</sup> Corte IDH, *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2001, Serie C, núm. 79.

<sup>55</sup> Sobre la temática indígena, ver Víctor Bazán, por ejemplo, en “Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina: diversos aspectos de la cuestión. Sus proyecciones en los ámbitos interno e internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre 2003, México, D. F., IJ de la UNAM, pp. 759-838.

<sup>56</sup> Sergio García Ramírez, *op. cit.*, p. 153.

<sup>57</sup> Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 17 de junio de 2005, Serie C, núm. 125.

<sup>58</sup> Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de marzo de 2006, Serie C, núm. 146.

### 2.2.3. Caso Cinco Pensionistas vs. Perú

Es necesario efectuar siquiera una somera alusión al *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*,<sup>59</sup> donde la Corte abordó *algunas de las proyecciones económicas y sociales del derecho a la vida*, al entender disminuida la “calidad de vida” de los pensionistas, en tanto les fueron reducidas sustancial y arbitrariamente sus pensiones y se incumplieron las sentencias judiciales emitidas a su favor, motivos que llevaron a la Corte a estimar la viabilidad de la reparación del daño inmaterial que se les había ocasionado. Al margen de ello, no puede soslayarse que dedicó un breve espacio a interpretar el artículo 26 de la CADH, reenviando en cuanto a lo que debe entenderse por “desarrollo progresivo” de los DESC a lo determinado por el Comité específico de la ONU en la aludida OG 3, de lo que se sigue que la Corte concibe al artículo 26 de la CADH como consagradorio de verdaderas obligaciones jurídicas para los Estados.<sup>60</sup>

Sin embargo, con específica referencia al caso que resolvía, es imposible disimular que empleó una fórmula oscura y difusa al indicar que aquel desarrollo progresivo “*se debe medir* en función de la creciente cobertura de los derechos económicos,

<sup>59</sup> Corte IDH, *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 28 de febrero de 2003, Serie C, núm. 98.

<sup>60</sup> Nótese que la aludida OG 3, en su punto 1, expresa: “El artículo 2 [del PIDESC] resulta especialmente importante para tener una comprensión cabal del Pacto y debe concebirse en una relación dinámica con todas las demás disposiciones del Pacto. En él se describe la índole de *las obligaciones jurídicas generales contraídas por los Estados partes en el Pacto. Estas obligaciones incluyen tanto lo que cabe denominar* (siguiendo la pauta establecida por la Comisión de Derecho Internacional) *obligaciones de comportamiento como obligaciones de resultado*” (énfasis agregado).

La expresa remisión que formuló la Corte Interamericana a la aludida OG se dirigió a su punto 9 (parte del cual ya fue mencionado en este ensayo), en el que puede leerse: “La *principal obligación de resultado* que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 es la de adoptar medidas ‘para lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]’. La expresión ‘progresiva efectividad’ se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. [...] *el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo*. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad *la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata*. Éste impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga” (énfasis agregado).



sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, *sobre el conjunto de la población*, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, *y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente*” (párr. 147), aun cuando al abrir este mismo segmento de la sentencia había afirmado contundentemente que “[l]os derechos económicos, sociales y culturales tienen una *dimensión tanto individual como colectiva*” (énfasis agregado).

Cabría, por tanto, inteligir que el criterio exegético del tribunal en torno al artículo 26 de la CADH circunscribe la operabilidad de la norma al caso de que exista una *situación general prevaleciente*. Esta conclusión hermenéutica, al mismo tiempo que es reduccionista, aparece desprovista de sustento frente a la configuración léxico-jurídica de dicho precepto convencional y a la propia competencia de la Corte que le permite entender en casos de vulneración de derechos humanos de personas determinadas, sin que la cantidad de víctimas constituya un recaudo exigido para viabilizar tal intervención jurisdiccional.

Precisamente este último punto fue expuesto con claridad en el voto razonado del juez Carlos Vicente de Roux Rengifo, quien si bien compartió la decisión de la Corte de abstenerse de declarar violado el artículo 26 de la CADH, lo hizo por razones distintas de las planteadas por esta. Así, aunque compartió la referencia en punto a que es pertinente considerar el hecho de que las cinco víctimas de este caso no son representativas del panorama que conforman los pensionistas del Perú,

el razonamiento según el cual sólo sería procedente someter al test del artículo 26 las actuaciones de los Estados que afectan al conjunto de la población, *no parece tener asidero en la Convención, entre otras razones porque la Corte Interamericana no puede ejercer –a diferencia de lo que ocurre con la Comisión– una labor de monitoreo general sobre la situación de los derechos humanos, ya sean los civiles y políticos, ya sean los económicos, sociales y culturales. El Tribunal sólo puede actuar frente a casos de violación de derechos humanos de personas determinadas, sin que la Convención exija [que] éstas tengan que alcanzar determinado número.* (Énfasis agregado)

#### 2.2.4. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*<sup>61</sup>

En este asunto, la Corte IDH incursionó por vez primera en la situación de las personas con discapacidad mental, que se hallan bajo la garantía –preservación y relativo ejercicio de derechos inderogables– del Estado y, en un plano más general, declaró que *toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial*, en razón de los deberes especiales cuyo cumpli-

<sup>61</sup> Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 4 de julio de 2006, Serie C, núm. 149.

miento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos.

En este punto, el tribunal enfatizó que los Estados deben tomar en cuenta *que los grupos de personas que viven en circunstancias adversas y con menos recursos, como quienes viven en condiciones de extrema pobreza, niños y adolescentes en situación de riesgo y poblaciones indígenas, enfrentan un incremento del riesgo de padecer discapacidades mentales.*

### 2.2.5. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*<sup>62</sup>

En el presente asunto, la Corte IDH consideró que el Estado peruano violó, en perjuicio de las 257 víctimas, los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la CADH, en relación con la obligación general de respetar y garantizar los derechos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno establecidas en los artículos 1.1 y 2, *ibid.*

El extenso párrafo 136 de la sentencia (que nos permitimos transcribir en tanto útil a los efectos del señalamiento que *infra* se realizará) dispone:

En el presente caso los intervinientes comunes alegaron que el Estado es responsable por la violación del artículo 26 de la Convención, basándose en que el supuesto carácter arbitrario del cese de las víctimas y su no reposición trajeron como consecuencias, entre otras, la privación injusta de su empleo y derecho a una remuneración y demás beneficios laborales; la interrupción del acceso de las presuntas víctimas y sus dependientes a la seguridad social; el cese de acumulación de sus años de servicio, lo que impidió a muchos que accedieran a su jubilación; así como efectos graves en su salud. Sin embargo, el objeto de la presente Sentencia no ha sido determinar ese supuesto carácter arbitrario de los ceses de las presuntas víctimas ni tampoco su no reposición, que son las bases de la argumentación de los intervinientes comunes. Lo declarado por la Corte fue que el Estado violó los artículos 8.1 y 25 de la Convención, relativos a las garantías judiciales y protección judicial, respecto de las presuntas víctimas, en razón de la falta de certeza acerca de la vía a la que debían o podían acudir para reclamar los derechos que consideraran vulnerados y de la existencia de impedimentos normativos y prácticos para un efectivo acceso a la justicia [...]. La Corte es consciente de que las violaciones a dichas garantías necesariamente tuvieron consecuencias perjudiciales para las presuntas víctimas, en tanto que cualquier cese tiene consecuencias en el ejercicio y goce de otros derechos propios de una relación laboral.

---

<sup>62</sup> Corte IDH, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2006, Serie C, núm. 158.

En otras palabras, eludió referirse a la posible violación del artículo 26 de la CADH, aunque por su interés para el presente trabajo hemos creído conveniente reproducir aquí las elocuentes y acertadas apreciaciones de Cançado Trindade, quien en su voto razonado (párr. 7) no ocultó su disconformidad con aquel párrafo 136 de la sentencia del tribunal:

En cuanto al insatisfactorio párrafo 136 de la presente Sentencia, que se equipara a la insatisfactoria redacción dada al artículo 26 de la Convención Americana (producto de su tiempo), me limito (por absoluta falta de tiempo, dada la “metodología” acelerada de trabajo adoptada últimamente por la Corte, con mi objeción), a tan sólo reiterar mi entendimiento, expresado en numerosos escritos a lo largo de los años, en el sentido de que *todos* los derechos humanos, inclusive los derechos económicos, sociales y culturales, son pronta e inmediatamente exigibles y justiciables, una vez que la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos se afirman en los planos no sólo doctrinal sino también operativo –o sea, tanto en la doctrina como en la hermenéutica y la aplicación de los derechos humanos–.

#### 2.2.6. Caso *Acevedo Buendía y otros vs. Perú*<sup>63</sup>

Como plataforma fáctica del caso puede rememorarse que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) demandó al Estado peruano por violación de los derechos reconocidos en los artículos 21 y 25 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 de esta, por el incumplimiento de las sentencias judiciales del Tribunal Constitucional de ese país de 21 de octubre de 1997 y 26 de enero de 2001, que ordenaban que la Contraloría General de la República cumpliera con abonar a los 273 integrantes de la Asociación de Cesantes y Jubilados de esa Contraloría General las remuneraciones, gratificaciones y bonificaciones que percibían los servidores en actividad de tal organismo que desempeñaran cargos idénticos, similares o equivalentes a los que tuvieron los cesantes o jubilados. Advirtió la Comisión que si bien el Estado había dado cumplimiento parcial a un extremo de la sentencia del Tribunal Constitucional al nivelar las pensiones de las víctimas a partir de noviembre de 2002, no había cumplido con restituir los montos pensionarios retenidos desde el mes de abril de 1993 hasta octubre de 2002.

Por su parte, el abogado encargado del Programa de Derechos Humanos del Centro de Asesoría Laboral (CEDAL), representante legal de los denunciantes ante la CIDH, y la Sra. Isabel Acevedo León, presidenta de la citada Asociación de Cesantes y Jubilados, presentaron el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas ante la

<sup>63</sup> Corte IDH, *Caso Acevedo Buendía y otros* ('Cesantes y Jubilados de la Contraloría') vs. Perú, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 1 de julio de 2009, Serie C, núm. 198.

Corte IDH, peticionándole que declarara que el Estado había cometido las mismas violaciones de derechos invocadas por la Comisión y, adicionalmente, alegaron que el Estado era responsable por el incumplimiento del artículo 26 de la CADH, en relación con el artículo 1.1, *ibid.*

A su tiempo, el Estado dedujo una excepción preliminar de falta de competencia *ratione materiae* de la Corte para pronunciarse sobre la supuesta violación del derecho a seguridad social, debiendo únicamente analizar y eventualmente declarar la responsabilidad internacional del Estado en relación con el derecho de protección judicial y el derecho de propiedad contemplados en la Convención, para añadir durante la audiencia pública que dicha excepción se refería a la pretensión que hiciera el representante en el sentido de que la Corte declarara el incumplimiento del artículo 26 de la CADH. Acerca del punto, el Estado alegó que el derecho a la seguridad social quedaba fuera del alcance competencial del tribunal, ya que este no está contemplado en la Convención ni es uno de los dos derechos (sindicales y a la educación) que excepcionalmente serían justiciables ante el sistema interamericano, de conformidad con lo señalado en el artículo 19.6 del Protocolo de San Salvador.

La Corte desestimó la mencionada excepción preliminar, basándose en los siguientes eslabones argumentales:

- que, como todo órgano con funciones jurisdiccionales, el tribunal tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence*); para ello se debe tener en cuenta que los instrumentos de reconocimiento de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (CADH, artículo 62.1) presuponen que los Estados que la presentan admitan el *derecho de la Corte a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción*<sup>64</sup> (párr. 16);
- que los términos amplios en que está redactada la Convención indican que *la Corte ejerce una jurisdicción plena sobre todos sus artículos y disposiciones*<sup>65</sup> (id. párr.), y para *analizar violaciones de todos los derechos reconocidos en aquella* (párr. 97);
- que Perú es Estado parte de la CADH y ha reconocido la competencia contenciosa de la Corte, por lo que esta es *competente para decidir si el Estado ha incurrido en una violación o un incumplimiento de alguno de los derechos*

<sup>64</sup> Tal como lo había puntualizado en los casos *Ivcher Bronstein vs. Perú*, Sentencia de Competencia, 24 de septiembre de 1999, Serie C, núm. 54, párrs. 32 y 34; *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 12 de agosto de 2008, Serie C, núm. 186, párr. 23; y *García Prieto y otros vs. El Salvador*, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, de 20 de noviembre de 2007, Serie C, núm. 168, párr. 38.

<sup>65</sup> Ver Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Sentencia de Excepciones Preliminares, 26 de junio de 1987, Serie C, núm. 1, párr. 29; y *Caso de los 19 Comerciantes vs. Colombia*, Sentencia de Excepción Preliminar, 12 de junio de 2002, Serie C, núm. 93, párr. 27.

*reconocidos en la Convención, incluso en lo concerniente al artículo 26 de la misma* (párr. 17); y

- que en el caso en cuestión no se había alegado una violación del Protocolo de San Salvador, por lo que juzgó innecesario resolver si puede ejercer competencia sobre dicho instrumento (párr. 18).

En resumen, encontramos aquí un primer punto sustancial: la reafirmación del criterio amplio de la Corte al analizar su competencia *ratione materiae*, juzgando que está suficientemente investida de atribución competencial para examinar violaciones de todos los derechos reconocidos en la CADH, percepción en la que obviamente queda incluido su artículo 26. Ello así, aunque la CIDH no hubiera alegado el incumplimiento de esta cláusula, pues el tribunal tiene establecido que la presunta víctima, sus familiares<sup>66</sup> o sus representantes pueden invocar derechos distintos de los comprendidos en la demanda de la Comisión, sobre la base de los hechos presentados por esta.<sup>67</sup>

Retornando a la resolución de la Corte en el asunto puntual que se examina, y con valencia exógena (esto es, que excede el caso puntual), el planteo de la representante legal de los denunciantes ante la CIDH, y la Sra. Isabel Acevedo León, presidenta de la Asociación de Cesantes y Jubilados, suscitó en la Corte algunos avances argumentales en torno a la progresividad y la prohibición de regresividad de los DESC, pese a concluir que el Estado no incumplió el artículo 26 de la CADH. Entre tales apreciaciones, constataciones y circunstancias resaltadas por el tribunal interamericano, pueden computarse las siguientes:

<sup>66</sup> En el Reglamento de la Corte actualmente vigente (aprobado en noviembre de 2009) prácticamente ha desaparecido toda alusión a los familiares de las presuntas víctimas. Sólo se los menciona tangencialmente en el artículo 53, que establece: “Los Estados no podrán enjuiciar a las presuntas víctimas, a los testigos y a los peritos, a sus representantes o asesores legales ni ejercer represalias contra ellos o sus *familiares*, a causa de sus declaraciones, dictámenes rendidos o su defensa legal ante la Corte” (énfasis agregado).

De hecho, se eliminó la referencia al término “familiares” que figuraba en la versión inmediatamente anterior a la hoy en vigor, es decir, el Reglamento aprobado por la Corte en su XLIX Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000 y reformado parcialmente en su LXXXII Período Ordinario de Sesiones, desarrollado del 19 al 31 de enero de 2009. En ese esquema, el artículo 2.16 determinaba que la palabra “familiares” significaba los familiares inmediatos, es decir, ascendientes y descendientes en línea directa, hermanos, cónyuges o compañeros permanentes, o aquellos determinados por la Corte en su caso. Es probable que el temperamento que llevó a prescindir de tal término obedezca a que *los familiares de las presuntas víctimas pueden ser considerados ellos mismos como presuntas víctimas de alguna violación de los derechos reconocidos en la CADH*, como tales, resulten acreedores de las reparaciones que en su caso determine el tribunal.

<sup>67</sup> Ver Corte IDH, *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*, cit., párr. 155; *Caso Perozo y otros vs. Venezuela*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 28 de enero de 2009, Serie C, núm. 195, párr. 32; y *Caso Kawas Fernández vs. Honduras*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 3 de abril de 2009, Serie C, núm. 196, párr. 127.

- el énfasis en la interdependencia de los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante las autoridades competentes para ello (párr. 101);
- que el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales ha sido materia de pronunciamiento por parte del Comité de DESC, en el sentido de que la plena efectividad de aquellos “no podrá lograrse en un breve período de tiempo” y que, en esa medida, “requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo [...] y las dificultades que implica para cada país el asegurar [dicha] efectividad”<sup>68</sup> (párr. 102);
- que en el marco de tal “flexibilidad en cuanto a plazo y modalidades, el Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido” (id. párr.);
- que la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones de los derechos humanos (id. párr.);
- que, como correlato de lo anterior, se desprende un deber –si bien condicionado– de no regresividad, “que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho” (párr. 103);
- que –como ya se adelantara en este trabajo– el Comité de DESC ha señalado que las medidas de carácter deliberadamente regresivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el PIDESC y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que el Estado disponga (id. párr.);
- que la Comisión Interamericana ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la CADH, se deberá “determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso”<sup>69</sup> (id. párr.); y
- que de todo ello la Corte IDH concluye que *la regresividad resulta justificable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate* (id. párr.).

<sup>68</sup> OG 3, cit., punto 9.

<sup>69</sup> CIDH, Informe de Admisibilidad y Fondo 38/09, Caso 12.670, *Asociación Nacional de Ex Servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras vs. Perú*, 27 de marzo de 2009, párrs. 140 a 147.

### 2.2.7. Caso *Furlan y Familiares vs. Argentina*

En este caso,<sup>70</sup> la Corte IDH condenó al Estado por la violación en perjuicio de Sebastián Furlan (S.F.) de, entre otros, el plazo razonable en un proceso civil por daños, y los derechos a la protección judicial y a la propiedad privada, incumpliendo la obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la integridad personal. Paralelamente, el tribunal lo consideró internacionalmente responsable por la violación del derecho a la integridad personal y el derecho al acceso a la justicia de los familiares de S.F., concretamente, su padre, madre, hermano y hermana.

Pese a no verbalizarlo, en el asunto que debía resolver la Corte IDH subyacía una importante cuestión vinculada *al derecho a la salud de un niño, y posteriormente adulto, con discapacidad*. Es que las autoridades judiciales argentinas no habían dado respuesta oportuna al proceso civil por daños y perjuicios en contra del Estado, de cuyo desenlace dependía el tratamiento médico de S.F. El tribunal interamericano constató el daño producido en perjuicio de este por la demora en el proceso que impidió que accediera a los tratamientos médicos y psicológicos que habrían podido tener un impacto positivo en su vida, así como en la afectación producida al núcleo familiar de S.F.

La Corte IDH hizo una copiosa referencia a diversos instrumentos internacionales conectados, por ejemplo, con la discapacidad y los derechos a la salud y a la rehabilitación. Entre otros puntos, aludió a los alcances del derecho a la rehabilitación en los términos del derecho internacional, mencionando el artículo 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), en vigor desde el 3 de mayo de 2008, acerca del derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad y la obligación de adoptar medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud, incluida la rehabilitación relacionada con esta. Hizo lo propio respecto del artículo 23 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en relación con las medidas que deben adoptar los Estados acerca de los niños y las niñas con discapacidad.

El tribunal interamericano evocó los siguientes principios rectores en la materia establecidos en el artículo 3 de la CDPD: i) el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; ii) la no discriminación; iii) la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; iv) el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; v) la igualdad de oportunidades; vi) la accesibilidad; vii) la igualdad entre el hombre

---

<sup>70</sup> Corte IDH, *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2012, Serie C, núm. 246.

y la mujer, y viii) el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad (párr. 131).

En concreto, dispuso que el Estado debía: brindar a las víctimas que así lo solicitaran la atención médica y psicológica o psiquiátrica gratuita y de forma inmediata, adecuada y efectiva, a través de sus instituciones públicas de salud especializadas; conformar un grupo interdisciplinario, que, teniendo en cuenta la opinión de S.F., determinara las medidas de protección y asistencia más apropiadas para su inclusión social, educativa, vocacional y laboral; y adoptar las medidas necesarias para asegurar que al momento en que una persona fuera diagnosticada con graves problemas o secuelas relacionados con discapacidad, se entregara a ella o su grupo familiar una carta de derechos que resumiera en forma sintética, clara y accesible los beneficios contemplados en la normatividad argentina.<sup>71</sup>

No podemos finalizar el acercamiento a este asunto sin efectuar siquiera una mínima referencia al voto concurrente de la entonces jueza Margarete May Macaulay. Desde nuestra óptica planteó una cuestión de suma importancia y con la que no podemos sino coincidir, marcando una aguda línea interpretativa que la separa positivamente de la visión de la mayoría votante: *la justiciabilidad directa de los DESC por medio del artículo 26 de la CADH y, en particular, la obligación de respetar y garantizar el derecho a la salud y a la seguridad social* (que estaban en juego en el caso), “con el fin de contribuir a las discusiones futuras que tendrá la Corte en relación con este tema” (párr. 1° de su voto). Finalmente, concluyó que el Estado argentino violó el artículo 26 de la CADH en relación con los artículos 5 y 1.1, *ibid.*, en perjuicio de S.F.

La perspectiva aportada es muy útil y adecuada a la total, directa y autónoma justiciabilidad de los DESC sobre la base del artículo 26 de la CADH, tomando como punto de enfoque una interpretación evolutiva y actualizada de dicha norma, y teniendo en cuenta la afirmación de la propia Corte IDH en el *Caso Acevedo Buendía vs. Perú* (y sus citas), en punto a que en función de los términos amplios en que está redactada la CADH *es plenamente competente para analizar violaciones de todos los derechos reconocidos en esta* (párrs. 16 y 97), lo que obviamente comprende los económicos, sociales y culturales capturados por la normatividad del artículo 26.

En otras palabras, los DESC a que se refiere el multicitado artículo 26 de la CADH están sujetos a las obligaciones generales contenidas en sus artículos 1.1 y 2, como lo están los derechos civiles y políticos previstos en los artículos 3 a 25, *ibid.*, tal como el propio tribunal interamericano razonó en el párrafo 100 del aludido *Caso Acevedo Buendía vs. Perú*.

---

<sup>71</sup> Es preciso subrayar que por medio de la Ley 27.044 (publicada el 22 de diciembre de 2014), la República Argentina otorgó *jerarquía constitucional* a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.



### 2.2.8. Caso *Suárez Peralta vs. Ecuador*

Por lo que hace particularmente a la relación del deber de garantía (artículo 1.1 de la CADH) con el artículo 5.1, *ibid.*, la Corte IDH reiteró aquí<sup>72</sup> (párr. 130) que el derecho a la integridad personal se halla directa e inmediatamente vinculado con la atención a la salud humana;<sup>73</sup> que la falta de atención médica adecuada puede conllevar la vulneración del citado artículo 5.1;<sup>74</sup> y que la protección del derecho a la integridad personal supone la regulación de los servicios de salud en el ámbito interno, así como la implementación de una serie de mecanismos tendientes a tutelar la efectividad de dicha regulación.<sup>75</sup>

Igualmente, recalcó la interdependencia y la indivisibilidad existentes entre los derechos civiles y políticos y los DESC (párr. 131), “que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello”.<sup>76</sup> Pasó a citar los artículos XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), 45 de la Carta de la OEA y 10 del Protocolo de San Salvador; además de los párrafos 66 y 67 de los Indicadores de Progreso para Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo citado en último término, respecto de los cuales la Asamblea General de la OEA enfatizó, en julio de 2012, la calidad de los establecimientos, bienes y servicios de salud, lo que requiere la presencia de personal médico capacitado, así como condiciones sanitarias adecuadas.<sup>77</sup>

Del mismo modo, puntualizó:

[A] los efectos de dar cumplimiento a la obligación de garantizar el derecho a la integridad personal y en el marco de la salud, los Estados deben establecer un marco normativo adecuado que regule la prestación de servicios de salud, estableciendo estándares de calidad para las instituciones públicas y privadas, que permita prevenir cualquier amenaza de vulneración a la integridad per-

<sup>72</sup> Corte IDH, *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 21 de mayo de 2013, Serie C, núm. 261.

<sup>73</sup> Corte IDH, *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 22 de noviembre de 2007, Serie C, núm. 171, párr. 117; *Caso Vera Vera y otros vs. Ecuador*, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 19 de mayo de 2011, Serie C, núm. 226, párr. 43.

<sup>74</sup> Corte IDH, *Caso Tibi vs. Ecuador*, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 7 de septiembre de 2004, Serie C, núm. 114, párr. 157; *Caso Vera Vera y otros vs. Ecuador*, cit., párr. 44.

<sup>75</sup> Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, cit., párrs. 89 y 90; *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*, cit., párr. 121.

<sup>76</sup> Corte IDH, *Caso Acevedo Buendía y otros ('Cesantes y Jubilados de la Contraloría') vs. Perú*, cit., párr. 101.

<sup>77</sup> OEA, “Indicadores de progreso para medición de derechos contemplados en el Protocolo de San Salvador”, OEA/Ser.L/XXV.2.1, Doc 2/11 rev. 2, 16 de diciembre de 2011.

sonal en dichas prestaciones. Asimismo, el Estado debe prever mecanismos de supervisión y fiscalización estatal de las instituciones de salud, así como procedimientos de tutela administrativa y judicial para el damnificado, cuya efectividad dependerá, en definitiva, de la puesta en práctica que la administración competente realice al respecto.<sup>78</sup> (párr. 132)

En lo que atañe de manera específica al tema que analizamos, la Corte IDH declaró por unanimidad que el Estado era responsable por la violación del deber de garantía del derecho a la integridad personal, reconocido en el artículo 5.1 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de la Sra. Suárez Peralta.

Además de lo mencionado hasta aquí, es imprescindible poner de relieve el interesante y documentado voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, con el que coincidimos, como lo hicimos respecto del que redactara la exjueza Margarette May Macaulay en el *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*. Ferrer Mac-Gregor dejó a salvo su opinión en el sentido de que la Corte IDH pudo haber abordado la problemática teniendo en cuenta lo que realmente motivó que el caso llegara al sistema interamericano y particularmente a su instancia jurisdiccional: “las implicaciones al ‘derecho a la salud’ debido a una mala praxis médica con responsabilidad del Estado, que generó una afectación grave a la salud de una mujer de veintidós años y madre de tres hijos, lo que provocó distintas intervenciones quirúrgicas y padecimientos en detrimento de su dignidad humana” (párr. 2°).

Desde su perspectiva, ello pudo haberse tomado explícitamente en cuenta para que dentro de las consideraciones de la sentencia *se abordara la cuestión con plenitud y se estudiaran las implicaciones en el caso del derecho a la salud de manera autónoma, partiendo de reconocer la competencia que otorga a la Corte IDH el artículo 26 de la CADH para pronunciarse sobre tal derecho y entendiendo la justiciabilidad directa del mismo, y no sólo de manera tangencial y en conexión con otros derechos civiles*, “lo que pudo, en su caso, haber derivado en declarar violado dicho dispositivo convencional en forma autónoma, en relación con las obligaciones de respeto y garantía previstas en el art. 1.1 del Pacto de San José” (párr. 3°).

### **2.3. El desafío esencial que afronta la Corte IDH en el campo de los DESC**

**2.3.1.** El *reto principal* que en la materia se posa sobre el tribunal interamericano radica en definir si avanza o no hacia la justiciabilidad directa de los DESC sobre la base de una interpretación dinámica y actualizada del artículo 26 de la CADH, en conexión con otras disposiciones de la Carta de la OEA, la DADDH y el Protocolo de San Salvador. De hacerlo, produciría una importante expansión de

<sup>78</sup> Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, cit., párrs. 89 y 99.

la superficie protectoria de dichos derechos, inescindiblemente consustanciados con la dignidad humana.

La cuestión no es menor, sino compleja<sup>79</sup> y de relevante magnitud jurídica y axiológica. Como puede suponerse a partir de varias consideraciones aquí vertidas, nuestra posición personal se inclina por la conveniencia de que la Corte IDH asuma el desafío y le dé respuesta positiva, pues aquella justiciabilidad directa de los DESC no solamente es posible sino también necesaria para poner derechos absolutamente básicos en su justo valor operativo.

2.3.2. Intentaremos sintetizar algunas razones que nos mueven a pensar de ese modo.

2.3.2.1. Un asunto que en primera lectura parecería de textura sólo formal o meramente lingüística aporta mucho más que eso. La Parte I de la CADH tiene el siguiente título: “Deberes de los Estados y *derechos protegidos*” (énfasis agregado). Dentro de esa Parte, el Capítulo I se refiere a los *deberes de los Estados*, el Capítulo II se centra en los *derechos civiles y políticos*, y el Capítulo III, contenido del artículo 26, focaliza los *derechos económicos, sociales y culturales*.<sup>80</sup>

De ello se desprende que los DESC a que alude el artículo 26 están incluidos en la categoría de *derechos protegidos* por la CADH y naturalmente quedan encapsulados en el *acervo competencial por razón de la materia* de los órganos estatuidos por la Convención para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos tomados por los Estados partes al respecto, o sea, la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos (cf. artículo 33, *ibid.*).

A su tiempo y como vimos, al resolver el *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*, la Corte IDH interpretó ese artículo 26, en lo que hace al alcance del entendimiento del “desarrollo progresivo” de los DESC, remitiendo a lo establecido por el Comité específico de la ONU en la citada OG 3, de lo que cabe desprender –*mutatis mutandis*– que el tribunal interamericano califica aquel precepto como consagratorio de *claras obligaciones jurídicas para los Estados partes con respecto a la plena efectividad de los derechos que al respecto aborda la citada Convención*.<sup>81</sup>

Lo anterior, específicamente acerca del alcance operativo del conglomerado obligatorio contraído por los Estados partes de la CADH en el contexto del artículo

<sup>79</sup> De hecho, existe doctrina refractaria a la justiciabilidad directa de los DESC por conducto del artículo 26 de la CADH. En ese sentido pueden verse, por ejemplo, James L. Cavallaro y Stephanie E. Brewer, “La función del litigio interamericano en la promoción de la justicia social”, *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, año 5, núm. 8, junio de 2008, pp. 84-99; y Oswaldo R. Ruiz-Chiriboga, “The American Convention and the Protocol of San Salvador: two Intertwined Treaties. Non-Enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 31, núm. 2, 2013, pp. 159-186.

<sup>80</sup> Además de esa tríada de segmentos, la Parte I también está integrada por los capítulos IV, denominado “Suspensión de garantías, interpretación y aplicación”, y V, rotulado “Deberes de las personas”.

<sup>81</sup> Recuérdese que sobre el punto reenvió a la OG 3 del Comité de DESC de la ONU.

26 de la CADH, se torna más diáfano con sólo reparar en que la fuente de la que abrevó dicho precepto es ni más ni menos que el artículo 2.1 del PIDESC, respecto del cual la apuntada OG 3 del Comité de DESC ha sido contundente al determinar la fuerza vinculante de los deberes que depara.

Ambas disposiciones confluyen en un punto de gran relevancia: la consecución progresiva de *la plena efectividad de los derechos* englobados en aquellas. No parece la mejor de las interpretaciones predicar que semejante mandato de *plena efectividad* contenga sólo fraseología despojada de preceptividad jurídica.

Es que el principio internacional cardinal de buena fe, la necesaria hermenéutica conforme al objeto y el fin del instrumento internacional, la especial naturaleza de los tratados internacionales sobre derechos humanos, el principio *pro persona*, las obligaciones estatales de respetar y garantizar los DESC y de adecuar su derecho interno a las premisas del convenio internacional, sumados a los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos (civiles y políticos, y económicos, sociales y culturales), rápidamente harían desvanecer un aserto de tal tenor.

2.3.2.2. Es también decisivo que la Corte IDH haya reiterado sin ambages en *Acevedo Buendía vs. Perú* que los instrumentos de reconocimiento de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (CADH, artículo 62.1) *presuponen la admisión, por los Estados que la presentan, del derecho del tribunal a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción*.<sup>82</sup> Partiendo de tal superficie de apoyo, es igualmente categórico que haya enfatizado nuevamente que *ejerce jurisdicción plena sobre todos los artículos y disposiciones de la CADH y para analizar violaciones de todos los derechos reconocidos en ella*.<sup>83</sup>

Aunque obvio, debe recalcar que el artículo 26 queda decididamente incluido en ese amplio espectro de cobertura que deja al descubierto la taxativa aseveración de la Corte. Correlativamente, los derechos encapsulados en tal precepto están sometidos a las obligaciones generales prefiguradas en los artículos 1.1 y 2 de la CADH, de igual modo que los derechos civiles y políticos desplegados en los artículos 3 a 25 del mismo instrumento internacional.

2.3.2.3. Por su parte, atinadamente se ha sostenido que el multicitado artículo 26 de la CADH reconoce todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en la DADDH, y los que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA.<sup>84</sup>

Por ello, en el supuesto de concurrir ambos textos se habrán de armonizar los dos estándares de protección, que pueden ser aplicados de modo acumulativo. Además y como advirtiéramos, todos estos derechos se insertan en la competencia en

<sup>82</sup> Cuestión sobre la que ya se había pronunciado en los casos citados *supra*, específicamente en la nota 64 a pie de página.

<sup>83</sup> Tal como lo había anticipado en los asuntos identificados en la nota 65 a pie de página.

<sup>84</sup> Rolando E. Gialdino, *Derechos económicos, sociales y culturales y Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Buenos Aires, La Ley, T° 2013-E, pp. 924-925.

razón de la materia tanto de la CIDH como de la Corte IDH, habilitando el sistema de peticiones individuales previsto en la CADH; competencias y habilitación que según apunta Gialdino no han sufrido mengua alguna a consecuencia del Protocolo de San Salvador.<sup>85</sup>

Por su parte, Urquilla Bonilla explora el artículo 26 de la CADH y opina que más allá de su texto inmediato, en el sentido de que obliga a adoptar medidas de desarrollo progresivo, se trata de un *auténtico texto de reconocimiento genérico de DESC*. Añade que en el marco de su proceso de creación queda demostrado que la referencia a las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura de la Carta de la OEA fue una *manera para referir a los derechos económicos, sociales y culturales*.<sup>86</sup>

Entre otras consideraciones, agrega que el multinombrado artículo 26 de la CADH, junto con todo su amplio contenido, forma parte de las normas que regulan la competencia *ratione materiae* de los órganos del sistema interamericano, lo que permite que *la Comisión y la Corte interamericanas puedan garantizar su contenido, haciendo de esta manera que los DESC sean exigibles en el ámbito del sistema interamericano*<sup>87</sup> (énfasis agregado).

Convergentemente, una de las vías que identifica Melish para que el sistema interamericano y sus usuarios logren consolidar la jurisprudencia socioeconómica regional, radica en reconocer el pleno alcance del artículo 26 de la CADH en su protección a los derechos *autónomos* a la salud, educación, vivienda, seguridad social, condiciones de empleo justas, la sindicalización y la cultura. Añade que *“la jurisprudencia internacional y la legislación nacional deben ser usadas para dar contenido autónomo y significativo, en contextos específicos y concretos, a estos derechos fundamentales. No deberían estar empotrados al interior de otras normas que las amparen, en donde vayan a perder su contorno y especificidad”*<sup>88</sup> (énfasis agregado).

Cerramos este tramo del trabajo expresando que, para abonar la línea de justiciabilidad directa anunciada, se conjugan los artículos 26 y 29 de la CADH bajo la iluminación axiológica y jurídica del principio *pro persona*.

---

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 925.

<sup>86</sup> Carlos R. Urquilla Bonilla, *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*, San José de Costa Rica, IIDH, 2009, p. 197.

<sup>87</sup> *Idem*.

<sup>88</sup> Tara J. Melish, “El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: avances y retrocesos en el sistema interamericano”, en AA.VV., *Los derechos económicos, sociales y culturales*, México, D. F., Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México - Comisión Europea, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2005, p. 218 (el trabajo figura entre pp. 173-219).

## 2.4. Ciertos caminos protectorios alternativos o indirectos

Como quedara debidamente explicitado, si bien como primera opción reivindicamos la justiciabilidad directa de los DESC, principalmente utilizando el muy relevante artículo 26 de la CADH (mediante su interpretación dinámica y actualizada), somos conscientes de que la posición mayoritaria de la Corte IDH no exhibe una apertura hermenéutica que permita en el corto plazo ser muy optimistas al respecto, por lo que paralelamente es útil continuar pensando en caminos indirectos para resguardar tales derechos.

Desde esta perspectiva, pueden contabilizarse –entre otras vías– los *principios de igualdad y de debido proceso y el derecho fundamental de acceso a la información pública*.

En cuanto al primero de ellos, nadie podría válidamente dudar –al menos desde el ‘deber ser’– que de la *universalidad* de los derechos humanos se deriva la *exigencia de igualdad*, y de esta la *prohibición de discriminación*, lo que precisamente da cuerpo a una provechosa herramienta para estimular la exigibilidad y la justiciabilidad de los DESC.

Con referencia al abastecimiento del *debido proceso* (algunas de cuyas irradiaciones están ordenadas a evitar demoras procesales irrazonables, cercenamientos de la defensa en juicio, etc., en litigios vinculados a DESC), es dable exigir complementariamente una actitud no reduccionista en punto a la legitimación, entendida como llave de acceso a la jurisdicción (interna e internacional), desechando posiciones excesivamente formalistas que impongan arbitrarias cortapisas a la apertura procesal.

Para cerrar este punto y dar paso a las observaciones finales de este ensayo, debe tenerse en cuenta que la eventual imposibilidad de ejercer apropiada y razonablemente el derecho de *acceso a la información pública* que lleve a obturar o desnaturalizar la participación de la ciudadanía en la formación, materialización normativa y/o ejecución de políticas públicas en el área de los derechos sociales, ofrece sustento suficiente para generar rutas de ingreso a la jurisdicción interna y en su caso a la interamericana.

## 3. Apreciaciones finales

De lo adelantado en los dos bloques centrales que dan cuerpo a este ensayo pueden entresacarse las consideraciones de cierre que pasamos a presentar y que vienen a unirse a otras consideraciones conclusivas intercaladas en el nudo del trabajo.

1. Como reflejo del carácter unitario de la dignidad humana, entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales media unidad conceptual, equivalencia de entidad jurídica e interrelación y complementación; y, en modo alguno, separación antinómica.

Esa y no otra es la lectura razonable que suscita uno de los logros fundamentales de la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos: promover y movilizar la doctrina de la universalidad, la interdependencia y la indivisibilidad de los derechos humanos. No menos importante es que aquella Conferencia Mundial constituyó un punto nuclear para que se conociera y difundiera la legitimidad de la preocupación de toda la comunidad internacional por las condiciones de vida de la población y, en especial, de sus segmentos más vulnerables.<sup>89</sup>

2. Los derechos económicos, sociales y culturales *no son menos derechos que los civiles y políticos*, ya que el carácter interdependiente de los derechos humanos lleva a que no exista jerarquía entre ellos y a que todos sean exigibles ante las respectivas autoridades estatales competentes.
3. Hoy es indiscutible la fundamentalidad de los DESC (al menos en el espacio latinoamericano). De hecho, algunos funcionan como *precondiciones* para el ejercicio de no pocos ni insignificantes derechos civiles y políticos. En ese entendimiento, la garantía de los derechos fundamentales legitima y justifica tanto al Estado constitucional y convencional como al sistema protectorio interamericano.
4. En punto al alcance y al grado de operatividad de los DESC, la búsqueda debe orientarse hacia un *concepto sustentable de progresividad* que no disuelva esta gradualidad en una latencia *sine die*, sino que refleje positivamente su ingrediente de “equidad social”.<sup>90</sup> La *progresividad* debe ser *efectiva y real*. En otras palabras, una *progresiva efectividad* de aquellos derechos como producto de una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, y consistente con la encumbrada pauta axiológica *pro persona*. Ese mandato de *desarrollo progresivo* se debe combinar con la *prohibición de regresividad injustificada* y, en cualquier caso, si existieran medidas involutivas, ellas serían revisables judicialmente.
5. Existe un nexo muy intenso entre los DESC, sus contenidos esenciales y la dignidad ingénita a la persona humana. Los elementos que componen los contenidos esenciales de cada derecho económico, social o cultural no son fijos, rígidos ni inmutables, sino que en el supuesto de existir leyes u otras medidas que busquen limitarlos, el asunto debe ser abordado tomando en

---

<sup>89</sup> Ver, en ese sentido, Antônio A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, 2ª ed., Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 2003, *inter alia*, p. 39; cit. en voto separado de dicho autor, actuando como juez de la Corte IDH en el aludido caso *Ximenes Lopes vs. Brasil* (párr. 42).

<sup>90</sup> Respecto de esta última afirmación en torno al ingrediente de “equidad social” que debe caracterizar a esa progresividad, ver ap. 3 del voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez en la sentencia de fondo pronunciada por la Corte IDH en el *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*.

consideración las particularidades de cada caso y de cada derecho, las circunstancias de tiempo y lugar y las peculiaridades contextuales.

Y en tal escenario la labor jurisdiccional deberá, en particular, orientarse hacia el empleo de mecanismos útiles como el principio de proporcionalidad para examinar cada asunto específico; y, en general, trazar una línea hermenéutica que lleve a fortalecerlos cualitativamente de modo progresivo o, como hipótesis de mínima, cuidar que no se disuelvan al calor de involuciones injustificadas.

6. Si bien algunos acercamientos de la Corte IDH a la protección de DESC han sido interesantes, ella no ha abandonado una actitud cautelosa en la materia y ha priorizado la resolución de casos atinentes a tal tipología de derechos vinculándolos con derechos civiles y/o políticos. Uno de los precedentes principales que exhibe el acervo jurisprudencial del Tribunal es el *Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú*, que entre otros aspectos positivos muestra cómo incursionó en la citada problemática de la obligación de progresividad y la prohibición de regresividad incausada por parte de los Estados en el campo de los DESC, además de declarar la justiciabilidad de las medidas infundadamente regresivas.
7. Sin embargo, aparece como discutible que aún no se haya aventurado a enfocar frontalmente las cuestiones atinentes a los DESC a partir de la aplicación directa y autónoma del artículo 26 de la CADH. Esta disposición convencional reconoce todos los DESC expuestos en la DADDH, y los emergentes de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura inmersas en la Carta de la OEA, motivo por el cual en caso de concurrencia de ambos textos debe procederse a una armonización de ese tándem de estándares tuitivos cuya aplicación puede ser acumulativa.

No es un dato precisamente insignificante que todos los derechos anunciados estén acogidos en el reservorio competencial *ratione materiae* de los órganos del sistema regional: Comisión y Corte interamericanas, por lo que su violación puede abrir paso al sistema de peticiones individuales prefigurado por la CADH, que en el particular no ha experimentado mutilación alguna a causa del Protocolo de San Salvador.

8. En el multicitado *Caso Acevedo Buendía vs. Perú*, entre otros asuntos, la Corte IDH ha defendido que los instrumentos de reconocimiento de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria *presuponen la admisión por los Estados que la presentan del derecho del tribunal a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción*. No menos importante es que haya concluido que *ejerce jurisdicción plena sobre todos los artículos y disposiciones de la CADH y para analizar violaciones de todos los derechos reconocidos en ella*, aseveración que indudablemente envuelve al artículo 26 de tal instrumento internacional.



9. Pese a lo expuesto, en la anunciada línea de preocupación aparecen dos casos relativamente recientes asociados a algunos aspectos de los DESC en los que no ha existido mención alguna al artículo 26 de la CADH por parte de las respectivas mayorías votantes de la Corte IDH. Aludimos a los asuntos *Furlan y Familiares vs. Argentina* (sobre los derechos a la salud y a la seguridad social) y *Suárez Peralta vs. Ecuador* (acerca del derecho a la salud), aunque pueden rescatarse los respectivos y acertados votos concurrentes de la exjueza Margarete May Macaulay, en el primero de ellos, y del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en el segundo.

Ambos magistrados plantearon la posibilidad de resolver –en lo pertinente– los conflictos llevados al seno de la Corte IDH contemplando la justiciabilidad directa de los DESC bajo el alcance del artículo 26 de la CADH (y no sólo de manera tangencial y en conexión con otros derechos civiles), en una perspectiva que nos parece auspiciosa. Más allá de estas posiciones refrescantes (aunque minoritarias), se abre un signo de interrogación en torno a la prospectiva de la jurisprudencia del tribunal en la materia, pues pareciera gestarse (al menos en la posición mayoritaria) una retracción *vis-à-vis* el avance que intentó producir la sentencia recaída en *Acevedo Buendía vs. Perú*.

Sea como fuera, creemos que la Corte no podría despojarse válidamente de la premisa axiológica que muestra que *los derechos humanos son reflejo directo de la dignidad humana*, ni prescindir de la sensibilidad especial que demanda dirimir casos en que estén en juego ciertos DESC intensamente ligados a los *sectores poblacionales más desvalidos y excluidos* de los Estados partes del sistema.

10. No obstante insistir en que nuestra posición se decanta por la búsqueda de la justiciabilidad franca de los DESC por medio del significativo artículo 26 del Pacto de San José de Costa Rica, recurriendo a una interpretación dinámica y actualizada de tal instrumento internacional, en puridad no existe certeza alguna de que ello efectivamente llegue a plasmarse en la praxis del tribunal interamericano. Por tanto, sin cejar en la búsqueda del propósito central indicado, no conviene descartar ciertos caminos indirectos para resguardar tales derechos, tomando como útiles instrumentos para ese fin, por ejemplo, a los *principios de igualdad y de debido proceso y al derecho fundamental de acceso a la información pública*.
11. Recurriendo a una combinación de deseo y esperanza en dosis similares y desde un plano genérico de discusión, lo ideal sería encaminarse hacia *un estándar común interamericano en materia de DESC*, para lo cual es imprescindible superar lo meramente declamatorio y dar paso a efectivos y consistentes cursos de acción orientados pragmáticamente en aquel sentido, tanto en sede interna como en el campo internacional. En suma, hechos, no palabras.

## Bibliografía

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdez, Madrid, CEPC, 2001.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “Valores de la democracia constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 31, 2008, pp. 207-213.
- BAZÁN, Víctor, “Los derechos de los pueblos indígenas en Argentina: diversos aspectos de la cuestión. Sus proyecciones en los ámbitos interno e internacional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, año XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre 2003, pp. 759-838.
- \_\_\_\_\_, *Vías de maximización protectiva de los derechos económicos, sociales y culturales*, Buenos Aires, La Ley, 2007-D, pp. 1135-1149.
- \_\_\_\_\_, “La judicialización de los derechos económicos, sociales y culturales”, en Víctor BAZÁN (dir.), *La judicialización de los derechos humanos*, Lima, Asociación Argentina de Derecho Internacional (Sección Derechos Humanos) - Ediciones Legales, 2009.
- \_\_\_\_\_, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconventionales. Recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*, Bogotá, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Fundación Konrad Adenauer, 2014a.
- \_\_\_\_\_, “Los derechos sociales en el derecho interno latinoamericano y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en Víctor BAZÁN y Luis JIMENA QUESADA, *Derechos económicos, sociales y culturales*, Buenos Aires, Astrea, 2014b.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2ª ed., Madrid, CEPC, 2005.
- BITTNER, Claudia, “Casenote - Human Dignity as a Matter of Legislative Consistency in an Ideal World: The Fundamental Right to Guarantee a Subsistence Minimum in the German Federal Constitutional Court’s Judgment of 9 February 2010”, *German Law Journal*, vol. 12, núm. 11, pp. 1941-1942. Disponible en: [https://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol12-No11/PDF\\_Vol\\_12\\_No\\_11\\_1941-1960\\_Bittner%20FINAL.pdf](https://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol12-No11/PDF_Vol_12_No_11_1941-1960_Bittner%20FINAL.pdf).
- BOBBIO, Norberto, *Teoría general de la política*, en Antonio DE CABO y Gerardo PISARELLO (ed.), Madrid, Trotta, 2005.
- BOVERO, Michelangelo, “Qué no es decidible. Cinco regiones del coto vedado”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 31, trad. de Álvaro Núñez Vaquero, 2008, pp. 217-225.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio A., *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, 2ª ed., Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 2003.
- CARMONA CUENCA, Encarna, “El derecho a un mínimo vital”, en Guillermo ESCOBAR ROCA (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Navarra, Thomson Reuters - Aranzadi, 2012.

- CAVALLARO, James L. y Stephanie E. BREWER, "La función del litigio interamericano en la promoción de la justicia social", *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, año 5, núm. 8, junio de 2008, pp. 84-99.
- COURTIS, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, CEDAL - CELS, Editores del Puerto, 2006.
- CRAVEN, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Oxford, Clarendon Paperbacks, 1998.
- CRUZ PARCERO, Juan A., "Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales (Réplica a Fernando Atria)", *Discusiones (Derechos Sociales)*, año III, núm. 4, 2004, pp. 71-98 (publicado también digitalmente en Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005).
- FERRAJOLI, Luigi, "Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 29, trad. de Alí Lozada, 2006, pp. 15-31.
- \_\_\_\_\_, "La esfera de lo indecible y la división de poderes", *Estudios Constitucionales*, año 6, núm. 1, trad. de Miguel Carbonell, 2008, pp. 337-343.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, "Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales", *Cuestiones constitucionales*, núm. 9, julio-diciembre de 2003, pp. 127-157.
- GARZÓN VALDEZ, Ernesto, "¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?", en Ernesto Garzón Valdez, *Propuestas*, Madrid, Trotta, 2011.
- GAVARA DE CARA, Juan C., *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn*, Madrid, CEC, 1994.
- GIALDINO, Rolando E., *Derechos económicos, sociales y culturales y Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Buenos Aires, La Ley, 2013-E, pp. 909-925.
- GUASTINI, Riccardo, "Derechos: una contribución analítica", en Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, trad. de Andrea Greppi, México, D. F., Doctrina Jurídica Contemporánea, Fontamara, 2003.
- HESSE, Konrad, "Significado de los derechos fundamentales", en BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE y HEYDE (eds.), *Manual de Derecho Constitucional*, trad. al castellano de Antonio López Pina, Madrid, Instituto Vasco de Administración Pública - Marcial Pons, 1996.
- MELISH, Tara J., "El litigio supranacional de los derechos económicos, sociales y culturales: avances y retrocesos en el sistema interamericano", en AA.VV., *Los derechos económicos, sociales y culturales*, México, D. F., Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México - Comisión Europea, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2005.
- NINO, Carlos S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- OSUNA PATIÑO, Néstor, "El derecho fundamental a la vivienda digna, seña del Estado social de derecho. Controversias sobre su aplicación judicial", *Revista Derecho del Estado*, núm. 14, junio de 2003, pp. 95-110.

- PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para su reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en Miguel CARBONELL, Juan A. CRUZ PARCERO y Rodolfo VÁZQUEZ (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 2ª ed., México, D. F., Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.
- RUIZ-CHIRIBOGA, Oswaldo R., “The American Convention and the Protocol of San Salvador: two Intertwined Treaties. Non-Enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 31, núm. 2, 2013, pp. 159-186.
- SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, D. F., IJ de la UNAM, 2007.
- SAURA ESTAPÀ, Jaume, “La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales”, *El tiempo de los derechos*, núm. 2, 2011, *Huri-Age, Consolider-Ingenio 2010*, p. 14. Disponible en: [http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/saura\\_exigibilidad\\_DESC.pdf](http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/saura_exigibilidad_DESC.pdf).
- URQUILLA BONILLA, Carlos R., “Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la reforma al sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núms. 30-31, edición especial: ‘Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos’, 2001, pp. 259-281.
- \_\_\_\_\_, *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*, San José de Costa Rica, IIDH, 2009.
- WELLMAN, Carl, *An Approach to Rights. Studies in the Philosophy of Law and Morals*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1997.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 3ª ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1999.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

**J. Alberto del Real Alcalá\* (España)**

## **Análisis de los derechos fundamentales y de la plurinacionalidad en la Constitución boliviana de 2009**

### **RESUMEN**

La Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009 supone un salto de dos siglos (del siglo XIX al siglo XXI) en la organización del Estado de derecho en este país latinoamericano. Bolivia cuenta hoy con una Constitución a la altura de nuestro tiempo, que se encuentra dentro de los parámetros de los derechos fundamentales y del neoconstitucionalismo contemporáneo. Sin duda, un gran éxito de los bolivianos. Y aunque el camino no es fácil, la dirección es la correcta. La nueva Constitución boliviana deja atrás a un Estado neoliberal y centralizado. Esta Constitución es más próxima (con todas las especificidades propias) a la mentalidad de los derechos y a la organización del Estado social en Europa Occidental que al modelo norteamericano. Los derechos fundamentales y la diversidad nacional y cultural son dos de los pilares más importantes de esta carta magna.

**Palabras clave:** Constitución boliviana, Estado de derecho, derechos fundamentales, plurinacionalidad.

---

\* Catedrático acreditado de Filosofía del Derecho en la Universidad de Jaén (España). Doctor en Derecho de la Universidad de Granada (España). Premio Extraordinario de Doctorado. Profesor visitante de la Universidad de Oxford (UK) en 2002 y de la Universidad de Génova (Italia) en 2004. Asesor internacional 2010 de la GTZ-Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (Cooperación Técnica Alemana) para la Cámara de Diputados de Bolivia, Programa de Fortalecimiento a la Concertación y al Estado de Derecho (CONCED) del Ministerio de Asuntos Exteriores de la República Federal de Alemania. Más de 70 publicaciones sobre la teoría jurídica de los derechos y los grupos vulnerables, con especial atención a los derechos culturales. Citado como referencia doctrinal en 42 sentencias del actual Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. adelreal@ujaen.es.

## ZUSAMMENFASSUNG

Die Verfassung des Plurinationalen Staats Bolivien von 2009 bedeutet für die rechtsstaatliche Organisation in diesem lateinamerikanischen Land einen Sprung um zwei Jahrhunderte (vom 19. ins 21. Jahrhundert). Bolivien verfügt heute über eine zeitgemäße Verfassung, die auf den Grundrechten und einem zeitgemäßen Neokonstitutionalismus fußt. Dies ist zweifellos ein großer Erfolg der Bolivianer. Auch wenn sich der Weg als schwierig erweist, so ist doch die eingeschlagene Richtung korrekt. Mit der neuen bolivianischen Verfassung wird der neoliberale Zentralstaat überwunden. Sie steht (ungeachtet all ihrer Besonderheiten) der Rechtsauffassung und der sozialstaatlichen Organisation Westeuropas näher als dem nordamerikanischen Modell. Die Anerkennung der Grundrechte sowie der nationalen und kulturellen Diversität gehören dabei zu den wichtigsten Bestandteilen der Verfassung.

**Schlagwörter:** Bolivianische Verfassung; Rechtsstaat; Grundrechte; Plurinationalität.

## ABSTRACT

The Plurinational State of Bolivia's Political Constitution of 2009 implies a two-century leap (from the 19th to the 21st century) in the organization of a state under the rule of law in that Latin American country. Bolivia today has a constitution suited to the current times, and one which is framed within the standards of human rights and contemporary neoconstitutionalism. The Bolivian people have achieved a great success. Although it is not an easy path, it points in the right direction: the new Bolivian Constitution leaves behind a neoliberal and centralized state. This constitution is closer (with adjustments for local reality) to the human rights mentality and the organization of the social state in Western Europe than to the US model. Fundamental rights and national and cultural diversity are the two main pillars of this constitution.

**Keywords:** Bolivian constitution, state under the rule of law, fundamental rights, plurinationalism.

## 1. Derechos fundamentales y constitucionalismo actual. Los rasgos de los derechos fundamentales en la Constitución boliviana

El constitucionalismo contemporáneo ha significado un *cambio* en el “modelo de Estado de derecho” que sostiene a los sistemas democráticos:<sup>1</sup> el Estado de derecho legislativo decimonónico (*legalismo* como teoría jurídica), cuya vigencia se extendió a buena parte del siglo XX, ha sido sustituido por el presente Estado

---

<sup>1</sup> Cf. Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, trad. de M. Martínez, Madrid, Trotta, 2000.

constitucional de derecho<sup>2</sup> (*neoconstitucionalismo*<sup>3</sup>), que es el modelo de Estado de derecho con el que actualmente operamos las democracias modernas.<sup>4</sup>

Con esta orientación, la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia aprobada el 25 de enero de 2009, y que entró en vigor el día 7 de febrero del mismo año, insta un nuevo Estado constitucional de derecho,<sup>5</sup> que, además del reconocimiento de los derechos individuales, también apuesta por un modelo social de derechos,<sup>6</sup> articulados en torno al concepto constitucional del “buen vivir”;<sup>7</sup> una variante conceptual –y original– en el contexto boliviano del modelo social que representa el Estado de bienestar europeo.<sup>8</sup> A esto hay que sumar la incorporación en serio de los derechos culturales<sup>9</sup> al grupo de derechos fundamentales de la Constitución.

La constitucionalización en Bolivia de un *Estado de derecho* nucleado en torno a los derechos fundamentales individuales, a un modelo de derechos sociales (y económicos) y a un grupo relevante de derechos culturales supone que este país entra definitivamente al siglo XXI con instituciones *de su tiempo*, “el tiempo de los derechos”;<sup>10</sup> y que incorpora, a partir de valores, principios e instituciones propias,

<sup>2</sup> Cf. Francisco Javier Ansuátegui Roig, *De los derechos y el Estado de derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.

<sup>3</sup> Ver Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.

<sup>4</sup> Gustavo Zagrebelsky, *Il diritto mitte. Legge, diritti, giustizia*, Torino, G. Einaudi, 1992; *El derecho dúctil*, trad. de Marina Gascón, 5ª ed., Madrid, Trotta, 2003, p. 150.

<sup>5</sup> Sobre los modelos de Estado de derecho, cf. Rafael de Asís Roig, *Una aproximación a los modelos de Estado de derecho*, Madrid, Dykinson-Universidad de Jaén, 1999.

<sup>6</sup> En este sentido se expresa la Constitución de 2009 en su Preámbulo: “El pueblo boliviano, [...] inspirado en las luchas del pasado [...], y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado. [...] Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia. [...] Honor y gloria a los mártires de la gesta constituyente y liberadora, que han hecho posible esta nueva historia”. Téngase en cuenta que la importancia de los preámbulos constitucionales, complemento de los artículos de la Constitución, radica en que es donde se ubica el *espíritu* que alimenta e informa el resto del texto constitucional, y muy especialmente los derechos fundamentales reconocidos por la CPE.

<sup>7</sup> La Parte Cuarta de la Constitución está dedicada al modelo social y económico adoptado por Bolivia en su refundación como país. Según el artículo 306 de la CPE, “I. El modelo económico boliviano es plural y está orientado a mejorar la calidad de vida y el vivir bien de todas las bolivianas y los bolivianos”; parágrafo “III. [...] La economía social y comunitaria complementará el interés individual con el vivir bien colectivo”; y parágrafo “V. El Estado tiene como máximo valor al ser humano y asegurará el desarrollo mediante la redistribución equitativa de los excedentes económicos en políticas sociales, de salud, educación, cultura, y en la reinversión en desarrollo económico productivo”.

<sup>8</sup> Ulrich Preuss, “El concepto de derechos humanos y el Estado del bienestar”, en Enrique Olivas (ed.), *Problemas de legitimación en el Estado social*, Madrid, Trotta, 1991.

<sup>9</sup> Cf. Antonio Enrique Pérez-Luño, *La tercera generación de los derechos humanos*, Pamplona, Aranzadi, 2006.

<sup>10</sup> Norberto Bobbio, *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael Asís Roig, Madrid, Sistema, 1991.

los mecanismos del constitucionalismo moderno, caracterizado por su “dimensión expansiva”,<sup>11</sup> y que incluye, entre otros elementos, la asignación de valor normativo *directo* a la misma Constitución,<sup>12</sup> cuyo contenido primordial son precisamente los derechos fundamentales.

El constitucionalismo de nuestros días, por tanto, viene a caracterizarse por la *inclusión de valores y principios* jurídicos<sup>13</sup> que sustentan a un haz de *derechos fundamentales* reconocidos en la carta magna,<sup>14</sup> a los que la actuación ordinaria del legislativo también ha de ajustarse sin más remedio, a modo de uno de los elementos para la realización de la teoría de la justicia que se proclama en la Constitución.<sup>15</sup> De hecho, los derechos fundamentales son la parte nuclear del “sistema de justicia constitucional” que instaura la Constitución boliviana, y del mecanismo de *control de constitucionalidad*, que el nuevo modelo de Estado de derecho plurinacional se ha de llevar a cabo sobre la base de los derechos fundamentales. Esto ha sido razón suficiente para que los derechos fundamentales, sin lugar a dudas, sean objeto de la atención principal de los juristas.<sup>16</sup>

En el constitucionalismo moderno, la carta magna es el corazón de la positivación de los derechos fundamentales. Pero la “lista de derechos fundamentales” que reconoce una constitución *no es arbitraria*, sino que dichos derechos serán aquellos que encuentran su fundamento en los *valores morales* asumidos por el poder político (a modo, por tanto, de *valores políticos*) y que este ha incorporado al texto constitucional (en forma de *valores jurídicos superiores*). Dichos valores constituyen el fundamento-raíz que justifica la inclusión en aquella *lista* de cualquiera de los derechos de los que la constitución pregona el carácter de “fundamental”.<sup>17</sup>

<sup>11</sup> Francisco Javier Ansuátegui Roig, “La dimensión expansiva del constitucionalismo. Retos y exigencias”, en VV. AA., *Teoría y metodología del derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. II, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, 2008, pp. 73-104.

<sup>12</sup> Cf. Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 1991.

<sup>13</sup> Cf. Jesús Ignacio Martínez García, “Valores superiores del derecho y teoría de sistemas”, *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1988, vol. 1, pp. 225-240.

<sup>14</sup> Antonio Enrique Pérez Luño, *Estado de derecho, derechos humanos y constitución*, Madrid, Tecnos, 2003.

<sup>15</sup> VV. AA., *Teoría de la justicia y derechos fundamentales. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. III, Madrid, Dykinson, 2008.

<sup>16</sup> Cf. Luis Prieto Sanchís, *Ley, principios, derechos*, Cuadernos del Instituto de Derechos Humanos ‘Bartolomé de las Casas’ de la Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, Dykinson, 1998.

<sup>17</sup> Gregorio Peces-Barba (con la colaboración de Rafael de Asís, Carlos R. Fernández Liesa y Ángel Llamas Gascón), *Curso de derechos fundamentales: Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, 1999; y Gregorio Peces-Barba, *Lecciones de derechos fundamentales*, con la colaboración de Rafael de Asís Roig y María del Carmen Barranco, Madrid, Dykinson, 2005.



En todo caso, la relevancia de los derechos fundamentales en la sociedad actual tiene que ver, por una parte, con los *beneficios* y ventajas de todo tipo que representa para el ciudadano la tenencia efectiva de derechos. Y, por otra parte, también está relacionada con la *función* que cumplen los derechos fundamentales en el conjunto del sistema jurídico y político, cuyo vértice es la constitución, esto es, en la democracia constitucional, dado que los derechos fundamentales se van a constituir en uno de los límites “materiales” más importantes (un autolímite que establece el propio poder constituyente) al ejercicio del poder político, que se articula en última instancia a través del *control de constitucionalidad* al que son sometidos los actos del poder.<sup>18</sup>

Puede afirmarse que la Constitución de Bolivia de 2009 pertenece al ambiente constitucional contemporáneo que ha sido descrito. La carta magna boliviana recoge dentro de su normativa, y con carácter *nuclear*, una *lista de derechos fundamentales* a los que se compromete proteger y hacer respetar por los poderes públicos y los particulares. Además, los derechos incluidos en la lista constitucional de derechos fundamentales presentan unas determinadas características propias de la Constitución boliviana, que atribuyen determinados rasgos a aquellos derechos subjetivos que se asumen con el carácter de “fundamentales” en la Constitución Política del Estado. Estos rasgos más importantes son los siguientes:

En primer lugar, los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política del Estado tienen su *fundamento* en los valores jurídicos superiores que asume la ley fundamental, que constituyen su justificación y la razón de su existencia como tales derechos fundamentales. Pero, en última instancia, los derechos fundamentales y los valores jurídicos que le proporcionan razón existencial descansan en el valor moral de la *dignidad humana*,<sup>19</sup> valor especialmente protegido por la Constitución boliviana. Me refiero a la *dignidad* de las personas *individuales* y también a la dignidad humana de los *grupos y colectivos*.<sup>20</sup> En esta cuestión, la Constitución Política del Estado (en adelante, CPE) arranca jurídicamente de la prohibición y sanción del Estado a “toda forma de discriminación, entre otras, la fundada en razón de origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, [...] 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” (CPE, art. 14.II).<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> María Isabel Garrido Gómez, “La determinación judicial de los límites de los derechos fundamentales”, en VV. AA., *Teoría y metodología del derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. II, Madrid, Dykinson, 2008, pp. 551-568.

<sup>19</sup> Rafael de Asís Roig, “La apertura constitucional: la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social”, en Cristóbal Molina Navarrete y otros (coords.), *Comentarios a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002, pp. 153-176.

<sup>20</sup> Cf. José Antonio López García y J. Alberto del Real Alcalá, (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Madrid, Dykinson, 2000.

<sup>21</sup> Establece el artículo 14.II. de la CPE: “El Estado prohíbe y sanciona toda forma de discriminación fundada en razón de sexo, color, edad, orientación sexual, identidad de género, origen, cultura, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, filiación

En segundo lugar, los derechos fundamentales reconocidos por la CPE son *individuales y colectivos*, cuyos sujetos titulares son tanto personas individuales como colectividades, sin discriminación alguna, cuyo libre y eficaz ejercicio ha de garantizar el Estado (art. 14.III).<sup>22</sup> Respecto a las colectividades, hay que destacar especialmente a las naciones y pueblos indígenas originario campesinos, pero también a las comunidades afrobolivianas, las cuales están constitucionalmente equiparadas en derechos a los que tengan asignados las primeras.

En tercer lugar, los derechos fundamentales reconocidos por la CPE son de *aplicación directa* según su artículo 109.I., que afirma: “Todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección”. Y sólo podrán ser regulados, al igual que sus garantías, por la ley (art. 109.II.). La aplicación directa de los derechos fundamentales como núcleo central de la Constitución significa que pueden derivarse de ellos actos de aplicación e interpretación directos *sin necesidad* de que para ello exista legislación de desarrollo. Se trata de una característica del constitucionalismo de nuestros días, frente al constitucionalismo decimonónico (que ha perdurado y se ha extendido muy a menudo al siglo XX), cuya consideración de los textos constitucionales era más como *textos políticos* –meramente orientadores de la acción política– que como *textos de naturaleza normativa*, generadores directamente de derechos y obligaciones para los ciudadanos y para el poder público. Dicho con otras palabras, la constitución como un mero documento político *carente* de fuerza normativa.

En cuarto lugar, *no existe jerarquía* entre los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política del Estado, de modo que la clasificación de los derechos establecida en ella no determina supeditación alguna ni superioridad de unos derechos fundamentales sobre otros, según dispone en su artículo 13.III.

En quinto lugar, como tales derechos, el ejercicio de los derechos fundamentales es *voluntario*, y se somete a la declaración constitucional de que “nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que éstas no prohíban”, según dispone su artículo 14.IV.<sup>23</sup>

En sexto lugar, los derechos fundamentales que consagra la CPE son derechos *inviolables, universales, indivisibles y progresivos* (art. 13.I), y como tales son derechos reconocidos (en la Constitución de Bolivia) a todo ser humano, sin distinción alguna

---

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”.

<sup>22</sup> El artículo 14.III. de la CPE declara: “El Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en esta Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos”.

<sup>23</sup> El artículo 14.IV. de la CPE establece: “En el ejercicio de los derechos, nadie será obligado a hacer lo que la Constitución y las leyes no manden, ni a privarse de lo que éstas no prohíban”.

(art. 14.I.).<sup>24</sup> Desde el punto de vista sistemático, los derechos fundamentales de la Constitución boliviana están ubicados en el Título II (Derechos Fundamentales y Garantías) de la Parte Primera (Bases Fundamentales del Estado, Derechos, Deberes y Garantías) de esta carta magna, a lo largo de sus siete capítulos.

En séptimo lugar, los derechos fundamentales de la Constitución están “sometidos a sanción penal” si son *violados*, según establece en su artículo 139.II., que afirma que “[q]uienes violen los derechos establecidos en esta Constitución serán objeto de proceso penal por atentado contra los derechos”.

En octavo lugar, la “lista constitucional de derechos fundamentales” no es *numerus clausus*, pues ninguno de estos derechos ha de ser entendido como negación de otros derechos no enunciados, tal como lo dispone su art. 13.II.<sup>25</sup>

Y, por último, en noveno lugar, la lista constitucional de derechos fundamentales *no excluye* la aplicación de otros derechos *más favorables*, en razón de que, según el artículo 256.I., “[l]os 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 ésta”.

En definitiva, puede decirse que las características mencionadas sintetizan los rasgos centrales con los que han sido configurados los derechos fundamentales en la Constitución boliviana de 2009.

## 2. Las funciones objetiva y subjetiva de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico

Los derechos fundamentales desempeñan dos importantes funciones en relación con el conjunto del ordenamiento jurídico del Estado de derecho y del sistema político de la democracia constitucional: la función *objetiva* y la función *subjetiva*. A través de la función *objetiva*, los derechos fundamentales se constituyen en un “criterio material” de identificación de normas. Mediante la función *subjetiva*, los derechos fundamentales se constituyen en “límites” a la acción del poder. Veamos más profusamente en qué consisten.<sup>26</sup>

1. La función objetiva de los derechos fundamentales en relación con el conjunto del ordenamiento jurídico del Estado de derecho, cuyo vértice es la constitución

<sup>24</sup> Según el artículo 14.I. de la CPE, “[t]odo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica con arreglo a las leyes y goza de los derechos reconocidos por esta Constitución, sin distinción alguna”.

<sup>25</sup> El artículo 13.II. de la CPE establece: “Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados”.

<sup>26</sup> Gregorio Peces-Barba, “De la función de los derechos fundamentales”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 74, 1997, pp. 537-552.

Los derechos fundamentales desempeñan una *función objetiva* en relación con el ordenamiento jurídico, consistente en que se constituyen en un “criterio material” de la identificación de sus normas como tales normas válidas. Se trata de una función de carácter eminentemente “jurídica”. Y tiene que ver con el hecho de que los derechos fundamentales ocupan un puesto jerárquico muy elevado dentro del conjunto del ordenamiento jurídico boliviano. La razón de que esto sea así es la estrecha relación (que es una relación *nuclear*) de los derechos fundamentales con la norma material del sistema jurídico, que es la Constitución boliviana.<sup>27</sup>

De aquella estrecha relación se deriva esta posición jerárquica tan *elevada* que ocupan los derechos fundamentales en el derecho boliviano, hasta tal punto que pudiera decirse que los derechos fundamentales son configurados en la normativa constitucional como un requisito más de la *validez* de las normas jurídicas, a modo de “validez material” de las mismas, y añaden a la exigencia *formal* que las normas para poseer “validez jurídica” deben estar creadas por la *autoridad* (legislativa) *competente* y producidas a través del *procedimiento* (normativo) *adecuado*. El control de constitucionalidad es el mecanismo encargado de velar por que este requisito material de la validez de las normas bolivianas se haga *efectivo* para todos los actos de legislación y de ejecución/aplicación. Mecanismo que está reforzado por el artículo 9.4 de la CPE, que establece que son funciones y fines esenciales del Estado “[g]arantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución”. Y también por el artículo 139.II. que dispone: “Quienes violen los derechos establecidos en esta Constitución serán objeto de proceso penal por atentado contra los derechos”.

Este es el modo como los derechos fundamentales forman parte de los requisitos de la “validez jurídica” de las normas, los cuales sirven para identificar las normas que pertenecen a un determinado ordenamiento y, en consecuencia, no a otro/s. Los derechos fundamentales se constituyen, pues, en un “criterio material de identificación de (las) normas” de un ordenamiento jurídico donde son normas válidas y, como tales, tienen la capacidad de generar *obligatoriedad* hacia sus destinatarios.<sup>28</sup>

Claro está, cuando los derechos fundamentales ejercitan la función de constituirse en criterio de identificación de normas, ellos desbordan sus propias fronteras e influyen en el resto de las normas de la Constitución o de cualquier otra parte del ordenamiento jurídico. Esta función es realizada por los derechos fundamentales considerados en su conjunto a modo de una unidad de sentido y de una unidad

<sup>27</sup> Ver Jesús Ignacio Martínez García, “La función de los derechos fundamentales en la teoría de sistemas de N. Luhmann”, en Vincenzo Ferrari (ed.), *Laws and Rights: Proceedings of the International Congress of Sociology of Law for the Ninth Centenary of the University of Bologna*, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 637-652.

<sup>28</sup> Gregorio Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, op. cit., especialmente el capítulo XVI: “Las funciones de los derechos fundamentales”; asimismo, ver María del Carmen Barranco Avilés, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2000.

sistemática (conformada por las normas constitucionales que incluyen la materia derechos fundamentales).<sup>29</sup>

## 2. La “función subjetiva” de los derechos fundamentales en relación con el conjunto del sistema político de la democracia constitucional

Además de la función objetiva de carácter jurídico, los derechos fundamentales desempeñan también una *función subjetiva*, ahora en relación con el sistema político de la democracia constitucional. Esta función se traduce en que los derechos fundamentales se constituyen en un “límite” al ejercicio de la actividad del poder. Se trata de una función que, sin dejar de ser jurídica, cobra un sentido eminentemente “político-institucional”. Esta función se despliega a partir del hecho de que las normas sobre derechos fundamentales son las que asignan los derechos a los sujetos titulares de los mismos, esto es, a las personas o los grupos en los que ellos se integran. Entendiéndose que el recibimiento de derechos por parte de las personas y grupos es el mayor “beneficio” que proporciona el Estado de derecho a sus habitantes.

Ahora bien, al producirse la asignación de derechos fundamentales a los sujetos titulares a modo de *beneficios* del Estado de derecho, el sistema político de la democracia constitucional está articulando un “espacio protegido” delimitado a la posesión y disfrute de esos derechos. Se trata en buena medida de un “coto vedado” de los individuos y de los grupos que son titulares de derechos fundamentales, y que no puede ser traspasado por el poder –sino en circunstancias muy excepcionales–. Los derechos fundamentales se constituyen aquí en un “verdadero límite material” a la acción del poder.<sup>30</sup> La razón de este coto vedado al poder tiene que ver con el hecho de que legislador constituyente ha estimado los derechos fundamentales que ha reconocido constitucionalmente como un instrumento absolutamente relevante para el establecimiento de un orden social justo en Bolivia articulado en la nueva Constitución.

Estos derechos que son al mismo tiempo límites al poder e instrumento para la instauración de un orden social justo *albergan*, en la Constitución Política del Estado, una pluralidad de contenidos normativos, tales como los siguientes:

- i) Los derechos “fundamentales básicos para la preservación de la vida”. Se trata de derechos fundamentales (o fundamentalísimos) que están ubicados en el Capítulo Segundo (Derechos Fundamentales), del Título II (Derechos Fundamentales y Garantías) de la Primera Parte de la Constitución: del artículo 15 al artículo 20 de la CPE.

<sup>29</sup> Cf. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, especialmente el capítulo 10: “Los derechos fundamentales y las normas de derechos fundamentales en el sistema jurídico”.

<sup>30</sup> Cf. Rafael de Asís Roig, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Madrid, Dykinson, 2000.

- ii) Los derechos “civiles” fundamentales. Son derechos que se sitúan en la Sección I (Derechos civiles) del Capítulo Tercero (Derechos civiles y políticos), del Título II (Derechos Fundamentales y Garantías) de la Primera Parte de la Constitución: del artículo 21 al artículo 25 de la CPE.
- iii) Los derechos “políticos” fundamentales. Estos derechos pueden localizarse en la Sección II (Derechos políticos) del Capítulo Tercero (Derechos civiles y políticos), del Título II (Derechos Fundamentales y Garantías) de la Primera Parte de la Constitución: del artículo 26 al artículo 29 de la CPE.
- iv) Los derechos fundamentales “específicos” de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos. Son derechos de minorías, protegidos como tales, y posicionados en el Capítulo Cuarto (Derechos de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos), del Título II (Derechos Fundamentales y Garantías) de la Primera Parte de la Constitución: del artículo 30 al artículo 32 de la CPE.
- v) Los derechos “sociales” y “económicos” fundamentales. Localizados en el Capítulo Quinto (Derechos sociales y económicos), del Título II (Derechos Fundamentales y Garantías) de la Primera Parte de la Constitución: del artículo 33 al artículo 76 de la CPE.
- vi) Los derechos “educacionales” y “culturales” fundamentales. Situados en el Capítulo Sexto (Educación, Interculturalidad y derechos culturales), del Título II (Derechos Fundamentales y Garantías) de la Primera Parte de la Constitución: del artículo 77 al artículo 105 de la CPE.
- vii) Los derechos fundamentales en la comunicación social, posicionados en el Capítulo Séptimo (Comunicación Social), del Título II (Derechos Fundamentales y Garantías) de la Primera Parte de la Constitución: del artículo 106 al artículo 107 de la CPE.

En definitiva, las funciones *objetiva* y *subjetiva* de los derechos fundamentales, como *criterio material de la validez jurídica* y como *verdadero límite –material– al poder político* respectivamente, hacen de esta categoría jurídica uno de los mecanismos primordiales y nucleares del sistema jurídico y político bolivianos, garantizado y protegido a través del control de constitucionalidad previsto en la carta magna.

Por último, hay que tener en cuenta que aun cuando la Constitución Política del Estado establece una lista “concreta” de derechos fundamentales cuyo sustento último es el valor de la dignidad humana individual y colectiva, la *vaguedad* o *generalidad* de su redacción constitucional va a seguir siendo una nota característica de los mismos. Aquí ocurre que “los derechos aparecen normalmente enumerados en las constituciones sin que se especifique cuál es su significado concreto”. Por lo que, va a corresponder “a los operadores jurídicos esa asignación. En primer lugar, al legislador, pero a continuación a los restantes sujetos que utilizan el derecho”. Pues, “los derechos fundamentales, al estar situados en los eslabones superiores del Ordenamiento, al constituirse en normas básicas materiales, necesitan para su

concreción el paso por diferentes operadores que poco a poco van delimitando su significado”. Y, sin duda, en la tarea de “dotar de significado” a estas categorías jurídicas, “el papel de la interpretación es clave”.<sup>31</sup>

### 3. Garantías y criterios constitucionales de interpretación específica de los derechos fundamentales según la CPE de 2009

La mayor garantía que prevé la Constitución en relación con los derechos fundamentales es el “sistema de justicia constitucional”. Tal como establece el artículo 115.I. de la CPE, “[t]oda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos”. En rigor, los derechos que tienen la *cualidad* de “fundamentales” son *protegidos* a través de los mecanismos que la Constitución Política del Estado pone a disposición de los ciudadanos para la defensa de esta clase de derechos *nucleares* imprescindibles para el establecimiento –desde su configuración en la Constitución– de un “orden social justo” en Bolivia. Se trata de un conjunto de acciones (acción de *libertad*, antigua *habeas corpus*; acción de *amparo constitucional*; acción de *protección de privacidad*; acción de *cumplimiento*; acción *popular*, y acción de *inconstitucionalidad*) con las que hacer frente a los obstáculos que impidan el disfrute de los derechos fundamentales por aquellos que son legalmente sus sujetos titulares.

Como ya se ha mencionado, no debemos olvidar que, sin lugar a dudas, los derechos fundamentales (y su tenencia efectiva) son los más importantes “beneficios” que proporciona a los ciudadanos vivir en un Estado de derecho. Lo que la Constitución de Bolivia plantea con los nuevos modelos de derechos sociales (y económicos) y de derechos culturales que adopta es “generalizar” estos “beneficios” del Estado de derecho (o sea, los derechos fundamentales efectivos) a todos los bolivianos y las bolivianas, para dejar atrás el tiempo en que venían siendo disfrutados sólo por algunos sectores de la población y no por toda la ciudadanía. Por eso, además de las acciones de defensa del sistema constitucional de derechos, también el artículo 30.III. de la CPE impone al Estado el deber específico de garantizar, respetar y proteger los derechos de las naciones y pueblos indígenas originario campesino. En la misma dirección, por razón del artículo 108 de la CPE, “[s]on deberes de las bolivianas y los bolivianos”, “Conocer, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes”, “Conocer, respetar y promover los derechos reconocidos en la Constitución” y “Promover y difundir la práctica de los valores y principios que proclama la Constitución”. Y en el ámbito de las relaciones internacionales, el Estado boliviano asume constitucionalmente el deber (arts. 255.II.3 y 255.II.4) de que “[l]a negociación, suscripción y

---

<sup>31</sup> Gregorio Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, op. cit., pp. 578-579.

ratificación de tratados internacionales se regirá por los principios de [...] Defensa y promoción de los derechos humanos, económicos, sociales, culturales y ambientales, con repudio a toda forma de racismo y discriminación”, así como (II.4.) respeto a los derechos de los pueblos indígenas originarios campesinos.

Es necesario recalcar en este punto que todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas como expresión del pluralismo jurídico de Bolivia han de someterse al *sistema de justicia constitucional* único. Consiste, en verdad, en un sistema de control de constitucionalidad “concentrado”, pero no “concentrado puro”. En rigor, nos encontramos ante un sistema de control de constitucionalidad inicialmente “difuso”, pero finalmente “concentrado”. Ocurre que las acciones de defensa principales en manos de la ciudadanía se presentan *inicialmente* ante los tribunales *ordinarios* determinados por la ley, por lo que recibe cierta influencia del modelo anglosajón de carácter *difuso*, aunque, *finalmente*, las decisiones de los jueces ordinarios son revisadas de oficio ante un único tribunal, el Tribunal Constitucional Plurinacional, terminando por concebirse finalmente concentrado.

Ahora bien, el nivel de protección que recibe la materia de los derechos fundamentales en la Constitución boliviana tiene incluso incidencia en el ámbito hermenéutico,<sup>32</sup> generando dos criterios “específicos” y constitucionales de interpretación que se han de utilizar por los operadores jurídicos cuando interpreten normas de derechos fundamentales.<sup>33</sup> Son los siguientes:

1. El criterio de los tratados internacionales sobre derechos asumidos por Bolivia; y los tratados de derechos humanos ratificados por Bolivia y tratados internacionales que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución

Significa que los derechos reconocidos por la Constitución Política del Estado deben interpretarse *de conformidad* con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia, pero también teniendo en cuenta aquellos que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución. Así lo establece el artículo 13.IV. de la CPE, que afirma: “Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”. En igual dirección, determina el mismo artículo: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno”.

<sup>32</sup> Ver María del Carmen Barranco Avilés, *Derechos y decisiones interpretativas*, prólogo de Francisco Javier Ansuátegui, Madrid, Marcial Pons, 2004.

<sup>33</sup> Rafael de Asís Roig, “La interpretación de la Constitución. Sobre cómo interpretar la Constitución y sobre quién debe ser su intérprete”, en Gregorio Peces-Barba y Miguel Ángel Ramiro Avilés (coords.), *La Constitución a examen. Un estudio académico 25 años después*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 285-302.



También establece el artículo 256.I. de la CPE: “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 ésta”. Aquí hay que tener en cuenta que el artículo 257.I. dispone: “Los tratados internacionales ratificados forman parte del ordenamiento jurídico interno con rango de ley”. Y que el artículo 256.II. establece: “Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables”.

## 2. El criterio intercultural

La existencia de este criterio interpretativo específico constituye un mecanismo de garantía del modelo de derechos culturales que adopta el Estado de Derecho Plurinacional de Bolivia.<sup>34</sup> Así, el artículo 178.I. determina: “La potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta [...] [entre otros, en los principios de] [...] pluralismo jurídico, interculturalidad, [...] y respeto a los derechos”. Y el artículo 3.3. de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional dispone que entre los principios de la justicia constitucional figura el de “interculturalidad”, la que “[r]econoce la expresión y convivencia de la diversidad cultural, institucional, normativa y lingüística, y el ejercicio de los derechos individuales y colectivos en busca del vivir bien”.

Hay que tener en cuenta que la interpretación intercultural de los derechos fundamentales no puede *alterar* la “lista constitucional de derechos” establecida en la carta magna por el poder constituyente. Esto significa que las decisiones judiciales interculturales o intraculturales sólo pueden afectar el “modo de ejercicio” de un derecho fundamental, pero nunca su *núcleo* o “contenido esencial”, ni por supuesto la declaración de su existencia o inexistencia, que es competencia del legislador. De lo contrario, estaríamos alterando la lista de derechos fundamentales establecida por el poder constituyente, generándose un “cambio constitucional”, el cual sólo puede tener lugar a través de las vías de reforma previamente determinadas en la Constitución Política del Estado.

En definitiva, el *núcleo esencial* de un derecho fundamental es invariable para todas las bolivianas y los bolivianos a fin de no vulnerar el principio de igualdad ante la ley y ante el sistema de justicia constitucional, no siendo susceptible de heterogeneidad cultural. Sí lo es, en cambio, su modo de ejercicio, que puede estar afectado de multiplicidad cultural. De esta forma se consigue compatibilizar el principio de igualdad de todos ante la ley (contenido esencial de los derechos iguales para todos) con el principio de interculturalidad (modo de ejercicio intercultural de los derechos). Ante este panorama, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Plu-

<sup>34</sup> Cf. Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999.

rinacional deberá definir *cuál* es contenido esencial para cada derecho fundamental, pero también en *qué consiste* el “modo de ejercicio intercultural” de *cada* derecho en el ambiente cultural de *cada caso* concreto.

En todo caso, lo *nuclear* en cada derecho fundamental puede indagarse a través de *dos vías* complementarias que permiten definir –concretar– el contenido esencial de cualquier derecho. Por una parte, “la naturaleza jurídica o el modo de concebir y configurar cada derecho” según “las ideas generalizadas y convicciones admitidas entre los juristas, jueces y en general, especialistas en Derecho” acerca de ese derecho, puestas en relación con lo que ha recogido del mismo el legislador concreto. Y, por otra parte, buscar los “intereses jurídicamente protegidos” como núcleo y médula de ese derecho; o sea, “aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesario para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos”.<sup>35</sup>

#### **4. El rol de la plurinacionalidad en la actual constitución boliviana**

Uno de los aspectos más importantes de la Constitución boliviana y más relacionado con los derechos es la “plurinacionalidad” que acoge esta carta magna. La plurinacionalidad es configurada en la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia con una relevancia especial. El rol central que desempeña en todo el ordenamiento boliviano, cuyo vértice es la Constitución, tiene que ver con el carácter *fundacional, previo y transversal* que adquiere en y desde la Constitución Política del Estado de 2009. La ubicación sistemática de la que arranca –en la Primera Parte de la CPE: Bases Fundamentales del Estado. Derechos, Deberes y Garantías; Título I (Bases Fundamentales del Estado), Capítulo II (Principios, Fines y Valores del Estado)– es un indicador sólido del protagonismo que ha adquirido la plurinacionalidad con la nueva carta magna. Y es con este *sentido nuclear constitucional* con el que debe ser interpretada por los operadores jurídicos, aplicadores e intérpretes de las normas de la Constitución. Veamos sus tres grandes rasgos principales mencionados:

El primer rasgo para destacar de la plurinacionalidad en relación con la CPE es su carácter “fundacional”, derivado de su condición como valor moral y valor político primordial de la Constitución misma. La plurinacionalidad adquiere en la CPE el carácter de “hecho fundante básico” del (nuevo modelo de) Estado (de derecho) y de la propia Constitución. Este reconocimiento constitucional de la plurinacionalidad boliviana como hecho fundante básico del Estado y de la propia Constitución de

---

<sup>35</sup> La “doctrina del *contenido esencial*” de los derechos ha sido definida por el Tribunal Constitucional de España en sus sentencias SSTC 11/1981, de 8 de abril, 101/1991, de 13 de mayo, y ATC 334/1991, de 29 de octubre, y reiterada en otras muchas.

2009 se produce en la carta magna desde su mismo Preámbulo, que viene a equivaler a una declaración colectiva del ser del pueblo boliviano, según la cual, “[p]oblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes, y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y cultura. Así conformamos nuestros pueblos”. Desde donde “[e]l pueblo boliviano, de composición plural [...] construimos un nuevo Estado”, con el que “[c]umpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia”.

Dicho carácter fundacional se articula normativamente en la definición de la plurinacionalidad que lleva a cabo el artículo 1 de la CPE como elemento determinante del modelo de Estado que instaaura la nueva Ley Fundamental: “Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho ‘Plurinacional’ Comunitario, [...] intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo [entre otros] [...] jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país”.

Expresión del hecho fundante básico que constituye la plurinacionalidad es asimismo el artículo 98.I. de la CPE, que establece de manera explícita: “La diversidad cultural constituye la base esencial del Estado Plurinacional Comunitario”. Y determina: “La interculturalidad (que tendrá lugar con respeto a las diferencias y en igualdad de condiciones) es el instrumento para la cohesión y la convivencia armónica y equilibrada entre todos los pueblos y naciones que conforman Bolivia”. En este sentido, la plurinacionalidad como expresión de la diversidad cultural en Bolivia es estimada por la carta magna como una “fortaleza” que hay que visibilizar, y no como una debilidad que hay que ocultar (CPE, art. 98.II.), aun con todos los problemas que conlleva la *gestión* de lo culturalmente plural,<sup>36</sup> pero, en todo caso, siempre infinitamente menores que las consecuencias aberrantes que ocasiona el *no reconocimiento* de la sociedad civil *entera* reducida al uniculturalismo.

La protección del carácter fundacional de la plurinacionalidad está articulada en el artículo 98.III. de la CPE, asumiendo el Estado la “responsabilidad constitucionalmente fundamental” para “preservar, desarrollar, proteger y difundir las culturas existentes en el país”. Otra expresión de la trascendencia que la Constitución atribuye a la plurinacionalidad es el artículo 99.I., según el cual, “[e]l patrimonio cultural del pueblo boliviano es inalienable, inembargable e imprescriptible”. Diferencia entre “patrimonio cultural del pueblo boliviano en su conjunto”, en el que incluye la riqueza natural, arqueológica, paleontológica, histórica, documental y la procedente del culto religioso y del folklore (CPE, art. 99.III.), y “patrimonio de las naciones indígenas originario campesinos”, en el que constitucionalmente se incluyen las

---

<sup>36</sup> Ver J. Alberto del Real Alcalá, “Problemas de gestión de la diversidad cultural en un mundo plural”, en Francisco Javier Ansuátegui Roig, José Antonio López García, J. Alberto del Real Alcalá y Ramón Ruiz (eds.), *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo*, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 177-198.

cosmovisiones, mitos, historial oral, danzas, prácticas culturales, conocimientos y tecnologías tradicionales (art. 100.I.). A este último patrimonio cultural se le califica constitucionalmente como parte de la *expresión e identidad oficial* del Estado boliviano (art. 100.I.).

En todo caso, la trascendencia fundacional que adquiere la plurinacionalidad en la CPE tiene que ver con su condición de principal “valor moral” que impulsa la creación de la nueva Constitución Política del Estado. Y, asimismo, con su condición de constituir el más notable “valor político” que articula dicha carta magna. Téngase en cuenta que la plurinacionalidad ha sido el valor moral *fundacional nuclear* que “motiva” el poder político constituyente para configurar un nuevo Estado y refundar el país en 2009. Y que el poder político constituyente, *impulsado* desde ese valor moral, lo ha acogido como propio, esto es, a modo de “valor político” principal desde el que “diseñar” institucionalmente el Estado y articular la Constitución misma.<sup>37</sup> En definitiva, puede afirmarse que la plurinacionalidad es la “joya de la Constitución” boliviana, y que se encuentra en su mismo sustrato *moral y político*.

La segunda característica relevante de la plurinacionalidad en relación con la CPE es que tiene “carácter previo” a esta, en función de la raíz moral y la raíz empírica con la que se corresponde. Como hecho fundante básico del Estado y de la Constitución, la plurinacionalidad de Bolivia tiene “carácter previo” a la Constitución y a la configuración del Estado (de derecho). En este sentido, la *raíz* empírica de la plurinacionalidad se encuentra en la sociedad civil boliviana, en el conjunto del pueblo boliviano, y es la “interculturalidad” o diversidad cultural connatural que la caracteriza. La *interculturalidad* se traduce en *plurinacionalidad* cuando adquiere forma “político-institucional”, “jurídica” y específicamente “jurisdiccional” en la refundación del Estado y la nueva Constitución.

Si la *raíz empírica* de la plurinacionalidad es la pluralidad cultural de la sociedad civil, su raíz moral se encuentra en el valor general de la “dignidad humana”, tanto de individuos (*dignidad de la persona*) como de colectivos (*dignidad colectiva*).<sup>38</sup> Este dato ayudará a determinar *prima facie* a los “titulares” portadores de su ejercicio como derecho. Pero también a los “beneficiarios” de los derechos de la plurinacionalidad, esto es, a los sujetos “favorecidos” por el cumplimiento de la lista de “deberes” que la CPE impone a los *poderes públicos* y a los *particulares* a fin de promocionar dicho valor jurídico y político.

La base moral de dignidad humana que constituye el *corazón* de la plurinacionalidad incluye todos los “principios ético-morales de la sociedad plural” reconocidos por la CPE, y que “asume” el Estado como propios y se compromete a “promover” (CPE, art. 8.I.): “*ama qhilla, ama llulla, ama suwa* (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), *suma qamaña* (vivir bien), *ñandereko* (vida armoniosa), *teko kavi*

<sup>37</sup> Cf. Gregorio Peces-Barba, *Ética, poder y derecho*, México. D. F., Fontamara, 2006.

<sup>38</sup> De Asís Roig, “La apertura constitucional: la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social”, *op. cit.*, pp. 153-176.

(vida buena), *ivi maraei* (tierra sin mal) y *qhapaj ñan* (camino o vida noble)". Otros principios de carácter político en los que se sustenta el Estado y que están relacionados con el valor de la plurinacionalidad y tienen que ver con su dimensión moral son (art. 8.II.): la "unidad", la "inclusión", la "dignidad", la "armonía", "equidad social", "bienestar común", "justicia social". Valores estos que forman parte del concepto boliviano del "buen vivir" y del modelo boliviano de "Estado de derecho del buen vivir", a modo de particularidad boliviana del modelo social que representa el *Estado del bienestar* europeo. Esto significa que precisamente la dimensión *ético-moral* de la plurinacionalidad la constituye en el principal "motor de la igualdad" y, por tanto, uno de los más destacados pilares del nuevo "sistema de justicia" (*plurinacional*) que trata de implementar la nueva carta magna, y que es la principal instancia legitimadora del modelo de "Estado de derecho plurinacional" que instituye la CPE.

El resultado de todo lo anterior es la transición *desde* un "Estado uninacional de derecho"<sup>39</sup> de carácter neoliberal *hacia* un "Estado de derecho plurinacional" que persigue construir un modelo social que represente el concepto del "buen vivir". Téngase en cuenta que aunque el *Estado uninacional de derecho* nació como Estado liberal universalista sustentado en la "doctrina Staatsnation",<sup>40</sup> o proceso liberal de construcción nacional, pronto viró hacia una "doctrina Kulturturnation",<sup>41</sup> pero de carácter *excluyente* por *unicultural* y marginación de la diversidad, aunque, eso sí, con ropaje abstracto-formal universalista.

Como la Constitución declara que la *dignidad de la persona* y la *dignidad colectiva* (de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos, de las comunidades interculturales y afrobolivianas) son principios "inviolables", cuyo respeto y protección es "deber primordial" del Estado, según el artículo 22 de la CPE,<sup>42</sup> la plurinacionalidad, que tiene en la dignidad humana su raíz moral, también lo es igualmente, y hay que entender que del mismo modo se encuentra protegida por el mencionado artículo 22; y, por tal, hay que estimarla igualmente inviolable, así como *beneficiada* de la misma manera del "deber principalísimo" que dicho artículo impone al Estado: de máximo respeto y la más alta protección.

<sup>39</sup> Sobre el origen *conservador* del "Estado uninacional de derecho", puede verse J. Alberto del Real Alcalá, "Estado cosmopolita y Estado nacional. Kant vs. Meinecke", en Alfonso Castro, Fj. Contreras, Fernando Llano, J. María Panea (eds.), *A propósito de Kant. Estudios conmemorativos en el bicentenario de su muerte*, 2ª ed. revisada y ampliada, prólogo de Antonio Enrique Pérez Luño, epílogo de Pablo Badillo O'Farell, Sevilla, Editorial Grupo Nacional de Editores, 2004, pp. 307-340; asimismo, el texto está disponible en J. Alberto del Real Alcalá, "Estado cosmopolita y Estado nacional. Kant vs. Meinecke", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. LVII, núm. 247, enero-junio de 2007, pp. 165-203.

<sup>40</sup> Los rasgos de la "doctrina Staatsnation" pueden verse en J. Alberto del Real Alcalá, *Nacionalismo e identidades colectivas: la disputa de los intelectuales*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 401-418.

<sup>41</sup> Las características de la "doctrina Kulturturnation" pueden verse en *ibid.*, pp. 373 y ss.

<sup>42</sup> El artículo 22 CPE establece: "La dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado".

Finalmente, el tercer rasgo principal de la plurinacionalidad que ha de ser mencionado en relación con la CPE es su carácter “transversal” tanto en un sentido normativo como institucional. La plurinacionalidad como “hecho fundante básico” del país tiene, según la Constitución de 2009, carácter “transversal” a todas las normas del sistema jurídico boliviano y a todo el diseño político e institucional en todos los niveles del Estado boliviano. Esto significa que la plurinacionalidad *informa* a toda la normativa constitucional *sin excepción*, la cual queda toda entera *impregnada* de ella en su base “moral”, su “espíritu” y “finalidades”, así como en su base “institucional”, “política”, en su “sistema de derechos”, en los “deberes” del poder público y de los particulares, y, por supuesto, en su “sistema de justicia” (constitucional). Y, de hecho, *afecta* el diseño de todas las grandes instituciones del Estado, que pasan a denominarse *plurinacionales*.

Esto puede constatarse, entre otros cánones de la CPE, por ejemplo, en el artículo 1, según el cual, “Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías”. O, asimismo, es el caso del artículo 5.II (“El Gobierno plurinacional...”) o del artículo 13.III (“...la Asamblea Legislativa Plurinacional...”), o del artículo 126.IV (“...el Tribunal Constitucional Plurinacional...”), o del artículo 158.I.4 (“...Órgano Electoral Plurinacional...”), u otros más en la CPE.

Consecuencia de esa transversalidad, la plurinacionalidad de Bolivia está configurada en la Constitución de 2009 desde múltiples *categorías jurídicas*, que no dejan por ello de ser también *categorías políticas*, e incluso *morales*. Lo examinamos a continuación.

## 5. Plurinacionalidad y “categorías jurídicas” de los derechos en la Constitución boliviana

Por la relevancia especial que adquiere la plurinacionalidad en la CPE, numerosas y variadas son las “expresiones constitucionales” que podemos constatar. Expresiones que pueden ser agrupadas en la siguiente clasificación: 1. como “valor jurídico superior” de la Constitución y de todo el ordenamiento jurídico boliviano; 2. como “principio jurídico” constitucional; 3. como manojos de “derechos subjetivos fundamentales” individuales y colectivos; y 4. a modo de “deber jurídico” primordial para el Estado y en las relaciones entre particulares. La plurinacionalidad vista desde cada una de estas categorías jurídicas se articula de una forma particular y cumple una “función” distinta. Veamos en qué consisten.

1. La plurinacionalidad como “valor jurídico superior” de la Constitución y de todo el ordenamiento jurídico

Hemos referido que cuando la plurinacionalidad es reconocida por el poder político constituyente en 2009 como el valor moral que *motiva* a dicho poder a

configurar un nuevo Estado y refundar el país, este valor moral pasa a convertirse en un “valor político” que el poder acoge como propio, y desde el que diseña institucionalmente el Estado y articula la Constitución misma. Pues bien, como criterio configurador principal de la Constitución, este valor político ha sido *positivizado*, *juridificado*, con gran relevancia en la carta magna. Y ha sido incorporado de manera principal al texto normativo de la nueva Ley Fundamental boliviana, hasta el punto de que la trascendencia fundacional, moral y política de la plurinacionalidad *impregna* de su espíritu a todo el articulado de la CPE, y se eleva en este sentido a elemento nuclear de la misma, de todo el ordenamiento boliviano, de su producción normativa en cualquier nivel, del sistema institucional central y autonómico, del sistema de derechos fundamentales y del sistema de justicia constitucional diseñados en la Ley Fundamental. Pues bien, este *rol nuclear* alza la plurinacionalidad a la cualidad de “valor jurídico superior” de la Constitución y de todo el derecho boliviano.

Asimismo, por la conexión conceptual que existe entre derechos fundamentales, Constitución y Estado de derecho,<sup>43</sup> la relevancia de la plurinacionalidad en la CPE es tal que no hay razones para negar que la posición que ocupa en la carta magna le confiere el carácter de “valor jurídico superior” de la Constitución, del derecho boliviano y de las instituciones configuradoras del modelo de Estado de derecho (plurinacional). Este dato puede constatar, como hemos referido anteriormente, en la ubicación sistemática *central* de la plurinacionalidad en el Capítulo II (Principios, Fines y Valores del Estado) del Título I (Bases Fundamentales del Estado) de la Primera Parte de la Constitución boliviana.

Con esta destacada condición de “valor jurídico superior” de la nueva Ley Fundamental<sup>44</sup> y de todo el ordenamiento jurídico boliviano, como elemento nuclear de su sistema de derechos, de su sistema de justicia, y de todo su sistema institucional, es como hay que entender la presencia de la plurinacionalidad en la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. Esta es, en definitiva, su trascendencia moral, política y jurídica en la Bolivia actual.

Dicho lo anterior, conviene aclarar que la *función* de los valores jurídicos incluidos en la Constitución es la de ser criterios de interpretación de normas, o sea, metanormas materiales para la interpretación de otras normas en supuestos de lagunas o de nueva regulación por el derecho, pero, además, de los valores jurídicos “se desprende que estamos ante una auténtica norma jurídica, aunque la positivación de los valores no la agote y quede una moralidad crítica no positivizada que presiona sobre los valores como derecho positivo para enriquecerlos y complementarlos

---

<sup>43</sup> Cf. Francisco Javier Ansuátegui Roig, *La conexión conceptual entre el Estado de derecho y los derechos fundamentales. Modelos y evolución*, Lima, Grijley, 2007; asimismo, Ansuátegui Roig, *De los derechos y el Estado de derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*, *op. cit.*

<sup>44</sup> Ver Gregorio Peces-Barba, *Los valores superiores*, Madrid, Editorial Tecnos, 1986. Este también puede encontrarse en Gregorio Peces-Barba, “Los valores superiores”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, Ministerio Justicia, 1987, pp. 373-388.

con una progresiva positivación de esa dimensión, por medio del desarrollo y de la interpretación de los valores superiores por el legislador, el juez, el resto de los operadores jurídicos e incluso los ciudadanos”. Y en cuanto a la *intensidad o fuerza obligatoria* de los valores jurídicos superiores de la Constitución, “se trata de una norma que señala los fines a alcanzar, que deja a los operadores jurídicos la elección de los cauces más adecuados para su efectividad”,<sup>45</sup> aunque ya en la propia Constitución se concretan algunos de esos cauces: a través de su configuración como principio jurídico constitucional, a través de los derechos fundamentales, de los deberes primordiales de los poderes públicos y en las relaciones entre los particulares, mediante la organización de los poderes institucionales.

## 2. La plurinacionalidad como “principio jurídico constitucional”

Además de valor jurídico superior de la Constitución y del derecho boliviano, la plurinacionalidad también se encarna en la categoría más concreta de “principio jurídico constitucional” de las instituciones bolivianas, por el que aquellas han de regir su *conformación* y su *actuación*.<sup>46</sup> Como principio constitucional, la plurinacionalidad aparece a veces en la CPE como *principio de composición* (plurinacional) *de la institucionalidad* como tal. Y, otras veces, en la forma de *principio de gestión* de esa institucionalidad, a modo de principio (de gestión) *intercultural* o de *intraculturalidad* por el que debe conducirse el cometido de las instituciones.

Si como valor jurídico superior la plurinacionalidad *informa* a todas las normas jurídicas bolivianas, *impregna* a todo el diseño institucional del Estado de derecho plurinacional, y *sustenta* a un manajo considerable de derechos fundamentales cuya raíz es plurinacional –como veremos más adelante–, como principio jurídico constitucional *orienta* necesariamente la conformación y actividad de los poderes públicos e instituciones del país en cualesquiera de los órganos del Estado y de los niveles de poder del mismo. El carácter de principio constitucional de la plurinacionalidad puede constatarse una vez más por la ubicación sistemática central de aquella en el Capítulo II (Principios, Fines y Valores del Estado) del Título I (Bases Fundamentales del Estado) de la Primera Parte de la Constitución boliviana.

En particular, la relación entre la plurinacionalidad como principio jurídico y el órgano legislativo (Asamblea Legislativa Plurinacional) puede observarse en el artículo 145 y siguientes del Título I (Órgano Legislativo, sobre todo en el Capítulo Primero) de la Segunda Parte de la CPE (Estructura y Organización Funcional del Estado). Órgano cuya composición es asimismo plurinacional, según establece el artículo 11 en el Capítulo Tercero (Sistema de Gobierno) del Título I de la Primera Parte de la Constitución (Bases Fundamentales del Estado). Y la relación entre el principio de la plurinacionalidad y el órgano ejecutivo puede verificarse en el Título II (Órgano Ejecutivo) de la Segunda Parte de la CPE (Estructura y Organización

<sup>45</sup> Peces-Barba, *Los valores superiores*, *ibid.*, pp. 89 y 97-100.

<sup>46</sup> Sobre el papel de los principios, cf. Prieto Sanchís, *op. cit.*, 1998.



Funcional del Estado), cuya composición es también plurinacional. De un modo similar, la relación entre el principio de la plurinacionalidad y el órgano electoral es encontrada en el Título IV (Órgano Electoral Plurinacional) de la Segunda Parte de la CPE (Estructura y Organización Funcional del Estado), cuya composición y elección están marcadas por la plurinacionalidad.

Para detectar la relación entre el principio de la plurinacionalidad y el órgano judicial hemos de remontarnos al Título III (Órgano Judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional) de la Segunda Parte de la CPE (Estructura y Organización Funcional del Estado), cuya composición y elección son asimismo de carácter plurinacional. Y, entre otros, al artículo 178.I. de la CPE, que sustenta en los principios del *pluralismo jurídico* y de la *interculturalidad* (manifestaciones ambos de la plurinacionalidad en el ámbito judicial) la potestad de impartir justicia.

En la normativa de desarrollo constitucional, el artículo 3.1. de la Ley del órgano judicial de 24 de junio 2010 establece que los principios que fundamentan al órgano judicial son, entre otros, el de la “plurinacionalidad”, y la define como sigue: “Supone la existencia de naciones y pueblos indígena originario campesinos y de las comunidades interculturales y afrobolivianas, que en conjunto constituyen el pueblo boliviano”. En el mismo sentido, en la normativa de desarrollo constitucional que supone el artículo 3.1. (principios de la justicia constitucional) de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional (en adelante, LTCP), de 6 de julio de 2010, entre “[l]os principios que rigen la justicia constitucional” se encuentra el de “plurinacionalidad”. Igualmente, el artículo 3.3. de la LTCP determina que entre los principios de la justicia constitucional figura el de “interculturalidad”, a la que define en los siguientes términos: “Interculturalidad. Reconoce la expresión y convivencia de la diversidad cultural, institucional, normativa y lingüística, y el ejercicio de los derechos individuales y colectivos en busca del vivir bien”.

Ni que decir tiene que la Tercera Parte de la CPE (Estructura y Organización Territorial del Estado) es en sí misma una manifestación institucional de la plurinacionalidad como principio y como valor que presiden las instituciones autonómicas.

### 3. La plurinacionalidad como “*derechos subjetivos fundamentales*” individuales y colectivos reconocidos por la CPE

En el constitucionalismo contemporáneo, la carta magna es la sede de la positividad de los derechos fundamentales. A este ambiente jurídico-político pertenece la Constitución boliviana de 2009, que incorpora una lista propia de *derechos* reconocidos por el poder público con la cualidad de “fundamentales”. Eso sí, la “lista de derechos fundamentales” que integra una constitución *no* debe ser *arbitraria*. La lista de derechos de más *calidad* de un ordenamiento jurídico presidido por la constitución ha de derivarse y fundamentarse en los *valores morales* asumidos por el poder político (por tanto, como *valores políticos*) y que este ha incorporado al texto

constitucional (como *valores jurídicos*), los cuales constituyen el fundamento-raíz que justifica su inclusión en aquella “lista suprema”.<sup>47</sup>

Así ocurre con el valor jurídico superior de la plurinacionalidad en la Constitución boliviana. Dicho valor constitucional genera por sí mismo un “grupo de derechos subjetivos fundamentales” cuya raíz es claramente *plurinacional*. Y la principal razón de su existencia como tales derechos fundamentales de la Constitución es precisamente el *sustrato plurinacional* al que responden. Esto quiere decir que, además de las categorías de “valor moral”, “valor político”, “valor jurídico superior”, “principio jurídico” constitucional, la plurinacionalidad también va a configurarse mediante la categoría jurídica de “derecho subjetivo” individual y colectivo, de carácter “fundamental” y nivel “constitucional”. Y, sin duda, la expresión de la plurinacionalidad en forma de derechos subjetivos fundamentales individuales y colectivos de carácter constitucional constituye una de sus manifestaciones más significativas, cuya función, entre otras, es la de constituirse en un límite (*autolímite*) material al ejercicio del poder público, cuya vigencia está garantizada a través del control de constitucionalidad previsto en la CPE.

Los derechos generados por el valor constitucional de la plurinacionalidad como valor jurídico superior se extienden a *todas* las *clases* de derechos fundamentales que recoge la Constitución. La diferencia entre el haz de derechos de la plurinacionalidad y el resto de los derechos fundamentales es que los primeros tienen sustrato y raíz plurinacional como razón principal de su existencia no sólo como tales “derechos subjetivos” sino también como derechos subjetivos cualificados de “fundamentales”. En todo caso, es posible distinguir varios tipos de derechos fundamentales –generados por la plurinacionalidad– en razón de su diferente *contenido normativo*.

Se trata de un *grupo o haz de derechos* que, por su carácter “fundamental”, el legislador constitucional ha querido que gocen de “protección especial”, en razón de que los ha considerado *absolutamente relevantes (fundamentales)* para el establecimiento de un orden social justo en Bolivia articulado en la nueva Constitución. Estos derechos son los siguientes:

En primer lugar, los derechos “fundamentales básicos para la preservación de la vida”, de sustrato plurinacional. Se trata de derechos fundamentales (o fundamentalísimos) ubicados dentro del Capítulo Segundo (Derechos Fundamentales), del Título II (Derechos Fundamentales y Garantías) de la Primera Parte de la Constitución. Entre los derechos fundamentales básicos para la preservación de la vida misma que son de sustrato plurinacional se encuentran, por ejemplo, el “derecho a la educación intercultural, sin discriminación” (art. 17);<sup>48</sup> el “derecho a la salud” en

<sup>47</sup> Ver Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales: Teoría general*, op. cit.; asimismo, Peces-Barba, *Lecciones de derechos fundamentales*, op. cit.

<sup>48</sup> El artículo 17 de la CPE establece: “Toda persona tiene derecho a recibir educación en todos los niveles de manera universal, productiva, gratuita, integral e intercultural, sin discriminación”.

un sistema único universal, gratuito, que sea intracultural, intercultural, desarrollado por políticas públicas en todos los niveles de gobierno (art. 18.III.);<sup>49</sup> o, según el artículo 35.II. de la CPE, el derecho a que “la medicina tradicional de las naciones y pueblos indígena originario campesinos” forme parte del servicio nacional de salud.

En segundo lugar, los derechos “civiles” fundamentales de la plurinacionalidad. Se trata de derechos que están situados dentro de la Sección I (Derechos civiles) del Capítulo Tercero (Derechos civiles y políticos), del Título II (Derechos Fundamentales y Garantías) de la Primera Parte de la Constitución. Entre los derechos civiles fundamentales de la plurinacionalidad se encuentran, por ejemplo, el “derecho a la autoidentificación cultural” (art. 21.1);<sup>50</sup> el “derecho a la libertad de residencia y permanencia” como derecho *también* de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos a residir y permanecer en sus territorios ancestrales (art. 21.7);<sup>51</sup> el “derecho a la dignidad”, raíz moral de la plurinacionalidad, como un derecho “inviolable”, cuyo respeto y protección es deber primordial del Estado (art. 22);<sup>52</sup> asimismo, la Constitución también ampara la “libertad colectiva” de los pueblos indígenas, a los que reconoce el derecho a la libre determinación dentro de la Constitución (art. 2).<sup>53</sup>

En tercer lugar, los derechos “políticos” fundamentales de la plurinacionalidad. Aquí se incluyen derechos que se sitúan dentro de la Sección II (Derechos políticos) del Capítulo Tercero (Derechos civiles y políticos), del Título II (Derechos Fundamentales y Garantías) de la Primera Parte de la Constitución. Entre los derechos políticos fundamentales de la plurinacionalidad se encuentran, por ejemplo, el “derecho a la participación (política) en la Democracia Comunitaria” (arts. 26.I y 26.II.3);<sup>54</sup> según “normas y procedimientos propios (art. 26.II.4).

<sup>49</sup> El artículo 18.III. de la CPE establece: “El sistema único de salud será universal, gratuito, equitativo, intracultural, intercultural, participativo, con calidad, calidez y control social. El sistema se basa en los principios de solidaridad, eficiencia y corresponsabilidad y se desarrolla mediante políticas públicas en todos los niveles de gobierno”.

<sup>50</sup> El artículo 21.1. de la CPE determina: “Las bolivianas y los bolivianos tienen los siguientes derechos: A la autoidentificación cultural”.

<sup>51</sup> El artículo 21.7. de la CPE determina: “Las bolivianas y los bolivianos tienen los siguientes derechos: A la libertad de residencia, permanencia y circulación en todo el territorio boliviano, que incluye la salida e ingreso del país”.

<sup>52</sup> El artículo 22 de la CPE establece: “La dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado”.

<sup>53</sup> Según el artículo 2, “[d]ada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley”.

<sup>54</sup> El artículo 26.I. dispone: “Todas las ciudadanas y los ciudadanos tienen derecho a participar libremente en la formación, ejercicio y control del poder político, directamente o por medio de sus representantes, y de manera individual o colectiva. La participación será equitativa y en igualdad de condiciones entre hombres y mujeres”. Y según el artículo 26.II., “[e]l derecho a la participación comprende:”, apartado 3: “Donde se practique la democracia

En cuarto lugar, los derechos “fundamentales específicos” de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos. Estos derechos están ubicados dentro del Capítulo Cuarto (Derechos de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos), del Título II (Derechos Fundamentales y Garantías) de la Primera Parte de la Constitución. La Constitución les da un carácter especialmente relevante por constituir un *mecanismo de recuperación* de minorías que han estado históricamente invisibilizadas como sujetos políticos.<sup>55</sup> Cabe destacar, entre otros, el “derecho a existir libremente” (art. 30.II.1); el “derecho a su identidad cultural, creencia religiosa, espiritualidades, prácticas y costumbres, y a su propia cosmovisión” (art. 30.II.2); el “derecho a que la identidad cultural de cada uno de sus miembros, si así lo desea, se inscriba junto a la ciudadanía boliviana en su cédula de identidad, pasaporte u otros documentos de identificación con validez legal” (art. 30.II.3); el “derecho a la libre determinación y territorialidad” (art. 30.II.4); el “derecho a que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado” (art. 30.II.5); el “derecho a la titulación colectiva de tierras y territorios” (art. 30.II.6); el “derecho a una educación intracultural, intercultural y plurilingüe en todo el sistema educativo” (art. 30.II.12); el “derecho a ser consultados mediante procedimientos apropiados (art. 30.II.15); el “derecho al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión” (art. 30.II.14).

En quinto lugar, los derechos “sociales” fundamentales relacionados con el valor de la plurinacionalidad. Estos derechos se localizan dentro del Capítulo Quinto (Derechos sociales y económicos), del Título II (Derechos Fundamentales y Garantías) de la Primera Parte de la Constitución. Entre los derechos sociales fundamentales de la plurinacionalidad se encuentran, por ejemplo, el “derecho al trabajo y el empleo realizado según las formas comunitarias de producción (art. 47.III);<sup>56</sup> el “derecho a la identidad étnica” y “sociocultural” de los niños, las niñas y adolescentes bolivianos

---

comunitaria, los procesos electorales se ejercerán según normas y procedimientos propios, supervisados por el Órgano Electoral, siempre y cuando el acto electoral no esté sujeto al voto igual, universal, directo, secreto, libre y obligatorio”.

<sup>55</sup> Cf. Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1996, pp. 108-129, sobre la justicia y los derechos de las minorías; asimismo, cf. Javier de Lucas, *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.

<sup>56</sup> El artículo 47.III. de la CPE, ubicado dentro del reconocimiento constitucional del derecho al trabajo y al empleo (Sección Tercera: Derecho al Trabajo y al Empleo; del Capítulo Quinto: Derechos sociales y económicos; del Título II: Derechos Fundamentales y Garantías), dispone: “El Estado protegerá, fomentará y fortalecerá las formas comunitarias de producción”.

como derecho inherente a su proceso de desarrollo vital (art. 58),<sup>57</sup> y a su derecho al desarrollo integral de su personalidad (art. 59.I).<sup>58</sup>

En sexto lugar, los derechos “educacionales” y “culturales” fundamentales sustentados en la plurinacionalidad. Aquí se incluyen derechos ubicados dentro del Capítulo Sexto (Educación, Interculturalidad y derechos culturales), del Título II (Derechos Fundamentales y Garantías) de la Primera Parte de la Constitución. Entre los derechos educacionales y culturales de la plurinacionalidad se encuentran, por ejemplo, el “derecho a una educación intracultural, intercultural y plurilingüe en todo el sistema educativo (art. 78.II.),<sup>59</sup> que sea además una educación comunitaria y descolonizadora” (art. 78.I.);<sup>60</sup> el “derecho a recibir en los centros públicos la enseñanza de la cosmovisión y espiritualidad de las naciones y pueblos indígena originario campesinos” (art. 86);<sup>61</sup> igualmente, incluye el “derecho a recibir una educación superior intracultural, intercultural y plurilingüe, que deberá tener en cuenta los saberes colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos (arts. 91. I y II.).

Y, por último, en séptimo lugar, los derechos fundamentales en la comunicación social, de base plurinacional. Estos derechos se disponen dentro del Capítulo Séptimo (Comunicación Social), del Título II (Derechos Fundamentales y Garantías) de la Primera Parte de la Constitución. Cabe citar, por ejemplo, el “derecho a que los medios de comunicación social contribuyan a la promoción de los valores éticos, morales y cívicos de las diferentes culturas del país” (art. 107.I.).

#### 4. La plurinacionalidad como “*deber jurídico*” primordial

Además de las anteriores expresiones constitucionales de lo plurinacional, la Constitución también impone *deberes* a favor de la plurinacionalidad, asumiendo su protección, garantía y favorecimiento. Sin duda, este *deber de protección especial* es acorde con su condición de valor jurídico superior de la Constitución y del orde-

<sup>57</sup> Establece el artículo 58 de la CPE: “Se considera niña, niño o adolescente a toda persona menor de edad. Las niñas, niños y adolescentes son titulares de los derechos reconocidos en la Constitución, con los límites establecidos en ésta, y de los derechos específicos inherentes a su proceso de desarrollo; a su identidad étnica, sociocultural, de género y generacional; y a la satisfacción de sus necesidades, intereses y aspiraciones”.

<sup>58</sup> El artículo 59.I. de la CPE determina: “Toda niña, niño y adolescente tiene derecho a su desarrollo integral”.

<sup>59</sup> El artículo 78.II. de la CPE establece: “La educación es intracultural, intercultural y plurilingüe en todo el sistema educativo”.

<sup>60</sup> Según el artículo 78.I: “La educación es unitaria, pública, universal, democrática, participativa, comunitaria, descolonizadora y de calidad”.

<sup>61</sup> Establece el artículo 86: “En los centros educativos se reconocerá y garantizará la libertad de conciencia y de fe y de la enseñanza de religión, así como la espiritualidad de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y se fomentará el respeto y la convivencia mutua entre las personas con diversas opciones religiosas, sin imposición dogmática. En estos centros no se discriminará en la aceptación y permanencia de las alumnas y los alumnos por su opción religiosa”.

namiento boliviano. Lógicamente, de no ostentar esta condición, dicha protección carecería de sentido. La Constitución impone este deber al Estado boliviano y también a los particulares, por tanto, se trata de un deber jurídico que también rige en las “relaciones entre particulares”.

Es este sentido, el artículo 22 de la CPE obliga al Estado, a modo de “deber primordial”, a proteger la *raíz moral* de la plurinacionalidad: la *dignidad humana*. Por razón del artículo 13.I. de la CPE, el Estado boliviano tiene el deber de promoción y garantía de los derechos fundamentales; también, por tanto, de los derivados de la plurinacionalidad, comprometiéndose a promoverlos, protegerlos y respetarlos. Asimismo, el artículo 30.III. de la CPE impone al Estado el deber específico de garantizar, respetar y proteger los derechos de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos, cuya raíz es claramente plurinacional.

En la misma dirección, por razón del artículo 108 de la CPE, son deberes de las bolivianas y los bolivianos: “Conocer, cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes”, “Conocer, respetar y promover los derechos reconocidos en la Constitución”, “Promover y difundir la práctica de los valores y principios que proclama la Constitución”, “Respetar los símbolos y valores de Bolivia”, y “Resguardar, defender y proteger el patrimonio cultural de Bolivia”. En este artículo está la base para que las normas y los mandatos sobre la plurinacionalidad establecidos en la carta magna no tengan como destinatarios (unas y otros) únicamente al poder público, sino también a los ciudadanos particulares, para regir asimismo –como hemos mencionado– en las “relaciones entre particulares”.

Un deber que asume constitucionalmente la Presidencia del Estado es el de “Designar a las Ministras y a los Ministros de Estado, respetando el carácter plurinacional [...] en la composición del gabinete ministerial” (art. 172.22). Otro deber que asume constitucionalmente el Estado boliviano es (arts. 255.II.3 y 255.II.4) que “[l]a negociación, suscripción y ratificación de tratados internacionales se regirá por los principios de [...] [d]efensa y promoción de los derechos humanos, económicos, sociales, culturales y ambientales, con repudio a toda forma de racismo y discriminación”. Y (II.4) respeto a los derechos de los pueblos indígenas originarios campesinos. Asimismo, es deber constitucional del Estado, establecido en el artículo 264.I., establecer “una política permanente de desarrollo armónico, integral, sostenible y estratégico de las fronteras, con la finalidad de mejorar las condiciones de vida de su población, y en especial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos fronterizos”.

## **6. Limitaciones constitucionales a los derechos de la plurinacionalidad**

Se ha podido constatar que son numerosas y variadas las expresiones constitucionales de la plurinacionalidad, pero la CPE también establece límites para ella. Tres

son los límites constitucionales principales a la plurinacionalidad: la *primacía* de la Constitución, el *resto de derechos fundamentales* de la Constitución y la *unidad* del país. Veamos en qué consisten.

El primer límite constitucional a la plurinacionalidad es la propia primacía de la Constitución. Según el artículo 410.I., “[t]odas las personas, naturales y jurídicas, así como los órganos públicos, funciones públicas e instituciones, se encuentran sometidos a la presente Constitución”. La Constitución tiene “primacía normativa” frente a cualquier norma escrita o consuetudinaria, según establece el artículo 410. II. Párrafo Primero, de la CPE: “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. 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”. Por tanto, la Constitución en sí misma prevalece incluso frente a los valores jurídicos que asume, tal como la plurinacionalidad, al cual le impone en este sentido ciertas restricciones.

El segundo límite constitucional a la plurinacionalidad está constituido por el resto de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. Los derechos fundamentales constituyen un criterio unificador ante la pluralidad de jurisdicciones en igualdad de condiciones que cohabitan en el ordenamiento boliviano. Su fuerza unificadora es intensa. Puede afirmarse que el “sistema de justicia constitucional”, desde un punto de vista *formal*, y los “derechos fundamentales” reconocidos en la Constitución, desde un punto de vista *material*, actúan como dos de las instancias más sólidas de la unidad del país, cuyo efecto principal es el respeto a los derechos fundamentales reconocidos a todas las bolivianas y los bolivianos.

Y, por último, y no por eso menos importante, el tercer límite constitucional a la plurinacionalidad es la “unidad del país”. No muestra ninguna duda la Constitución de que el nuevo Estado boliviano es un Estado unitario, y así lo define la nueva carta magna en su Preámbulo: “Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado ‘Unitario’ Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, [...] comprometida [...] con la libre determinación de los pueblos”. Y también en el Preámbulo, la voluntad colectiva del conjunto de los/as ciudadanos/as bolivianos/as se traduce en el compromiso por la unidad del país, en compatibilidad, por tanto, con la plurinacionalidad como hecho fundante básico de Bolivia: “Nosotros, mujeres y hombres, a través de la Asamblea Constituyente y con el poder originario del pueblo, manifestamos nuestro compromiso con la unidad e integridad del país”.

En la misma orientación, el artículo 2 reconoce el derecho a la libre determinación de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos en el marco de la unidad del Estado. Y tal como repite el artículo 8.II., el principio de la “unidad” es un

pilar que sustenta al Estado boliviano.<sup>62</sup> Asimismo, la unidad como principio también forma parte del concepto de buen vivir que establece la nueva Constitución.<sup>63</sup> Y los derechos de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos juegan en el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con la Constitución, que son sus límites constitucionales (art. 30.II.)<sup>64</sup> y que *no* pueden *desbordar*.

El principio de unidad del Estado se impone incluso como un “deber constitucional” de las bolivianas y los bolivianos como ciudadanos particulares (art. 108.13): “Defender la unidad, [...] y la integridad territorial de Bolivia”. Pero también se impone el principio de unidad como un “deber constitucional del Estado”, tal como establece el artículo 261, que dispone: “La integridad territorial, [...] constituyen un deber del Estado”. Y los principios que rigen el modelo territorial boliviano son, entre otros, los de “unidad” y “lealtad constitucional” (art. 270).

Además de *deber constitucional* de los bolivianos y las bolivianas y del Estado, el principio de unidad del país está protegido penalmente desde la propia Constitución. Así lo determina el artículo 124.I., cuando afirma: “Comete delito de traición a la patria la boliviana o el boliviano que incurra en los siguientes hechos: [...] 3. Que atente contra la unidad del país. II. Este delito merecerá la máxima sanción penal”.<sup>65</sup>

---

<sup>62</sup> Comparativamente, las diferentes concepciones sobre el principio de unidad del país pueden verse, referidas al contexto español, en J. Alberto del Real Alcalá, “‘Nacionalidad histórica’ y ‘realidad nacional’: la cuestión de la definición de Andalucía en el Estatuto de Autonomía de 2007”, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardularitzako Euskal Aldizkaria*, núm. 81, mayo-agosto de 2008, pp. 295-322. Este texto está también disponible en J. Alberto del Real Alcalá, “‘Nacionalidad histórica’ y ‘realidad nacional’: la cuestión de la definición de Andalucía en el Estatuto de Autonomía de 2007 según las ‘teorías de la nacionalidad’”, en Gerardo Ruiz Rico, Jorge Lozano Miralles y Alberto Anguita Susi (coords.), *El nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía. Un enfoque comparado y multidisciplinar*, Jaén, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Jaén, 2007, pp. 191-217.

<sup>63</sup> El artículo 8.II. determina: “El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien”.

<sup>64</sup> Según el artículo 30.II. de la CPE, “[e]n el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos: [...]”.

<sup>65</sup> Según el artículo 124.I. CPE, “[c]omete delito de traición a la patria la boliviana o el boliviano que incurra en los siguientes hechos: 1. Que tome armas contra su país, se ponga al servicio de Estados extranjeros participantes, o entre en complicidad con el enemigo, en caso de guerra internacional contra Bolivia. 2. Que viole el régimen constitucional de recursos naturales. 3. Que atente contra la unidad del país. II. Este delito merecerá la máxima sanción penal”.



## Bibliografía

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier, *De los derechos y el Estado de derecho. Aportaciones a una teoría jurídica de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- \_\_\_\_\_, *La conexión conceptual entre el Estado de derecho y los derechos fundamentales. Modelos y evolución*, Lima, Grijley, 2007.
- \_\_\_\_\_, “La dimensión expansiva del constitucionalismo. Retos y exigencias”, en VV. AA., *Teoría y metodología del derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. II, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, 2008.
- BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2000.
- \_\_\_\_\_, *Derechos y decisiones interpretativas*, prólogo de Francisco Javier Ansuátegui, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael de Asís Roig, Madrid, Sistema, 1991.
- CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- DE ASÍS ROIG, Rafael, *Una aproximación a los modelos de Estado de derecho*, Madrid, Dykinson-Universidad de Jaén, 1999.
- \_\_\_\_\_, *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Madrid, Dykinson, 2000.
- \_\_\_\_\_, “La apertura constitucional: la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social”, en Cristóbal MOLINA NAVARRETE y otros (coords.), *Comentarios a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002.
- \_\_\_\_\_, “La interpretación de la Constitución. Sobre cómo interpretar la Constitución y sobre quién debe ser su intérprete”, en Gregorio PECES-BARBA y Miguel Ángel RAMIRO AVILÉS (coords.), *La Constitución a examen. Un estudio académico 25 años después*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- DE LUCAS, Javier, *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.
- DEL REAL ALCALÁ, J. Alberto, “Estado cosmopolita y Estado nacional. Kant vs. Meinecke”, en Alfonso CASTRO, F. J. CONTRERAS, Fernando LLANO, J. María PANEA (eds.), *A propósito de Kant. Estudios conmemorativos en el bicentenario de su muerte*, 2ª ed. revisada y ampliada, prólogo de Antonio Enrique Pérez Luño, epílogo de Pablo Badillo O’Farell, Sevilla, Editorial Grupo Nacional de Editores, 2004.
- \_\_\_\_\_, “Problemas de gestión de la diversidad cultural en un mundo plural”, en Francisco Javier ANSUÁTEGUI ROIG, José Antonio LÓPEZ GARCÍA, J. Alberto DEL

- REAL ALCALÁ y Ramón RUIZ (eds.), *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo*, Madrid, Dykinson, 2005.
- \_\_\_\_\_, “Estado cosmopolita y Estado nacional. Kant vs. Meinecke”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. LVII, núm. 247, enero-junio de 2007, pp. 165-203.
- \_\_\_\_\_, *Nacionalismo e identidades colectivas: la disputa de los intelectuales*, Madrid, Dykinson, 2007.
- \_\_\_\_\_, “‘Nacionalidad histórica’ y ‘realidad nacional’: la cuestión de la definición de Andalucía en el Estatuto de Autonomía de 2007 según las ‘teorías de la nacionalidad’”, en Gerardo RUIZ RICO, Jorge LOZANO MIRALLES y Alberto ANGUITA SUSI (coords.), *El nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía. Un enfoque comparado y multidisciplinar*, Jaén, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Jaén, 2007.
- \_\_\_\_\_, “‘Nacionalidad histórica’ y ‘realidad nacional’: la cuestión de la definición de Andalucía en el Estatuto de Autonomía de 2007”, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, núm. 81, mayo-agosto de 2008, pp. 295-322.
- FERRAJOLI, Luigi *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, trad. de M. Martínez, Madrid, Trotta, 2000.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 1991.
- \_\_\_\_\_, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª ed., Madrid, Thomson-Cívitas, 2006.
- GARRIDO GÓMEZ, María Isabel, “La determinación judicial de los límites de los derechos fundamentales”, en VV. AA., *Teoría y metodología del derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. II, Madrid, Dykinson, 2008.
- KYMLICKA, Will, *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1996.
- LÓPEZ GARCÍA, José Antonio y J. Alberto DEL REAL ALCALÁ (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Madrid, Dykinson, 2000.
- MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio, “Valores superiores del derecho y teoría de sistemas”, *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, vol. 1, Madrid, Ministerio de Justicia, 1988.
- \_\_\_\_\_, “La función de los derechos fundamentales en la teoría de sistemas de N. Luhmann”, en Vincenzo FERRARI (ed.), *Laws and Rights: Proceedings of the International Congress of Sociology of Law for the Ninth Centenary of the University of Bologna*, Milano, Giuffrè, 1991.
- PECES-BARBA, Gerardo, *Los valores superiores*, Madrid, Editorial Tecnos, 1986.
- \_\_\_\_\_, “Los valores superiores”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, Ministerio Justicia, 1987.

- \_\_\_\_\_, “De la función de los derechos fundamentales”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 74, 1997, pp. 537-552.
- \_\_\_\_\_, (con la colaboración de Rafael DE ASÍS, Carlos R. FERNÁNDEZ LIESA y Ángel LLAMAS GASCÓN), *Curso de derechos fundamentales: Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III-Boletín Oficial del Estado, 1999.
- \_\_\_\_\_, *Lecciones de derechos fundamentales*, con la colaboración de Rafael DE ASÍS ROIG y María del Carmen BARRANCO, Madrid, Dykinson, 2005.
- \_\_\_\_\_, *Ética, poder y derecho*, México D. F., Fontamara, 2006.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Estado de derecho, derechos humanos y Constitución*, Madrid, Tecnos, 2003.
- \_\_\_\_\_, *La tercera generación de los derechos humanos*, Pamplona, Aranzadi, 2006.
- PREUSS, Ulrich, “El concepto de derechos humanos y el Estado del bienestar”, en Enrique OLIVAS (ed.), *Problemas de legitimación en el Estado social*, Madrid, Trotta, 1991.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Ley, principios, derechos*, Cuadernos del Instituto de Derechos Humanos ‘Bartolomé de las Casas’ de la Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, Dykinson, 1998.
- VV. AA., *Teoría de la justicia y derechos fundamentales. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, vol. III, Madrid, Dykinson, 2008.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *Il diritto mitte. Legge, diritti, giustizia*, Torino, G. Einaudi, 1992 [trad. *El derecho dúctil*, 5ª ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2003].

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

**Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia (Brasil)\***  
**Rafael do Nascimento Luiz (Brasil)\*\***

## **Tolerância ativa: a opinião, a discriminação e o preconceito**

*“É mais fácil desintegrar um átomo  
do que eliminar um preconceito”.*

ALBERT EINSTEIN

### **RESUMO**

Nos dias de hoje há centenas de culturas diferentes – algumas antagônicas – convivendo num mesmo território, circunstância, esta, capaz de gerar grandes conflitos e sem que haja meios de determinar qual delas é a correta; daí que o respeito às diferenças, à autonomia e aos direitos de indivíduos e grupos deva ser levado em conta. A vida em comunidade nos exige não mais confundirmos a “vontade de todos” com a “vontade da maioria”. Em tensão com a democracia (vontade da maioria) está o constitucionalismo, como repositório de direitos fundamentais. E para tal harmonização é necessário praticarmos a arte da tolerância, se possível de forma ativa, através da ética, da educação, do amor e do respeito ao próximo, repudiando e eliminando toda e qualquer forma de ódio, de preconceito e de discriminação.

**Palavras-chave:** Intolerância, discriminação, preconceito, opinião, respeito, razão, pluralismo, diferenças, minorias, democracia e constitucionalismo.

### **ZUSAMMENFASSUNG**

Heutzutage leben Hunderte unterschiedliche Ethnien – zum Teil im Gegensatz zueinander – in einem Gebiet zusammen, ein Umstand, der schwere Konflikte auslösen

---

\* Mestre e Doutor em Direito Constitucional – UFMG. Professor Adjunto na UFOP e IBMEC-BH. Advogado. alexprocesso@gmail.com.

\*\* Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM (2011). Pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera – UNIDERP. Advogado. rafaelnascimentoluiz@gmail.com.

kann, ohne dass die Mittel zur Verfügung stehen, um zu entscheiden, welche im Recht ist. Deshalb ist die Anerkennung von Unterschieden, Autonomierechten sowie individuellen und Gruppenrechten angemessen zu berücksichtigen. Das Zusammenleben stellt uns vor die Notwendigkeit, zwischen dem „Willen Aller“ und dem „Willen der Mehrheit“ zu unterscheiden. Der Konstitutionalismus als Bewahrer der Grundrechte steht in einem Spannungsverhältnis zur Demokratie (Wille der Mehrheit). Um eine Harmonisierung zu erzielen, müssen wir uns daher mit Hilfe von Ethik, Erziehung, Nächstenliebe und Respekt möglichst aktiv in der Kunst der Toleranz üben und alle Formen von Hass, Vorurteilen und Diskriminierung verurteilen und beseitigen.

**Schlagwörter:** Intoleranz; Diskriminierung; Vorurteil; Meinung; Respekt; Vernunft; Pluralismus; Unterschiede; Minderheiten; Demokratie und Konstitutionalismus

## ABSTRACT

At present there are hundreds of different cultures —some of which are antagonistic— living in the same territory and this may generate important conflicts. There is no way of determining which of these cultures is the right one, so there must be respect for differences, autonomy and for the rights of the individuals and groups that seek recognition. Community life requires understanding the difference between “the will of all people” and “the will of the majority”. There exists a tension between democracy (the will of the majority) and constitutionalism, as a repository of fundamental rights. To achieve harmony between them, tolerance is a much needed art, preferably in active form, through the application of ethics, education, love, respect for others, and the repudiation and elimination of all forms of hate, prejudice and discrimination.

**Keywords:** intolerance, discrimination, prejudice, opinion, respect, reason, pluralism, differences, minorities, democracy and constitutionalism.

## 1. Democracia, o pluralismo e o uso da razão

No mundo político em que vivemos – e viver politicamente é realmente necessário<sup>1</sup> – a democracia contemporânea é marcada por diversos elementos caracterizadores – alguns aparentemente contraditórios, entretanto, perfeitamente conciliáveis. Qualquer que seja a forma da democracia e em qualquer tempo ou espaço geográfico em que ela esteja presente, ao menos um elemento é necessário: a autonomia privada dos cidadãos assegurada por um conjunto de direitos individuais fundamentais que lhes permita conduzir um plano de vida próprio, configurado a partir de interesses, crenças e valores pessoais.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Cf. Mário Sérgio Cortella e Renato Janine Ribeiro, *Política: Para não ser idiota*, São Paulo, Papirus, 2010.

<sup>2</sup> Denilson Luis Werle, “Razão e democracia: uso público da razão e política deliberativa em Habermas”, *Trans/Form/Ação*, vol. 3, 2013, pp. 149-176.

O mundo da cultura, da tradição, da política, foi construído e ainda é constantemente alterado e modificado por valores preponderantes de um determinado período da história – e tudo isso se reflete no Direito. A partir desta forma de pensar é que se dá toda a formação de nossos ideais e de nossos valores que, no entanto, não é uma constante, estando em permanente transformação – dinâmica – dirigida ao fim de atender às necessidades humanas naquele dado momento histórico.<sup>3</sup>

O processo de racionalização da vida política representou uma resposta moderna ao desafio do pluralismo de planos de vida individuais e formas de vida culturais – consequentemente, de interesses, valores e concepções do bem-viver próprios – até então conflitantes e irreconciliáveis entre si.

Não serão abordadas nesta obra as inúmeras explicações sociológicas das causas do pluralismo moderno, mas o fato é que ele significou uma ruptura cultural profunda na autocompreensão e nas concepções de mundo das pessoas. Daí a necessidade de encararmos novos paradigmas aceitando diferentes formas de pensar – sem as encararmos como conflitantes entre si. A nova ordem mundial não é mais regida pela força ou pela imposição, como outrora fora, mas pelo direito, pela justiça e pelo uso da razão.

Não existem valores e ideais absolutos e eternos, onipresentes para todo o sempre, pelos quais todos os seres humanos devem se pautar. Deve-se sempre analisar o contexto histórico em que cada valor se releva.<sup>4</sup>

Desta forma, em toda a história da humanidade têm-se estabelecidos padrões de comportamento e conduta – cada qual construído em seu respectivo momento histórico – que repetidamente se tornam obsoletos ao se mostrarem discriminatórios ou incapazes de abarcar as mudanças e novas necessidades. Se é assim, então nenhum argumento de “tradição” é capaz de sustentar, por si, a manutenção de um certo padrão, pois será sempre parcial, ainda que corresponda à maioria. Se tal tradição não comportar a tolerância com quem não a compartilha, então a mesma tem de ser revista.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Ver: Rafael Barreto, *Direitos Humanos*. 3. ed. revista, ampliada e atualizada, Salvador, JusPodivm, 2013, p. 32.

<sup>4</sup> Apenas como ilustração, a antiga expressão – *nome iures* – contida no Título XI do Código Penal “crime contra os costumes”, alterada pela Lei 12.019 de 07 de agosto de 2009, “era demasiadamente conservadora e indicava uma linha de comportamento sexual imposto pelo Estado. Além de se revelar preconceituosa, tinha como alvo nitidamente as mulheres, notadamente as “mulheres honestas”, de modo que não se exige o mesmo comportamento aos homens. Discutia-se, inclusive, se as esposas poderiam ser vítimas de estupro praticado pelo marido, sob a alegação de obrigatoriedade de cumprimento do famigerado ‘débito conjugal’” (Cleber Masson, *Direito penal esquematizado*, 3. ed., vol. 3, São Paulo, Método, 2013, p. 2).

<sup>5</sup> “A tolerância é o respeito, a aceitação e o apreço da riqueza e da diversidade de cultura de nosso mundo, de nossos modos de expressão e de nossas maneiras de exprimir nossa qualidade de seres humanos. É fomentada pelo conhecimento, a abertura de espíritos, a comunicação e a liberdade de pensamento, de consciência e de crença. A tolerância é a harmonia na diferença. Não só é um dever de ordem ética; é igualmente uma necessidade política e jurídica. A

Na democracia contemporânea, as respostas às questões práticas (a definição do que é certo ou errado, o que é normal ou anormal) já não podem mais se apoiar na concordância dada pela metafísica, justificada numa natureza concebida teologicamente ou numa fundamentação teísta de legitimação e de verdade prática e imutável. Os discursos de justificação racional não dependem mais da autoridade de alguém,<sup>6</sup> nem são posse privada de alguns “iluminados” pela verdade, mas passam a ser desenvolvidos, a partir da razão, na esfera pública<sup>7</sup>.

Trata-se da forma cética e saudável de pensar e de exercer a razão comunicativa, como a melhor forma de pacificação entre indivíduos, onde todos podem reivindicar inclusão. O princípio da democracia pressupõe a possibilidade da decisão racional de questões práticas em geral; mais precisamente, refere-se à legitimação daquelas normas de ação que surgem sob a forma do direito.

## 2. A (in)tolerância

A partir de tais supostos afirmamos ser possível viver e conviver plenamente, dentro de uma sociedade democrática e plural, onde todos os seres humanos sejam respeitados pelos demais e vivam plenamente. É a arte de viver a vida, respeitando a natureza e a dignidade de cada pessoa; sendo que o mínimo que se exige é tolerância e igual respeito.

É neste sentido que podemos abortar o que hoje chamamos de direitos de minorias em face da intolerância e imposição das majorias. Tais fatos, ao contrário do que se imagina, não são admitidos numa democracia constitucional como a nossa, já que esta não significa somente a vontade da maioria, mas a vontade da maioria desde que respeitados os direitos das minorias: minorias não podem ser massacradas (física

---

tolerância é uma virtude que torna a paz possível e contribui para substituir uma cultura de guerra por uma cultura de paz.” Rafael Barreto, *Direitos Humanos*. 3. ed. revista, ampliada e atualizada, Salvador, JusPodivm, 2013, p. 168. Ver também: Alexandre Bahia, “Anti-Semitismo, Tolerância e Valores: anotações sobre o papel do Judiciário e a questão da intolerância a partir do voto do Ministro Celso de Mello no HC 82.424”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 847, maio 2006, pp. 443-470.

<sup>6</sup> As críticas mais contundentes (no mundo ocidental) são voltadas contra os fundamentalismos cristãos: estaríamos diante de uma nova forma de fascismo, visto que eles defendem teses radicais, como a pena de morte para os defensores do aborto e dos homossexuais; que as mulheres devem se adaptar aos papéis tradicionais; permissão para as crianças abandonarem a escola pública; o uso da Bíblia como critério de verdade para a ciência. Os fundamentalistas, ademais, consideram o Iluminismo como anticristão. No que diz respeito ao estatuto de subordinação das mulheres se afirma que “Deus todo poderoso criou o homem e a mulher biologicamente diferentes e com necessidades e funções distintas”. As questões feminina, do sexo e da homossexualidade constituem matéria repetida de suas falas. Cf. Alexandre Bahia e Daniel Moraes dos Santos, “O Longo caminho contra a discriminação por orientação sexual no Brasil no constitucionalismo pós-88: igualdade e liberdade religiosa”, *Mandrágora*, vol. 18, n. 18, 2012, pp. 5-25. Disponível em: <http://migre.me/odPpL>.

<sup>7</sup> Denilson Luis Werle, *op. cit.*

ou simbolicamente) por decisões democráticas. A médio/longo prazo devem poder reapresentar seus argumentos e, a todo tempo, devem poder recorrer ao Judiciário quando a vontade daquela significar uma redução do status de igualdade desta.<sup>8</sup>

Vivemos num momento histórico onde a aceitação de diferenças ainda são discutidas e debatidas em todos os meios de comunicação. Com o advento das redes sociais tais assuntos se tornam ainda mais latentes e mais presente no cotidiano. Não obstante, a oposição à aceitação possui as mais diversas fontes e razões e sempre estiveram presentes nas mais variadas culturas e ideologias.

“Judeus são como uma tuberculose das nações” (Adolf Hitler).<sup>9</sup>

“Proponho, portanto, apenas como suspeita, que negros, quer formem uma raça distinta desde a origem, quer tenham se tornados distintos pela ação do tempo e suas circunstâncias, são inferiores aos brancos em seus dotes físicos e mentais” (Thomas Jefferson).<sup>10</sup>

“A mulher é um defeito da natureza, uma espécie de ‘homenzinho’ defeituoso e mutilado. Se nasceu mulher, deve-se a um defeito no esperma ou a ventos úmidos. Só é necessária para a reprodução” (São Tomás de Aquino).<sup>11</sup>

“A podridão dos sentimentos homoafetivos levam ao ódio, ao crime e a rejeição” (Deputado Federal Marco Feliciano).<sup>12</sup>

“Porque o sujeito que é ateu, na minha modesta opinião, não tem limites. É por isto que vemos estes crimes por aí. É por isto que este mundo está uma porcaria. Guerra, peste, fome e tudo mais, entendeu? (sic). São caras do mal” (José Luiz Datena, apresentador do programa ‘Brasil Urgente’ da Rede Bandeirantes de televisão).<sup>13</sup>

<sup>8</sup> Cf. Alexandre Bahia, “A Igualdade é Colorida: por uma nova compreensão do direito de igualdade que reconheça o direito à diversidade”, em Cândice Lisboa Alves e Thereza Cristina Bohlen B. Marcondes (orgs.), *Liberdade, Igualdade e Fraternidade: 25 anos da Constituição Brasileira*, Belo Horizonte, D’Plácido, 2013, pp. 307-327.

<sup>9</sup> Frase constante no documento *Primeira carta aos judeus* (conhecida também como *Carta Gemlich*) escrito em 1919, após o fim da primeira grande guerra.

<sup>10</sup> Jefferson, *apud* William Cohen, “Thomas Jefferson e o problema da escravidão”, *Estudos Avançados*, vol. 14, n. 38, 2000, p. 159. Na obra mencionada por Cohen, Thomas Jefferson escreveu sobre a escravidão, os problemas de miscigenação e sua crença de que brancos e negros não podiam viver juntos em uma sociedade livre. Principal redator da Declaração de Independência Americana, recusou-se a libertar seus escravos e manteve em seu testamento a propriedade sobre mais de duas centenas de escravos.

<sup>11</sup> Tomás de Aquino, *Summa Contra Gentios*, L. II-II q. 70, a. 3, disponível em: <http://sumateologica.wordpress.com/download>, [1259].

<sup>12</sup> Disponível online em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/03/deputado-ve-podridao-em-gays-e-diz-que-africanos-sao-amaldicoados.html>.

<sup>13</sup> Disponível em: <http://acertodecontas.blog.br/artigos/caso-datena-ateus-e-omisso-da-mdia-e-dos-grupos-de-direitos-humanos>. Reproduzido online no youtube em: <http://www.youtube.com/watch?v=JzA1yALX-LY>.



“Quero que te deixe levar por uma onda de intolerância. Quero que você deixe uma onda de ódio levá-lo. Sim, o ódio é bom [...]. Não queremos tempos iguais. Não queremos pluralismo. Nosso objetivo tem que ser simples. Precisamos de uma nação cristã construída na lei de Deus, sem pedido de desculpas” (Randall Terry – fundador da Operação Resgate - Organização ‘pró-vida’).<sup>14</sup>

Embora boa parte da população se mostre indignada com o discurso escancaradamente preconceituoso de certas figuras públicas, existem pessoas que concordam, em maior ou menor grau, com um ou mais destes posicionamentos e defendem o direito de poder expressá-lo, de forma irrestrita, incensurável e absoluta.

Mas, afinal, por que a intolerância é tão difundida neste *Brasilquistão*?<sup>15</sup> Por que é tão difícil aceitar as diferenças? Como combater efetivamente a intolerância?

### 3. A opinião, discriminação e preconceito

Intolerâncias como as referidas acima são admitidas, hodiernamente, em um Estado de Direito, laico,<sup>16</sup> não confessional, que visa proteger os direitos fundamentais de todos os seus membros, indistintamente? Até onde uma “opinião”, baseada ou não em uma tradição, costume ou crença – expressadas em nome da “moral e dos bons costumes” – pode ser usada a fim de excluir determinados cidadãos ou limitar suas liberdades individuais, em pleno século XXI?

Na tentativa de procurar respostas para essas indagações é possível percebermos que é mais fácil transformar o “diferente” em inimigo do que se retrair ou aprender a conviver com ele – o “diferente” é um desvio; logo, está necessariamente errado.<sup>17</sup> Para essas pessoas a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos não passam de mera “declaração de boa vontade” ou que se aplicam somente aos “iguais”.<sup>18</sup>

---

<sup>14</sup> Terry, *apud* Richard Dawkins, Deus, um delírio. São Paulo, Companhia das Letras, 2007, p. 301.

<sup>15</sup> Termo utilizado por Luiz Flávio Gomes, se referindo ao “Brasil que não deu certo” (Luiz Flávio Gomes, Saberes Críticos, por que estamos indignados? Das barbáries dos poderes à esperança de civilização, justiça social e democracia digital, São Paulo, Saraiva, 2013, p. 12).

<sup>16</sup> Ainda por Luiz Flávio Gomes, *op. cit.*, p. 135: “O Estado laico é a mais prudente resposta para todas as tentativas de quebrar a secularização, que nos ensinou que Estado é Estado, religião é religião, crime é crime e pecado é pecado. O Estado laico evita o conservadorismo fundamentalista de algumas propostas fundadas em convicções religiosas extremadas”.

<sup>17</sup> Essa era a forma de compreender a democracia de Carl Schmitt, *e.g.* Sobre isso ver: Alexandre Bahia, “Controle Concentrado de Constitucionalidade: o Guardião da Constituição no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt”, *Revista de Informação Legislativa*, v. 164, 2004, pp. 87-103.

<sup>18</sup> Um dos problemas mais graves e persistentes no Brasil de hoje – o *apartheid* rácio-social – ainda é um desafio para a promoção de uma sociedade “livre, justa e fraterna”, como quer a Constituição. Segundo o IBGE (Censo 2010 – Disponível em <http://censo2010.ibge.gov.br>) o

Aqueles que possuem o *status quo* dominante (homens, brancos, heterossexuais e cristãos) tendem a ser conservadores quanto à sua posição. Possuem, geralmente, uma difícil capacidade de ser pôr no lugar do próximo e de tentar entender a realidade alheia. São conformados na comodidade de seus privilégios.<sup>19</sup>

A palavra Tolerância vem do latim *tolerantia*, que significa suportar. Paul Ricoeur percebe dois significados semânticos do termo “intolerância”: um relacionado a uma postura institucional de “disposição hostil à tolerância eclesiástica ou civil”, e outro que advém do nível individual/coletivo e que implica em “não suportar, (...) condenar o que [lhe] desagrada nas opiniões ou na conduta de outro”.<sup>20</sup>

Quanto ao primeiro, o autor mostra que o processo de laicização do Estado, até que este chegasse ao *status* de “Estado de Direito”, fez com que o mesmo construísse a noção de “abstenção” (isto é, “tolerar”) como um valor positivo.<sup>21</sup> Nesse sentido podemos lembrar que a primeira Constituição do Brasil (1824) afirmava no art. 5º: “A religião católica apostólica romana continuará a ser a religião do império. Todas as outras religiões serão permitidas com seu culto doméstico ou particular, em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de templo”. A Constituição assegurava, pois, a liberdade de consciência, mas não, nesse aspecto, a de expressão

---

Brasil tem 50,7% de população que se autodeclara negra ou parda/mestiça. A média nacional, hoje, de analfabetos funcionais gira em torno de 19%, se consideradas apenas pessoas acima dos 15 anos de idade. Dentro deste percentual, cerca de 30% são brancos e 70% são negros. No curso de medicina, por exemplo, entre todos os formados, apenas 2,7% dos formandos são negros. Nos demais cursos, esse percentual, apesar de maior, quase nunca atinge a casa de 7%. Negros são maioria nas prisões brasileira. Da população carcerária do Brasil, com quase 470 mil pessoas (2010), 66% de sua lotação são pessoas afrodescendentes. Por fim, brancos ganham 59% a mais que negros, em média. Sobre isso, ver, e.g.: Adilson José Moreira. “Igualdade formal e neutralidade racial: retórica jurídica como Instrumento de manutenção das desigualdades Raciais”, *RDE - Revista de Direito do Estado*, v. 19, 2012, pp. 293-328, e Alexandre Santos de Moraes, O mito da democracia racial no Brasil, Publicado em 03.06.2013, disponível em: <http://migre.me/odPjm>. Vale a pena também conferir os debates havidos no STF por ocasião do julgamento da ADPF 186 – sobre cotas raciais em universidades públicas.

<sup>19</sup> “Conservadores, em regra, querem somente preservar a pauta de seus interesses [...]. Eles estão cansados da violência, mas nada dizem sobre a violência cotidiana a que a população mais pobre – em especial, mulheres e gays – está exposta; eles são contra a “gastança de dinheiro público” apenas quando se trata de programas sociais” (Luiz Flávio Gomes, *ob. cit.*, p. 33).

<sup>20</sup> Paul Ricoeur, *Em Torno ao Político*, vol. I, São Paulo, Loyola, 1995, p. 175. Também Habermas observa que o correspondente alemão *toleranz* (século XVI) passa a ser relacionado à “tolerância” para com os “não-católicos” (Jürgen Habermas, “Sobre el concepto y papel de la tolerancia religiosa en sociedades occidentales”, *Revista Diálogo Científico*, v. 12, n. 12, 2003, p.11). Em inglês, no entanto, ele mostra que se faria melhor uma diferença de sentidos: *tolerance* para a atitude positiva/virtude de alguém e *toleration*, o ato jurídico que reconhece liberdade de crença. O termo designa tanto “una disposición general al trato paciente-resignado de los otros extraños”, mas também “la virtud política en el trato de ciudadanos de otra condición y origen” (Habermas, *idem*, p. 12).

<sup>21</sup> Paul Ricoeur, *ob. cit.*, p. 176-177.

(pública e ostensiva)<sup>22</sup>. Em 1890, com a discussão sobre a 2ª Constituição do Brasil, também grande foi a divergência;<sup>23</sup> contudo, deu-se certamente um “salto”. Basta observarmos os §§3º e 7º do art. 72: “Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum”; “Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o governo da União ou dos Estados”. A atual Constituição brasileira (de 1988) mantém redação similar (arts. 5º VI e 19, I).

Houve um tempo onde pessoas de um determinado grupo étnico se achavam superiores aos demais, por alguma razão – e tal sentimento ainda existe, ainda que de forma mitigada. Ocorre assim também com o sexismo<sup>24</sup> – machismo –, onde a diferença, neste caso, é definida pela “superioridade” do sexo, onde direitos e deveres dos gêneros são diferentes para muito além da sua própria natureza<sup>25</sup>

Esta intolerância ocorre também com a homofobia (tanto sob a forma de violência física como moral) quando pessoas, formadas – equivocadamente – para acharem que existe um comportamento sexual correto e “normal”, se veem diante de situações de confronto com o contrário disso.

---

<sup>22</sup> Jürgen Habermas, “Sobre el concepto y papel de la tolerancia religiosa en sociedades occidentales”, *Revista Diálogo Científico*, v. 12, n. 12, 2003, p. 23. Veja-se também: “Os membros da primeira Constituinte brasileira, discutindo (...) [o] projeto de (...) Antônio Carlos, em 1823, divergiram muito no modo de entender a liberdade religiosa (...), havendo quem pugnassem pela exclusão também dos cristãos não católicos de entre os brasileiros com direitos políticos e havendo quem quisesse dar direitos políticos a todos, inclusive os judeus [!], toleradas todas as religiões para que pudéssemos atrair os estrangeiros” (Agenor de Roure, *A Constituinte Republicana*, Brasília, Senado Federal/UNB, 1979, pp. 299-300). Prevaleceu, de toda sorte, a vontade do Imperador, que outorgou sua Constituição.

<sup>23</sup> Cf. Agenor de Roure, *ob. cit.*, pp. 300ss.

<sup>24</sup> Sobre o assunto: Ricardo Alves de Lima, *Função social da família. Família e relação de poder. Transformação funcional familiar a partir do direito privado*, Curitiba, Juruá, 2013, p. 77, em nota de rodapé: “O êxito do feminismo está relacionado com a reivindicação de igualdade total entre homens e mulheres. Trata-se não tanto de uma guerra de sexos, mas de uma luta contra a discriminação sexista, que encontra grande repercussão mesmo fora das gerações mais jovens entre as quais se impõe uma evidência: não é pelo fato de ser mulher que se deve fazer isso ou aquilo; o sexo, por si só, não impõe nenhum comportamento específico. Os papéis sexuais devem deixar de existir; eles impedem que a pessoa se afirme e se expresse”.

<sup>25</sup> “Toda e qualquer pessoa humana tem o direito de não só exigir respeito no âmbito da sua vida sexual, bem como tem o dever de respeitar as opções sexuais alheias. O Estado deve assegurar os meios para que todos busquem a satisfação sexual de forma digna, livre de violência, grave ameaça ou exploração”. (Cleber Masson, *op. cit.* p. 3).

Existe intolerância até com relação à origem regional, como acontece com os nordestinos que vivem na capital paulistana<sup>26</sup> e também contra os moradores de rua.<sup>27</sup>

Hoje somos menos desiguais e menos preconceituoso do que há duas décadas. Mas ainda é proeminente e gritante a desigualdade e discriminação ligadas ao *apartheid* sócio-racial, de crença e de identidade de gênero.

Para alguns, todavia, não se tratam de diferentes, mas de “anormais”, e ainda defendem o direito de expressar este pensamento, rotulando-o de “opinião<sup>28</sup>”. E, por isto, em nome de uma ideologia e da “liberdade de expressão” – que julgam ser ilimitada – se sentem no direito de poder discriminar negros, mulheres, gays, ateus<sup>29</sup> e etc. Mas, até onde uma opinião deixa de ser somente uma opinião e se torna preconceito e/ou discriminação? Considerando que não há direitos absolutos (isto é, inquestionáveis), cremos que um bom indício de limite entre liberdade de expressão e discurso de ódio seja: liberdade de expressão que não reconhece o outro como igual portador dos mesmos direitos não é liberdade de expressão, mas o abuso da mesma, isto é: discurso de ódio.

Opinião e preconceito em hipótese alguma podem ser confundidos ou associados, ou ainda induzidos a erro ou confusão, por quem, sob qualquer pretexto, prega a intolerância.

Não é porque uma “opinião” esteja fundada numa tradição, cultura ou numa crença que ela está isenta de configurar preconceito repreensível. Sendo ela capaz

---

<sup>26</sup> Grupos neonazistas brasileiros conhecidos como os “*Carecas do Brasil*” e os “*White Powers*” frequentemente atacam e discriminam os imigrantes nordestinos, a mão de obra barata que migrou para o sudeste em busca de trabalho e de uma vida melhor.

<sup>27</sup> Como foi o caso do grupo ‘Canasvieiras’ no ato antimendigos: “Não precisamos de mendigos: Fora!”; “Balneário Camboriú, pare de jogar mendigos na ‘nossa’ praia (que vergonha)”. Disponível em <http://migre.me/odRBo>. A invisibilidade social dos “subcidadãos” incomodando os “integrados” sempre é algo muito curioso.

<sup>28</sup> “Sem mais delongas, com a ditadura do ‘minha opinião’ qualquer pessoa se sente no direito de falar qualquer asneira achando que não deve ser questionada, e, pior, que deve ser respeitada pelo simples fato de que é a ‘sua opinião’. Então, cada vez mais vai se esvaindo o fator “certo” e “errado” e tudo vira, mesmo que sem sentido algum, ‘opiniões diferentes’. Você pode até questionar dentro de um viés filosófico: ‘Ah, mas aí você está julgando o conceito de bom e errado’. Sim! Por exemplo, uma discussão, com base sobre capitalismo x comunismo (moda na internet) tem, quando bem argumentadas, opiniões diferentes e que devem ser respeitadas. Mas existem algumas coisas que simplesmente não se discutem (ou não deveriam), como discriminar alguém devido à cor da sua pele ou orientação sexual. É errado, e acabou! Não existe um ‘é minha opinião’ quando alguém vai falar sobre o direito das pessoas de serem respeitadas” (David Santana, “A Ditadura do ‘é Minha Opinião’”, em *Sociedade Racionalista*, 27.09.2013, disponível em <http://sociedaderacionalista.org/2013/09/27/a-ditadura-do-e-minha-opiniao>).

<sup>29</sup> “Ressalte-se que a liberdade de convicção religiosa abrange inclusive o direito de não acreditar ou professar nenhuma fé, devendo o Estado respeito ao ateísmo”. (Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, 13. ed., São Paulo, Atlas, 2003, p. 64). Neste mesmo sentido, em pleno século XII, existem 07 países que determinam a pena capital (morte) para ateus. São eles: Afeganistão, Arábia Saudita, Irã, Maldivas, Mauritània, Paquistão e Sudão.

de causar exclusão, de discriminar quem dela não compartilha – inclusive sob o pretexto de “bons costumes” – ou de ser intolerante com quem não coaduna da mesma cultura, tradição ou crença, preconceito sempre será! E é assim que a tem encarado a nova ordem jurídica pós Constituição de 1988, para arripio daqueles que continuam defendendo seu “direito” de discriminar, sob o argumento de que se trata de opinião ou de liberdade de expressão.

Mas, por que pessoas se acham no direito de excluir ou de restringir, conscientemente, indivíduos de direitos simplesmente comuns aos outros? Seria medo? Ou estariam os intolerantes se sentindo oprimidos quando determinados grupos conquistam os mesmos direitos que eles sempre tiveram? Infelizmente, tais atitudes são incentivadas no meio ao qual o indivíduo intolerante pertence sob a desculpa de que a não oposição a estes grupos de pessoas “diferentes” levaria ao enfraquecimento de seu grupo ou a algum declínio moral.

Contudo, frente ao intolerante não se pede para que se seja menos intolerante: exige-se que se deixe de sê-lo.<sup>30</sup> Como tem se falado muito em direitos humanos, pessoas (e grupos) merecem proteção, não crenças – se estas, para se firmarem, precisam da eliminação/subjugação do outro.

Pessoas são entes concretos que raciocinam, pensam, possuem sentimentos, desejos, frustrações, tristezas e alegrias. Pessoas se magoam, são oprimidas e, enfim, têm a prerrogativa de amar. Isto já não acontece com ideologias, que são conceitos abstratos e que, embora através dela pessoas possam expressar seus sentimentos e intenções, não são capazes de ser oprimidas, excluídas ou magoadas. Neste sentido, pessoas devem ser respeitadas, sempre. Ideologias não, pois elas não possuem esta prerrogativa.

As ideologias estão aí para serem debatidas, defendidas, discutidas, e inevitavelmente sempre existirão ideias opostas e antagônicas. E qual o problema disto? Agora, pessoas devem, sim, ser respeitadas, incondicionalmente. Ademais, se uma ideologia vai contra a ideologia alheia, seja ela política, filosófica ou religiosa (tradição e cultura), não há o menor problema nisto. Até porque ninguém seria tolo o suficiente para achar que uma ideologia será unânime, seja qual for o momento histórico ou o lugar do mundo.

Já, se uma ideologia vai contra o direito de uma pessoa, aquela inevitavelmente deverá ceder em face desta. Nenhum ideal pode se sobrepor ao direito de uma pessoa.

Enfim, no embate entre uma ideia e o direito de uma pessoa, aquela sempre sucumbirá e deixará de ser observada em face da coletividade como um todo. Uma ideologia tende a sempre prevalecer sobre a outra e nenhuma delas, absolutamente, sobre o direito de nenhum ser humano. Não é difícil entender isto.

---

<sup>30</sup> Jürgen Habermas, *ob. cit.*, p. 12.

## 4. Como combater a intolerância?

Atualmente, a liberdade de expressão é garantida como direito fundamental, mas, como dito acima, é um direito entre outros; logo, passível de limitação para evitar abusos. Felizmente, o processo de tolerância ativa, embora difícil, não é impossível. Alcançada esta, entretanto, passa a ser relativamente irreversível.

Ao conseguirmos demonstrar, de uma forma ou de outra, àquele até então intolerante o como ele foi cruel e irracional, há boas chances de que esta pessoa não retorne àquela ideologia preconceituosa e discriminatória. Muito possivelmente esta pessoa passe a se indignar com aqueles que classificam sua intolerância como correta.

Então, a educação é fundamental neste processo (mais do que presídios ou outras formas de sanção negativa, ainda que estas invariavelmente ainda possam ser necessárias), pois quanto mais ignorante é o indivíduo mais difícil será o processo de aceitação das diferenças, de rompimentos de tabus, de quebra de paradigmas e de tolerância ativa.<sup>31</sup> É importante que, de uma forma ou de outra, façamos com que o intolerante se perceba como tal, pois o maior obstáculo é ele vencer o próprio preconceito.

Por isto é importante que as vítimas da intolerância deixem de se esconder<sup>32</sup> e se manifestem. A demonstração, por parte de todos, de que minorias não são exceções e de que, embora difiram em um ou outro aspecto, são merecedores dos mesmos direitos e do igual respeito e consideração que os demais indivíduos, são fundamentais no combate ao preconceito e a intolerância. O silêncio, a vergonha, o encobrimento, o “armário” são mecanismos de manutenção de um *status quo* discriminatório e intolerante.<sup>33</sup>

Somente com a aceitação do próximo é capaz de tornar o convívio pacífico. É o mínimo que se espera de uma espécie que se diz civilizada.

Trata-se do que chamamos de tolerância ativa. Não é suficiente aceitar as diferenças. Também não é necessário concordar com as diferenças. Entretanto, é preciso defendê-las. Ademais, quer se queira, quer não, as diferenças sempre existiram e sempre existirão, e elas podem ser mais importantes do que se imagina. Descobrimos, com os campos de concentração e tantas outras barbaridades cometidas na

---

<sup>31</sup> “É necessário fazer outras perguntas, ir atrás das indagações que produzem o novo saber, observar com outros olhares através da história pessoal e coletiva, evitando a empáfia daqueles e daquelas que supõem já estar de pose do conhecimento e da certeza. Tempos de arrogância estes nossos! Muitos cientistas se arvoram em detentores da exclusiva posse da verdade, vários governantes assumem posturas petulantes ao recusarem a existência de concepções divergentes, inúmeros especialistas insistem na rejeição aos fatos em nome de teorias variadas, líderes religiosos impedem o afloramento da quebra da alienação.” (Mário Sérgio Cortella, Não nascemos prontos! Provocações filosóficas, 15. ed., Petrópolis, Vozes, 2013, p. 120).

<sup>32</sup> Como têm feito os grupos LGBT e movimentos feministas.

<sup>33</sup> Cf. Luiz Flávio Gomes, *op. cit.*, p. 91.

Modernidade para a eliminação do outro, o quanto ações de “homogeneização” são não apenas ruins, mas mecanismos artificiais, já que a diversidade insiste em reagir e brotar novamente – ou manifestar-se sob outras formas.

## 5. Considerações finais

Não só o mundo real, mas também o mundo virtual – das redes sociais – não estão isentos de radicais, fundamentalistas, racistas, sexistas, homofóbicos e etc. A necessidade de uma política fundada na razão comunicacional e na tolerância é fundamental para uma sociedade igual, livre e sem preconceitos.

Nos dizeres de Luiz Flávio Gomes, “Devemos ser mais deliberativos e menos irreflexivos [...]. Toda pessoa, para não ser idiota, deve participar da vida política, mas buscando razões (ceticismo) para seus posicionamentos e não meras afirmações; temos que ser coerente em nossas opiniões”<sup>34</sup>

Na democracia constitucional não se admite que majorias subjuguem minorias, querendo, ora impor um padrão de condutas que não mais se coadunam com nosso momento histórico e com a atual noção de liberdade, igualdade e fraternidade, ora pretendendo restringir direitos alheios, dos quais sempre foram titulares.<sup>35</sup>

Não podemos nunca ignorar o pleno e igual reconhecimento de direitos de todas as pessoas, respeitando suas eleições de vida, enquanto elas não afetam os interesses concretos de terceiros. Para tanto temos, sim, que combater o preconceito e a intolerância, de forma ativa.

Ser tolerante ativo é proteger e, se necessário for, militar em prol do respeito e pela existência da pluralidade e das diferenças, porque isto é civilização e não barbárie. No convívio social, a tolerância com os demais clama por interação. A indiferença e o preconceito “explicam”, mas não resolvem. A tolerância ativa vai além da mera convivência para buscar ações concretas de integração social daqueles que “não se encaixam”.

Opostamente aos dizeres de Randall Terry supracitado, a sociedade clama por tempos iguais e pelo pluralismo, e rejeita o ódio em todas as suas acepções.

---

<sup>34</sup> Luiz Flávio Gomes, *op. cit.*, p. 136.

<sup>35</sup> Vale citar um exemplo notório, recente, tal qual um Projeto de Decreto Legislativo (PDC 232/11), que sugere a convocação de um plebiscito para decidir sobre a união civil de pessoas do mesmo sexo; respondendo a seguinte questão: “*Você é a favor ou contra a união civil de pessoas do mesmo sexo?*”, como se o direito de uma parcela minoritária de cidadãos dependesse da aquiescência da vontade da maioria, que por sinal é teísta e extremamente preconceituosa. Disponível em <http://migre.me/odR46>.

## Referências

- MOREIRA, Adilson José, “Igualdade Formal e Neutralidade Racial: Retórica Jurídica como Instrumento de Manutenção das Desigualdades Raciais”, *RDE - Revista de Direito do Estado*, v. 19, 2012.
- ROURE, Agenor de, *A Constituinte Republicana*, Brasília, Senado Federal/UNB, 1979.
- BAHIA, Alexandre, “Controle Concentrado de Constitucionalidade: o Guardião da Constituição no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt”, *Revista de Informação Legislativa*, v. 164, 2004.
- \_\_\_\_\_, “Anti-Semitismo, Tolerância e Valores: anotações sobre o papel do Judiciário e a questão da intolerância a partir do voto do Ministro Celso de Mello no HC 82.424”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 847, maio 2006.
- \_\_\_\_\_, “A Igualdade é Colorida: por uma nova compreensão do direito de igualdade que reconheça o direito à diversidade”, em Cândice Lisbôa Alves e Thereza Cristina Bohlen B. Marcondes (orgs.), *Liberdade, Igualdade e Fraternidade: 25 anos da Constituição Brasileira*, Belo Horizonte, D’Plácido, 2013.
- BAHIA, Alexandre, e MORAES DOS SANTOS, Daniel, “O Longo caminho contra a discriminação por orientação sexual no Brasil no constitucionalismo pós-88: igualdade e liberdade religiosa”, *Mandrágora*, vol. 18, n. 18, 2012, disponível em: <http://migre.me/odPpL>.
- DE MORAES, Alexandre, *Direito Constitucional*, 13. ed., São Paulo, Atlas, 2003.
- SANTOS DE MORAES, Alexandre, *O Mito da Democracia Racial no Brasil*, Publicado em 03.06.2013, disponível em: <http://migre.me/odPjm>.
- MASSON, Cleber, *Direito penal esquematizado*, 3. ed., vol. 3, São Paulo, Método, 2013.
- SANTANA, David. “A Ditadura do ‘é Minha Opinião’”, em *Sociedade Racionalista*, 27.09.2013, disponível em <http://sociedaderacionalista.org/2013/09/27/a-ditadura-do-e-minha-opinioao>.
- WERLE, Denilson Luis, “Razão e democracia: uso público da razão e política deliberativa em Habermas”, *Trans/Form/Ação*, vol. 3, 2013.
- HABERMAS, Jürgen, “Sobre el concepto y papel de la tolerancia religiosa en sociedades occidentales”, *Revista Diálogo Científico*, v. 12, n. 12, 2003.
- \_\_\_\_\_, “Sobre el concepto y papel de la tolerancia religiosa en sociedades occidentales”, *Revista Diálogo Científico*, v. 12, n. 12, 2003.
- GOMES, Luiz Flávio, *Saberes Críticos, por que estamos indignados? Das barbáries dos poderes à esperança de civilização, justiça social e democracia digital*, São Paulo, Saraiva, 2013.
- MARQUES DA SILVA, Marco Antônio, *Acesso a justiça penal e estado democrático de direito*, São Paulo, Juarez de Oliveira, 2001.
- CORTELLA, Mário Sérgio, *Não nascemos prontos! Provocações filosóficas*, 15. ed., Petrópolis, Vozes, 2013.
- CORTELLA, Mário Sérgio e Janine RIBEIRO, RENATO, *Política: Para não ser idiota*, São Paulo, Papyrus, 2010.



RICOEUR, Paul, *Em Torno ao Político*, vol. I, São Paulo, Loyola, 1995.

BARRETO, Rafael, *Direitos Humanos*. 3. ed. revista, ampliada e atualizada, Salvador, JusPodivm, 2013.

ALVES DE LIMA, Ricardo, *Função social da família. Família e relação de poder. Transformação funcional familiar a partir do direito privado*, Curitiba, Juruá, 2013.

DAWKINS, Richard, *Deus, um delírio*, São Paulo, Companhia das Letras, 2007.

DE AQUINO, Tomás, *Summa Contra Gentios*, L. II-II q. 70, a. 3, Disponível em: <http://sumateologica.wordpress.com/download>, [1259].

COHEN, William, “Thomas Jefferson e o problema da escravidão”, *Estudos Avançados*, vol. 14, n. 38, 2000.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

**Omar Alejandro Alvarado Bedoya\* (Colombia)**

## **Laicidad y secularización: la tarea pendiente en la democracia colombiana**

### **RESUMEN**

Pareciera que la laicidad estatal en las democracias occidentales hace rato hubieran hecho tránsito a cosa juzgada, pero no es así. Los países de América Latina, y específicamente Colombia, están lejos de alcanzar esa pretendida laicidad. Es evidente la permanente transgresión del principio de laicidad y aún más evidente la ausencia de procesos de secularización garantes de una noción democrática y pluralista del sistema constitucional de algunos países de la región. Sin embargo, algo se ha avanzado; la Corte Constitucional de Colombia ha creado reglas jurisprudenciales para precisar el asunto ante una ausencia de legislación concreta en la materia, aunque la dispersión de las reglas y subreglas en cada una de las decisiones de este tribunal y, en especial, la ausencia de recursos judiciales efectivos hacen difícilmente aplicable el mandato constitucional.

**Palabras clave:** Estado laico, secularización, Corte Constitucional de Colombia, reglas jurisprudenciales y patrimonio cultural.

### **ZUSAMMENFASSUNG**

Dem Anschein nach ist die religiöse Neutralität der westlichen Demokratien seit langem rechtswirksam; dies ist jedoch tatsächlich nicht der Fall. Die Länder Lateinamerikas, und insbesondere Kolumbien, sind noch weit von dieser angestrebten Neutralität entfernt. Die kontinuierliche Übertretung des Neutralitätsprinzips ist dabei offenkundig. Noch eindeutiger ist das Fehlen von Säkularisierungsprozessen, die ein demokratisches und plurales Verständnis der Verfassungssysteme in einigen Ländern

---

\* Abogado de la Universidad Autónoma de Bucaramanga (Colombia) e historiador de la Universidad Industrial de Santander (Colombia), con estudios en Litigio y Activismo en el Washington College of Law de American University (EE. UU.). aalvarado.bedoya@gmail.com.

der Region sicherstellen könnten. Gleichwohl sind Fortschritte zu verzeichnen; so hat der kolumbianische Verfassungsgerichtshof angesichts des Fehlens konkreter Rechtsvorschriften dazu Rechtsprechungskriterien entwickelt. Allerdings finden sich diese Grundsätze in der Rechtsprechung sehr verstreut zwischen den Entscheidungen dieses Gerichts, was neben dem Fehlen effektiver gerichtlicher Rechtsbehelfe die Umsetzung der Verfassung sehr erschwert.

**Schlagwörter:** Weltlicher Staat; Säkularisierung; kolumbianisches Verfassungsgericht; Vorgaben zur Rechtsprechung und kulturelles Erbe.

### ABSTRACT

One would think that laicism is a matter beyond discussion in Occidental democracies, but this is not so. Latin American countries, and specifically Colombia, are still far from achieving laicism. In some countries of the region the constant infringement of the principle of laicism is evident, and the secularization processes needed to ensure a democratic and pluralist constitutional system are notoriously missing in some of these countries. Nonetheless some progress has been made. Colombia's Constitutional Court has created case-law rules to compensate for the lack of legislation on the matter. However, the fact that the rules and subsidiary rules are scattered across this court's decisions and, especially, the absence of effective judicial remedies make the constitutional mandate very difficult to enforce.

**Keywords:** Lay State, secularization, Constitutional Court of Colombia, case-law rules, cultural heritage.

## Introducción

Este trabajo analiza la necesidad de pensar la laicidad en el contexto de la democracia contemporánea en Colombia, al evidenciarse procesos inconclusos de separación entre las iglesias y los Estados, además de una tímida secularización de la sociedad. Ante la falta de una laicidad material –no formal– y el innegable *hecho religioso* que se vivencia en las sociedades latinoamericanas, se anulan valores democráticos protegidos constitucionalmente, dada la fuerza de la religiosidad popular en cada uno de nuestros países. Así, el ejercicio de la función pública está mediado por las manifestaciones religiosas que llevan a yuxtaponer valores constitucionales, como el pluralismo, la libertad, la dignidad humana o la igualdad, a las creencias religiosas. Por tal razón, los debates sobre temas como el matrimonio igualitario y la eutanasia terminan siendo transversales en nuestras sociedades, pues son la representación de un profundo choque entre elementos culturales del escenario religioso y valores constitucionales creados por una experiencia histórica, jurídica y política de Occidente.

Centraré este artículo en el caso colombiano. Sin embargo, presentaré otras experiencias de laicidad en América Latina, concretamente la experiencia de México, en especial porque los principales trabajos académicos del continente en la materia son de autoría del profesor mexicano Roberto Blancarte. Para ello, primero haré algunas precisiones conceptuales para abordar el análisis de los principales problemas creados por un inconcluso proceso de laicidad y de secularización de las sociedades de América Latina, y específicamente de Colombia, generando una permanente oposición a la protección de garantías, libertades y derechos, con fundamento en posiciones morales sustentadas en el fenómeno religioso y no en la ética pública que protege desde el neoconstitucionalismo el amparo de derechos con origen en la diversidad, el pluralismo y la dignidad humana.

Además se reconocerá el avance que ha tenido la comprensión de la laicidad por parte de la Corte Constitucional de Colombia, a partir de un recorrido por su jurisprudencia, junto a una exposición de fenómenos ajenos al mero análisis normativo que terminan influenciando las decisiones del juez constitucional nacional, como la incidencia de instituciones públicas administradas por funcionarios que anteponen sus principios a los principios constitucionales y legales que deben dirigir sus conductas durante el ejercicio de la función pública.

Concluiré este trabajo con propuestas que considero pertinentes para acentuar la laicidad en Estados como el colombiano, en busca del imperio de la ética pública como principal garantía de los derechos y libertades constitucionales; para llegar a este punto se deberá hacer un esfuerzo de secularización de la sociedad, alejando tanto como sea posible a las religiones y los cultos de lo público, sin que, a su vez, el Estado se refugie en un tipo de neutralidad desinteresada.

## 1. De la laicidad

De manera inicial podría entenderse Estado laico como “aquella organización política que no establece una religión oficial, es decir, que no señala una religión en particular como la religión propia del pueblo, que por lo mismo merezca una especial protección política y jurídica”.<sup>1</sup> Esta definición inicial puede ser complementada al comprender que la laicidad se predica de aquellos Estados que legitiman su poder en una fuente soberana popular caracterizada por la diversidad y el pluralismo, y por ello se rige por una ética pública<sup>2</sup> que garantice igualdad de trato y no discriminación en razón a la práctica religiosa de cada sujeto; ade-

---

<sup>1</sup> Jorge Adarme Goddard, “Estado laico y libertad religiosa”, en *El Estado laico y los derechos humanos en México 1810-2010*, t. I, México, D. F., Universidad Autónoma de México, 2012, p. 27.

<sup>2</sup> Roberth Uribe Álvarez, “Ética laica de los derechos sexuales y reproductivos en el Estado constitucional”, *Criterio Jurídico*, vol. 12, núm. 2, 2012, pp. 103-120.

más, donde el Estado, desde la neutralidad en asuntos religiosos, proscriba aquellas prácticas religiosas que atenten contra la dignidad, los derechos y las libertades de las personas. La complejidad del asunto radica en que el *hecho religioso* como *hecho social* difícilmente puede ser controlado únicamente por normas que proscriban determinadas conductas o reglamenten determinados temas; sin embargo, desde el derecho es una de las principales alternativas y, a su vez, la principal tarea pendiente.

La historia de la laicidad en Colombia es corta y se cuenta a partir de la promulgación del texto constitucional creado en 1991 por la Asamblea Nacional Constituyente. Antes de ese momento histórico, el país fue gobernado en un permanente consenso con las entidades eclesiásticas católicas, salvo algunos cortos periodos de liberalismo que pretendieron modificar las relaciones iglesia-Estado. Los 200 años de vida republicana fueron marcados por la incidencia permanente de las autoridades religiosas en asuntos públicos a todos los niveles, desde temas de gobierno, hasta la prestación de servicios públicos como la salud y la educación. Además, deben ser contados los 300 años de gobierno hispánico en América bajo el mandato de una monarquía que además cumplía funciones de vicario de la fe católica en todos sus dominios imperiales.

Como resultado de 500 años de presencia ininterrumpida, la Iglesia Católica forjó una religiosidad popular con diversas expresiones y representaciones que se ha diversificado con la activa presencia de otras religiones y cultos. Este nivel de complejidad en el escenario religioso ha sido paulatinamente conocido por la Corte Constitucional de Colombia, aun cuando se evidencia un tímido avance en la comprensión del *hecho religioso*; entre cambios y permanencias, la religiosidad popular define buena parte de la vida en sociedad e incide en las decisiones políticas y administrativas en todos los niveles de gobierno. Esta realidad se contrapone a la Constitución de 1991, que tiene como una de sus principales características unos valores y principios inherentes a las democracias liberales, y que generó un reconocimiento progresivo de los derechos humanos<sup>3</sup> y una nueva posición respecto a la laicidad como principal garantía para el ejercicio de derechos y libertades. Por esta razón, si bien es cierto que en ningún pasaje del texto constitucional se menciona que la República de Colombia tendrá un Estado laico, pretender ser una democracia liberal impone como un supuesto el hecho de que un país no puede ser democrático si el Estado no garantiza desde su neutralidad la posibilidad de que toda persona pueda ejercer o no su religión o culto, sin que los asuntos espirituales incidan en un escenario público donde toda persona bajo una premisa de igualdad hace ejercicio de sus libertades.

Como consecuencia de este nuevo escenario constitucional que ha vivido el país se han establecido dos posiciones antagónicas; la primera de ellas considera que el pensamiento laico no se refiere a una visión o concepción del mundo, a una doctrina

---

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 23.

o a una ideología o a una filosofía particular”,<sup>4</sup> sino, por el contrario, a “un supuesto institucional y cultural de los Estados y las democracias modernas”.<sup>5</sup> Además, se afirma que no es necesario expresar de forma taxativa el carácter laico del Estado colombiano, pues se trata de un presupuesto por antonomasia de una democracia liberal, que encuentra en la garantía de la neutralidad estatal en asuntos religiosos un marco de igualdad para el desarrollo de una vida en sociedad, sustentada en el reconocimiento del pluralismo y la diversidad.

La segunda posición surgida en el país, así como en España, ante la ausencia de un enunciado constitucional que establezca la laicidad, considera que no es posible predicar un cambio de paradigma respecto de las relaciones entre iglesias y Estado; es más, plantea que es indebida la interpretación amplia de la Constitución, que comprende la laicidad como un presupuesto de las democracias modernas, encontrándose afirmaciones como esta:

Quando alguien proclama que el Estado español es, constitucionalmente, *laico*, o afirma (o grita o chilla) que debe serlo de modo efectivo ya, a veces hay alguien cerca que se considera mejor informado y se arriesga a precisar que no es laico sino *aconfesional*. Lo cierto es, sin embargo, que *laico* y *aconfesional* son términos ausentes de la Constitución española (1978). Esta se limita a establecer: “Ninguna confesión tendrá carácter estatal”. (CE, art.16.3, primer inciso)<sup>6</sup> (Sic)

En América Latina, ambas posiciones conforman una de las principales fuentes de enfrentamiento constitucional, en tanto se tocan controvertidos temas como la interrupción voluntaria del embarazo, la eutanasia, el matrimonio igualitario o el consumo libre de sustancias psicoactivas, que polarizan la discusión: aquellos que defienden la existencia de una ética pública sustentada en valores democráticos y pluralistas, y aquellos que defienden una ética sustentada en valores religiosos. Es posible reconocer posiciones contrarias en la misma institucionalidad, como es el caso de la Corte Constitucional de Colombia, que ha defendido constantemente la laicidad estatal y recientemente se ha pronunciado a favor de la segunda postura, que pretende desconocer la neutralidad estatal en asuntos religiosos.

---

<sup>4</sup> Luis Salazar Carrión, “Religiones, laicidad y política en el siglo XXI”, *Isonomía*, núm. 24, 2006, p. 30.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>6</sup> Teófilo González Vila, “La laicidad, el laicismo, lo público y lo común”, *Acontecimiento*, núm. 71, 2004, pp. 43-49.

## 2. Estado laico y libertad de culto

Distinguir entre el Estado laico y la libertad de culto es el primer paso para dimensionar el problema que estamos analizando pues se trata de temas afines, pero diferentes. Para el caso de Colombia, la Constitución de 1991 establece en su artículo 19 la libertad de cultos y la define como el derecho fundamental que tiene toda persona a profesar su religión y difundirla en forma individual o colectiva; asimismo, reconoce que para el Estado colombiano todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley. Por su parte, la Corte Constitucional dispone que el ejercicio de un culto es de libre escogencia, podrá ser profesado de forma íntima y toda persona podrá cumplir libremente con las prácticas rituales a través de las cuales se hace manifestación externa de esa fe religiosa, hasta los límites generales del derecho –atentar contra los derechos de los demás o contra-venir el régimen constitucional y legal vigente–.<sup>7</sup>

De igual forma, se ha llegado a entender que la genérica invocación de “la protección de Dios” en el preámbulo de la Constitución pretendió dotar de sentido trascendente el acto de promulgación del texto jurídico político, pero sin vincular de manera concreta al Estado colombiano con una iglesia o culto en específico.<sup>8</sup> En un sentido amplio, la igualdad y el pluralismo pretendido con la Constitución de 1991 hacen parte del ejercicio del derecho de libertad de culto al ser establecida la igualdad de cultos y el respeto al pluralismo en todas sus manifestaciones, incluso en el escenario religioso. Así, para la Corte Constitucional de Colombia:

La Constitución de 1991 establece el carácter pluralista del Estado social de derecho colombiano, del cual el pluralismo religioso es uno de los componentes más importantes. Igualmente, la Carta excluye cualquier forma de confesionalismo y consagra la plena libertad religiosa y el tratamiento igualitario de todas las confesiones religiosas, puesto que la invocación a la protección de Dios, que se hace en el preámbulo, tiene un carácter general y no referido a una iglesia en particular. Esto implica entonces que en el ordenamiento constitucional colombiano hay una separación entre el Estado y las iglesias porque el Estado es laico; en efecto, esa estricta neutralidad del Estado en materia religiosa es la única forma en la que los poderes públicos aseguren el pluralismo y la coexistencia igualitaria y autónoma de las distintas confesiones religiosas.<sup>9</sup>

La libertad de culto es tan amplia como la vida misma, al entender que la religión puede llegar a estar presente en todos los aspectos de la existencia humana de

---

<sup>7</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-434-94 de 4 de octubre de 1994, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>8</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-350-94 de 4 de agosto de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

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

forma permanente; sin embargo, no puede serlo de igual forma en la vida pública. En la existencia colectiva surge la segunda parte de este tema que es justamente nuestro objeto de indagación: se trata del Estado laico, una característica presupuesta de una democracia liberal que concibe la igualdad y el pluralismo.

Como se dijo, para el caso de la Constitución de Colombia de 1991 se presupone la laicidad estatal, característica reafirmada a través de tempranas sentencias de la Corte Constitucional para empezar a construir un concepto de laicidad que permitiera aterrizar el mandato constitucional a la realidad del país. Además, ante el silencio del constituyente, hasta el momento ha quedado en manos del juez constitucional pensar las dimensiones reales de la laicidad, aunque, tal y como se explicará al final, pareciera que el mandato constitucional no estuviera concebido para un escenario social real, donde el *hecho religioso* y las representaciones de la religiosidad popular imperan sobre normas, principios y valores por más constitucionales que sean. Una de las primeras definiciones jurisprudenciales sobre el significado de la laicidad es la siguiente:

Un Estado que se define como ontológicamente pluralista en materia religiosa y que además reconoce la igualdad entre todas las religiones no puede al mismo tiempo consagrar una religión oficial o establecer la preeminencia jurídica de ciertos credos religiosos. Es por consiguiente un Estado laico. Admitir otra interpretación sería incurrir en una contradicción lógica. Por ello no era necesario que hubiese norma expresa sobre la laicidad del Estado. El país no puede ser consagrado, de manera oficial, a una determinada religión, incluso si ésta es la mayoritaria del pueblo, por cuanto los preceptos constitucionales confieren a las congregaciones religiosas la garantía de que su fe tiene igual valor ante el Estado, sin importar sus orígenes, tradiciones y contenido. Las definiciones constitucionales sobre la estructura del Estado, y en este caso particular, sobre la laicidad del Estado y la igualdad entre las confesiones religiosas, no pueden ser alteradas por los poderes constituidos sino por el propio constituyente. Pero ello no significa que estos poderes no puedan tomar decisiones, con base en el predominio de las mayorías, en otros campos, puesto que ello es inherente a la dinámica democrática.<sup>10</sup>

Es necesario aclarar que la libertad de culto y el Estado laico son conceptos diferentes, dado que la primera es consecuencia del segundo, y sus diferencias son notables, en especial en el momento de buscar la protección judicial. La primera diferencia es que la libertad de culto es un derecho fundamental que, en términos de Rawls, se encuentra en un catálogo de derechos y libertades públicas garantizado por cualquier Estado liberal y democrático, cuenta con una jerarquía constitucional y se dispone de la acción de tutela para buscar su protección. Por otra parte, el

---

<sup>10</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-350-94, cit.



Estado laico es un supuesto lógico, un presupuesto formal de la teoría del Estado y no se puede alegar su protección vía tutela, sino única y limitadamente a través de la acción pública de inconstitucionalidad.

Por ello, un Estado laico es el marco que garantiza la convivencia pacífica y respetuosa de todos los actores religiosos de la sociedad; al ser un asunto de la ética pública, está presente en toda actividad estatal, por ejemplo, en la formulación de una política pública de educación o en los ornamentos usados en los edificios públicos.<sup>11</sup> El laicismo del Estado se extiende a sus funcionarios, a quienes corresponde el deber de servir como garantes del respeto a los derechos fundamentales y del desarrollo de los principios fundantes del Estado colombiano. De esta manera, surge el Estado laico como un imperativo que debe estar presente en toda actividad estatal, en el acto público, en el edificio público y en el gasto público.

Para analizar la libertad de culto como derecho fundamental tomamos la propuesta del profesor Jorge Adarme de pensar la distinción entre el bien jurídicamente protegido y la protección jurídica de ese bien.<sup>12</sup> Empleando una ejemplificación similar, una cosa es la libertad natural del ser humano, reflejada en la libertad religiosa, y otra es la protección jurídica que asegura el gozo y el ejercicio de ese bien. Por tal razón, es importante subrayar que el régimen jurídico que protege el bien en sus esferas privadas, lo hace en las públicas; esto quiere decir que en la esfera privada el régimen jurídico garantiza la libertad de elegir una religión, y en la esfera pública garantiza la libertad de práctica y de difusión de la creencia religiosa. Dicha protección incluye los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

### **3. Instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos**

Uno de los instrumentos internacionales que protege el derecho de libertad religiosa es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,<sup>13</sup> que en su artículo 4.2 dispone que en ningún momento el Estado puede restringir el ejercicio de las libertades religiosas, aun en aquellas situaciones donde compromete su existencia, y que reafirma en el artículo 18:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como

---

<sup>11</sup> Adarme Goddard, *op. cit.*

<sup>12</sup> *Idem.*

<sup>13</sup> Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General, el 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor el 23 de marzo de 1976. Ratificado por Colombia mediante Decreto 2110 de 1988, publicado en el *Diario Oficial*, núm. 38.533 de 13 de octubre de 1988.

en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.

2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.
3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.
4. Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

El derecho de libertad religiosa no es absoluto; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce la competencia restrictiva de los derechos que tienen los Estados en aquellos casos en los que pudieran alterarse el orden público, la salud pública, la moral pública, el interés común o la seguridad nacional. En este punto, la Corte Constitucional de Colombia ha avanzado de manera significativa; por ejemplo, respecto a los límites del derecho de libertad religiosa ha dicho:

Uno de los límites impuestos al ejercicio de la libertad religiosa, lo constituye el deber específico de no abusar de los derechos propios cercenando el alcance de otros derechos fundamentales o sacrificando principios constitucionalmente más importantes. Así, el uso de un derecho debe ser razonado, proporcional y adecuado a los fines que persigue, sin comprometer la integridad de una garantía o de un principio fundamental de mayor entidad. Ante la dificultad que surge de armonizar el ejercicio de algún derecho fundamental con los distintos principios, valores y derechos previstos en la Carta, esta Corporación haya previsto la denominada tesis o doctrina de la convivencia, según la cual, éstos pueden hacerse compatibles sobre la base de que siendo generalmente relativos, su ejercicio es lícito mientras no se lesione ni amenace otros derechos fundamentales, ni se atente contra el bienestar general.<sup>14</sup>

Estas restricciones y precisiones del alcance del derecho de libertad de cultos abarcan una diversidad de temas como la atención médica a miembros de la Iglesia Adventista, el acceso a cementerios para el ejercicio de rituales funerarios, o la concesión del *Sabbath* a los trabajadores que en conciencia practiquen una religión en la que requieran consagrar un día a su fe. Es así como la jurisprudencia ha venido

---

<sup>14</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-823-02 de 4 de agosto de 2002, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

desarrollando el derecho de libertad de cultos, dándole, con base en la normatividad internacional y la regulación interna, un sentido completo a este derecho.

Entre otros instrumentos internacionales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos también protege el derecho de libertad de religión en su artículo 12. En este instrumento también se reconoce la potestad restrictiva del Estado y complementa la protección del derecho de libertad religiosa con el artículo 13.5, en el cual impone a los Estados prohibir toda propaganda o apología a la guerra o al odio en razón a la religión. El artículo 12 contiene los siguientes enunciados:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.
2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.
3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.
4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.<sup>15</sup>

Es importante recordar que la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos es un instrumento que forma parte de las normas interamericanas aplicables a casos concretos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En la historia del sistema interamericano se ha alegado en un caso contencioso la violación de la libertad de conciencia y religión (art. 12) en la causa conocida como “*La última tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y otros*) vs. *Chile*.<sup>16</sup> El marco fáctico de esta causa es la censura aplicada por el Consejo Nacional de Calificación Cinematográfica a la película *La última tentación de Cristo*, del director Martin Scorsese, y en especial las decisiones judiciales de los jueces internos de la República de Chile que prohibieron la exhibición de la película argumentando una “tremendamente grave” violación

---

<sup>15</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 12, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32), San José, Costa Rica, 7 al 22 de 1969. Adoptada por Colombia por medio de la Ley 16 de 1972, publicada en el *Diario Oficial*, año CIX, núm. 33780, 5 de febrero de 1973.

<sup>16</sup> Corte IDH, *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros vs. Chile)*, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie 73.

de los valores y creencias cristianas, al presentar un personaje de Cristo contrario a la visión difundida por la Iglesia Católica de Chile; la Corte Suprema de Chile llegó a considerar que la película era una “blasfemia” y, por tal razón, había acertado el Consejo Nacional de Calificación Cinematográfica en vetar la película.

La Corte Interamericana decidió en el fondo de la causa, declarando que el Estado chileno no violó la libertad de religión y conciencia del señor Olmedo Bustos y otros; sin embargo, declaró la responsabilidad internacional del Estado al haber violado lo ordenado por el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que refiere a la libertad de pensamiento y expresión. De igual forma, ordenó al Estado condenado permitir la exhibición de la película, además de modificar su ordenamiento jurídico interno, eliminando la “censura previa” de materiales filmicos. El argumento de la Corte Interamericana para no reconocer la violación de la libertad religiosa consistió en que la prohibición de proyectar la película al público no atacaba las convicciones religiosas de los demandantes; sin embargo, aclara que no se puede vetar o impedir la exhibición de una película con base en argumentos como la “blasfemia” o lo “ofensiva” que pudiera llegar a ser la producción cinematográfica, pudiendo elegir el espectador si observar o no dicho material.

#### 4. Protección nacional

En Colombia, junto a la preceptiva constitucional, existe la ley estatutaria de libertad religiosa 133 de 1994, así como siete decretos reglamentarios: 782 de 1995, 1396 de 1997, 1455 de 1997, 354 de 1998, 1319 de 1998, 1321 de 1998 y 505 de 2003; de igual forma se dispone de una resolución, una circular, una directiva presidencial y una directiva ministerial.<sup>17</sup> Otras disposiciones legales que cuentan con normas relativas al derecho de libertad religiosa se encuentran en las leyes 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), 25 de 1992 (reformó el Código Civil), 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal) y 115 de 1994 (Ley General de Educación). Finalmente, también se deben tener en cuenta las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia y del Consejo de Estado que han precisado y desarrollado el alcance del derecho de libertad de culto, completando de esta manera el universo normativo que abarca la protección de esta libertad.

Sin embargo, a diferencia del derecho de libertad de cultos, el Estado laico tan solo es enunciado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, y carece de una protección específica dentro del ordenamiento jurídico colombiano, más allá de considerar el laicismo estatal como un presupuesto de las

---

<sup>17</sup> Leydi Nieto Martínez, “Derecho a la libertad religiosa y de cultos en la legislación colombiana”, tesis para optar por el título de abogada, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2005, p. 111.

modernas democracias liberales de Occidente. La ausencia de una enunciación expresa dentro del texto constitucional, la inexistencia de un derecho de naturaleza colectiva que proteja el derecho a tener un Estado pluralista y neutral en materia religiosa, y, sobre todo, el limitado alcance de la acción pública de inconstitucionalidad permiten evidenciar que, en comparación con el derecho de libertad religiosa que ha sido desarrollado de manera amplia por la normatividad nacional, en el caso del Estado laico se carece de un verdadero desarrollo de la materia, más allá de la nutrida y significativa jurisprudencia constitucional al respecto.

## **5. Deberes estatales para la protección del pluralismo religioso, la neutralidad estatal y la separación iglesias-Estado**

El Estado de Colombia es laico; esta característica implica en la práctica la obligación de garantizar el respeto al pluralismo, la preservación de la neutralidad de las instituciones públicas en materia religiosa, la garantía del respeto a la libertad religiosa y de culto, el desarrollo de un marco de igualdad y no discriminación en razón a la preferencia religiosa de las personas, entre muchas otras obligaciones. Sin embargo, nos enfrentamos a una profunda indefinición constitucional o legal en materia de límites, deberes y derechos del Estado para garantizar su carácter laico, pues en el texto constitucional tan solo se definió en el artículo 19 el respeto a la libertad de cultos y la separación entre iglesias y Estado, asuntos que parcialmente atañen al centro de nuestro debate, dejando en la Corte Constitucional el deber de interpretar sistemáticamente la laicidad del Estado, así como el deber de precisar su alcance, limitaciones y características. Es de anotar que esta corporación ha avanzado a través de sus jurisprudencias en la inferencia de reglas y “subreglas” sobre este tema.

La laicidad como valor político del liberalismo político<sup>18</sup> fue incluida en el texto constitucional colombiano a partir de 1991. Sin embargo, como ya ha sido dicho, la falta de enunciación taxativa y la indefinición legal han dejado el laicismo como un carácter presupuesto de toda sociedad democrática, o un principio fundamental para garantizar igualdad y respecto a las pretensiones multiculturales y pluralistas de nuestro Estado. Se dispone por el momento de cinco prohibiciones inferidas por la Corte Constitucional<sup>19</sup> que imponen expresas obligaciones al Estado, a saber:

- Está prohibido establecer una religión o iglesia oficial.

---

<sup>18</sup> Faviola Rivera Castro, “Laicidad y pluralismo”, *Isonomía*, núm. 33, octubre de 2010, p. 38.

<sup>19</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1175-04 de 24 de noviembre de 2004, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

- Está prohibido identificar explícitamente al Estado con una determinada religión o iglesia.
- Está prohibido determinar la realización oficial por parte del Estado de actos de adhesión a una religión o iglesia en particular, incluso si son simbólicos.
- Está prohibido determinar la toma de decisiones por parte del Estado que tengan objetivos religiosos o que expresen preferencias por alguna religión o iglesia en particular.
- Está prohibido prescribir la adopción de políticas cuya manifestación práctica sea promover, beneficiar o perjudicar alguna religión o iglesia determinada.

La primera prohibición relacionada con no establecer una religión o iglesia oficial tiene su origen en el cambio de constitución. Para 1886, la religión católica fue reconocida como “la oficial de la nación”, pero en 1991 se pretendió, con el nuevo texto constitucional, dar igualdad a toda iglesia y religión; por tal razón no se reconoce en la Constitución Política de Colombia ninguna iglesia o religión como la oficial de la nación, o como titular de algún trato preferencial. Existen posiciones encontradas respecto a la verdadera laicidad del Estado colombiano, en especial porque la Corte Constitucional ha reconocido que aun cuando no existe una religión o iglesia oficial, hay tradiciones y prácticas sociales mayoritarias que no pueden ser desconocidas; por ejemplo, en la Sentencia C-568 de 1993,<sup>20</sup> por medio de la cual se estudió la constitucionalidad de los días festivos religiosos en Colombia, se adoptó una posición que hasta hoy día se ha mantenido de forma intermitente dentro de las decisiones de la Corte con afirmaciones como la siguiente: “[L]a libertad religiosa debe interpretarse en el contexto social y cultural”, además, apelando a justificaciones históricas y de tradición, de celebraciones populares y consensos sociales respecto a los días de descanso.<sup>21</sup>

Mantener las preferencias de trato, o las prácticas religiosas en razón a una tradición o práctica que se extiende en el tiempo, es igual a decir que la Iglesia Católica sigue gozando de la protección estatal debido a su histórica presencia en el territorio colombiano y al rol que hasta el día de hoy ha ejercido socialmente interviniendo cuando le place en asuntos del Estado. Más allá del mandato constitucional democrático y pluralista, nos enfrentamos al hecho religioso aceptado por la Corte como parte de la cultura colombiana que a la vez debe ser protegida y, en especial, ante una sociedad escasamente secularizada, que asume con naturalidad la preeminencia de una religión o culto respecto de los demás.

---

<sup>20</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-568-93 de 9 de diciembre de 1993, M. P. Fabio Morón Díaz.

<sup>21</sup> Ricardo Cárdenas García y Eduardo Romero Rodríguez, *Laicidad del Estado: ¿hay una separación definitiva entre la Iglesia Católica y el Estado colombiano?* Disponible en: [www.estatalescolombiaisp.org.co/apc-aa-files/.../TrabajoDiego3\\_1\\_.doc](http://www.estatalescolombiaisp.org.co/apc-aa-files/.../TrabajoDiego3_1_.doc).

La laicidad es un valor político, que exige al Estado una confrontación contra la religión o religiones que pretendan ejercer posiciones hegemónicas y que tengan pretensiones de poder.<sup>22</sup> Según el profesor Jorge Adame Goddard, bastaría con el hecho de que un Estado no establezca en su constitución una religión oficial para que este sea laico;<sup>23</sup> sin embargo, para la profesora Faviola Rivera Castro, es necesario un papel de contención por parte del Estado, que difunda valores seculares en la sociedad y prácticas laicas en las instituciones públicas. Lo cierto es que estamos ante un debate con una respuesta inconclusa hasta el momento; se trata de un asunto que debe alejarse del localismo y el eurocentrismo por el que ha estado mediado hasta ahora, aunque para cada país el concepto de laicismo y aquellos elementos que lo constituyen se vivencian de formas distintas.

Para el profesor Roberto Blancarte, la falta de consensos respecto de la laicidad estatal tiene que ver con “una falta de entendimiento universal del concepto, y consecuentemente de la ausencia de una clara definición del fenómeno”.<sup>24</sup> Esta falta de entendimiento y de definición de aquello que se pretende entender como Estado laico se evidencia en las decisiones de la Corte Constitucional de Colombia, que en sus sentencias refleja la confusión y ausencia de precisión en lo que se considera como mandatos constitucionales que pueden ser inferidos por medio de una interpretación sistemática del ordenamiento constitucional colombiano, vía que ha derivado en la inseguridad y en la falta de precisión respecto a la materia. Es importante consultar el extenso y disciplinado trabajo sobre laicidad realizado por el profesor Roberto Blancarte, quien acertó al compilar la definición de dos conceptos que hasta el momento han sido usados de forma indiferenciada por la Corte Constitucional, a saber: “Mientras que la secularización tiene que ver con la diferenciación social, mundanización, privatización de la religión y reconfiguración de las creencias, la laicización concierne al proceso de separación de la religión respecto de los asuntos públicos, con el objetivo de salvaguardar la libertad de conciencia, independientemente de las creencias particulares de cada quien”.<sup>25</sup>

Respecto a este punto, el mandato constitucional que *prohíbe establecer una religión o iglesia en concreto impone el deber estatal de mantener*, además de una separación de los asuntos públicos de aquellos de la esfera religiosa, un activo papel del Estado en el proceso de secularización de la sociedad; esto quiere decir, inculcar en las personas el ejercicio privado de la religiosidad y la aceptación de la laicización de la esfera pública.

Respecto del mandato que *prohíbe identificar explícitamente al Estado con una determinada religión o iglesia*, se entiende como parte del aporte del liberalismo y de

---

<sup>22</sup> Rivera Castro, *op. cit.*

<sup>23</sup> Adarme Goddard, *op. cit.*, p. 27.

<sup>24</sup> Roberto Blancarte, “¿Cómo podemos medir la laicidad?”, *Estudios Sociológicos*, vol. XXX, núm. 88, 2012, p. 234.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 235.

las experiencias de violencia religiosa en Europa que impulsaron la protección del individuo ante cualquier pretensión de injerencia de instituciones religiosas o civiles; por tal razón, la laicidad ha sido concebida genéricamente a partir de tres elementos centrales: “1) El respeto a la libertad de conciencia; 2) la autonomía de lo político frente a lo religioso, y 3) la garantía de igualdad y la no discriminación”.<sup>26</sup> Aunque se deduce que no existe una absoluta separación entre la esfera pública y las esferas privadas, se ha pretendido proteger la libertad de conciencia dentro de la tradición del liberalismo, garantizando además la autonomía de la política frente a la religión.

Dentro de ese aporte del liberalismo encontramos a John Stuart Mill, alumno de Jeremy Bentham, educado bajo las ideas del utilitarismo y el liberalismo, quien en su ensayo *Sobre la libertad* reflejaría como conclusión la pretensión de escindir al máximo posible al Estado de la conciencia de las personas, al afirmar: “Hay un límite a la intervención legítima de la opinión colectiva en la independencia individual: encontrarle y defenderle contra toda invasión es tan indispensable a una buena condición de los asuntos humanos, como la protección contra el despotismo político”.<sup>27</sup>

Pretendiendo ir más allá del debate eurocéntrico que piensa en otros términos la laicidad, reconocemos la existencia de una tradición político jurídica en Occidente que poco o mucho termina generando algunos lugares de encuentro con los aportes del liberalismo político y su exteriorización en cada uno de los Estados nacionales que conforman, el más que vigente, espacio Atlántico. Los aportes de John Stuart Mill se vieron complementados con la propuesta de Emmanuel Kant respecto de la existencia de una razón pública en aquellas sociedades que habían alcanzado el desarrollo de la Modernidad y la Ilustración, entendiendo que en el *Reich der Zwecke* (reino de los fines), cada sociedad pretende generar un marco de convivencia sustentado en la *razón política moderna*,<sup>28</sup> en el sentido kantiano:

Por *reino* entiendo la unión sistemática de seres racionales por medio de leyes comunes. Ahora bien, dado que las leyes determinan fines en términos de su validez universal, si abstraemos tanto de las diferencias personales entre seres racionales, como del contenido de sus fines privados, seremos capaces de pensar en una totalidad de fines en conexión sistemática (una totalidad de seres racionales como fines en sí mismos, así como de los fines que cada uno por su parte pueda establecer).<sup>29</sup>

En conclusión, en una sociedad gobernada por una *razón política moderna* estarán presentes una pluralidad de seres racionales que han convenido unas leyes

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 236.

<sup>27</sup> John Stuart Mill, *Sobre la libertad*, 3ª ed., Madrid, Alianza Editorial, 1981, p. 60.

<sup>28</sup> P. Muchnik, “Kant y la antinomia de la razón política moderna”, *Revista Latinoamericana de Filosofía*, vol. 34, núm. 1, 2008.

<sup>29</sup> Onora O’neill, *Constructions of Reason. Explorations of Kant’s Practical Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.



comunes que garanticen su convivencia. Por ello, en asuntos religiosos, esa razón política manifestada en el Estado se materializa a través de la estricta separación entre asuntos religiosos y asuntos políticos, escindiendo aquellos aspectos de la vida privada de las personas, escenario donde ejercen su libertad de religión y culto, de aquel escenario político donde no se deberá tolerar ninguna manifestación religiosa.

En cuanto a la tercera prohibición en materia religiosa definida por la Corte Constitucional, en Colombia *está prohibido determinar la realización oficial por parte del Estado de actos de adhesión a una religión o iglesia en particular*, incluso si son simbólicos. Respecto a esta prohibición, las reglas son tan variadas y diversas que difícilmente podrían ser compiladas en su totalidad: desde la discreción que deben guardar los servidores públicos al ejercer su culto o prácticas espirituales –incluyendo de manera más concreta al presidente de la República, quien representa la unidad de la nación–, prohibición tajantemente vulnerada en el país, hasta el mantenimiento de crucifijos en las salas de reunión de las altas cortes, incluyendo la Corte Constitucional.

Es tal vez el escenario simbólico y de la representación el de más difícil control, en especial por la escasa secularización de nuestra sociedad, y por el tratamiento tradicional o histórico de un culto en específico que autoriza de facto cualquier vulneración a la laicidad estatal. Respecto al símbolo, la indefinición de su contenido nos obliga a realizar algunas precisiones a través del análisis de Iuri Lotman:

[L]a naturaleza del símbolo, considerado desde este punto de vista, es doble. Por una parte, al atravesar el espesor de las culturas, el símbolo se realiza en su esencia invariable. En este aspecto podemos observar su repetición. El símbolo actuará como algo que no guarda homogeneidad con el espacio textual que lo rodea, como un mensajero de otras épocas culturales (= otras culturas), como un recordatorio de los fundamentos antiguos (= “eternos”) de la cultura. Por otra parte, el símbolo se correlaciona activamente con el contexto cultural, se transforma bajo su influencia y, a su vez, lo transforma. Su esencia invariante se realiza en las variantes. Precisamente en esos cambios a que es sometido el sentido “eterno” del símbolo en un contexto cultural *dado*, es en lo que ese contexto pone de manifiesto su viva mutabilidad.<sup>30</sup>

Encontramos que la pretensión de laicidad estatal está mediada por significados dados por el contexto cultural donde se manifiestan; por tal razón, la dificultad de proscribir prácticas asumidas como naturales por funcionarios y servidores públicos termina comprometiendo al Estado con un culto o religión en concreto. En tal sentido, la Corte Constitucional, refiriéndose al presidente de la República, que en

---

<sup>30</sup> Iuri Lotman, “El símbolo en el sistema de la cultura”, *Revista Electrónica Semestral de Estudios Semióticos de la Cultura*, núm. 2, noviembre de 2003. Disponible en: <http://www.ugr.es/local/mcaceres/entretexthtm>.

su persona representa la unidad de la nación, asigna una restricción a su ejercicio de libertad de culto, imponiéndosele el deber de discreción en sus manifestaciones religiosas,<sup>31</sup> y en especial en aquellos casos en los que se realicen homenajes o ceremonias conmemorativas de carácter oficial: “En efecto, una tal norma que obliga a efectuar una ceremonia oficial que ya sea incluye a los nacionales no católicos en un homenaje religioso católico o, en sentido contrario, los excluye, al menos simbólicamente, de la pertenencia de la nación colombiana”.<sup>32</sup>

Respecto a la prohibición de tomar decisiones por parte del Estado que tengan objetivos religiosos o expresen preferencia por alguna religión o iglesia en particular, se deberá precisar que en el sentir amplio cualquier acción u omisión terminaría promocionando la religiosidad, pues aunque estatalmente no se tomen decisiones de adhesión, patrocinio y promoción, la omisión a un deber de inspección y control a las religiones y cultos generaría un reforzamiento de valores sociales que deben ser combatidos, si se quiere preservar la secularización y el respeto al pluralismo. Nuevamente nos encontramos en el escenario simbólico, donde la representación religiosa es inmanente al escenario cultural de la sociedad colombiana, y se extiende más allá de un culto reconocido como mayoritario, trasladándose a nuevos actores sociales religiosos que hoy día cuentan incluso con representación política en los principales órganos de decisión de la República.

Un ejemplo claro en el cual encontramos deliberadas intervenciones estatales a favor de un culto o religión específica es el papel del Procurador General de la Nación, Alejandro Ordoñez Maldonado, quien en ejercicio de función pública ha usado su cargo para favorecer su preferencia por la religión Católica, en especial con su incidencia en políticas públicas y en las intervenciones ante la Corte Constitucional.<sup>33</sup> Nos encontramos así con una transgresión evidente de la laicidad estatal que, en últimas, no ha sido sancionada ante la falta de límites y deberes claros que imponga un actuar ético acorde con la razón pública del moderno Estado constitucional, plenamente vigente en nuestro país.

Finalmente, la quinta prohibición precisada por la Corte Constitucional consiste en *proscribir la adopción de políticas cuya manifestación práctica sea promover, beneficiar o perjudicar alguna religión o iglesia determinada*. Se trata del respeto a la libertad de culto que cuenta con la protección constitucional en el artículo 19, a su vez, reglamentado mediante la Ley Estatutaria 133 de 1994. De igual manera, la Corte ha precisado el derecho de toda persona a recibir asistencia religiosa y a practicar de manera libre la confesión religiosa de su preferencia. Estas manifestaciones religiosas solo podrán ser restringidas de forma legítima, aunque dicha potestad restrictiva para el caso de la libertad de culto se reduzca aún más por el mandato de

---

<sup>31</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia. C-350-94, cit.

<sup>32</sup> *Idem*.

<sup>33</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-948-14 de 3 de diciembre de 2014. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

los instrumentos internacionales que, como ya se vio, prohíben restricciones aun en tiempos de inestabilidad institucional.

Más allá de las prohibiciones descritas, buena parte del laicismo en Colombia se encuentra en una brumosa zona gris, pues no está claro qué modelo de laicidad se quiere para el país, ni se evidencia un compromiso estatal para secularizar la sociedad para que sus prácticas sociales estén encaminadas por la razón pública y la tolerancia. Es una constante permanente en el devenir estatal; cada sociedad tiene sus propios debates sobre el laicismo, y se está en búsqueda de consensos sobre elementos fundamentales que favorezcan el respeto a la diversidad y la integración como ciudadanos a una esfera pública marcada no solo por la neutralidad estatal en temas religiosos, sino por una estricta separación entre iglesias y Estado.

En esa búsqueda, ha surgido la *Declaración Universal de la Laicidad del Siglo XXI*. Esta declaración, aunque no es un instrumento internacional, constituye un manifiesto que recapitula la necesidad de laicidad y secularización en las sociedades contemporáneas, reclamando un marco de respeto a la diversidad y al pluralismo, y haciendo especial énfasis en la eliminación de la discriminación en relación con el culto o religión de cada persona, además de retomar la separación de las esferas religiosas y políticas, y precisar un intento de concepto de Estado laico de la siguiente manera: “Artículo 4. Definimos la laicidad como la armonización, en diversas coyunturas sociohistóricas y geopolíticas, de los tres principios ya indicados: respeto a la libertad de conciencia y a su práctica individual y colectiva; autonomía de lo político y de la sociedad civil frente a las normas religiosas y filosóficas particulares; no discriminación directa o indirecta hacia seres humanos”.<sup>34</sup>

Recapitulando, las cinco reglas precisadas por la Corte Constitucional no excluyen a las demás reglas que pueden ser inferidas de la Constitución Política de Colombia, y de un paradigma tan amplio como la laicidad estatal. Se trata aun de un camino marcado por la indefinición de la laicidad a partir de nuestra experiencia nacional; en palabras del profesor Blancarte, la laicidad se manifiesta en cada sociedad de forma distinta, ejemplo de ello es el caso mexicano donde existe la prohibición de participación política de partidos asociados a entidades religiosas como es el caso de los “democristianos”, mientras tanto, en una sociedad como la francesa, aunque no se considera como transgresión al orden constitucional tener partidos con específicas preferencias religiosas, sí se considera una transgresión a la laicidad estatal llevar la burka o el velo en escenarios públicos; Colombia deberá dar con su propia configuración de lo prohibido y lo permitido, pues en el estado actual aún falta claridad sobre este punto.

---

<sup>34</sup> La *Declaración Universal de la Laicidad del Siglo XXI* fue redactada por los profesores Jean Baubérot (Francia), Micheline Milot (Canadá) y Roberto Blancarte (México), y presentada ante el Senado de Francia el 9 de diciembre de 2005 para conmemorar el centenario de la separación entre el Estado y las iglesias en Francia.

## Conclusiones

Múltiples son las conclusiones en el momento de pensar la laicidad y la secularización en el contexto colombiano y latinoamericano, pero, en especial, muchos son los interrogantes y desafíos que sobre este tema existen. Inicio afirmando que en Colombia existe una limitada literatura especializada en laicidad y en procesos sociales de secularización; por el contrario, la libertad de cultos encuentra desarrollo y es un tema recurrentemente trabajado. Esto ha generado un proceso de importación de conceptos y nociones difícilmente aplicables al contexto socio-cultural del país, donde se manifiesta una religiosidad popular y representaciones que hacen evidente un hecho religioso que no ha sido comprendido, ni dimensionado cabalmente.

Entre otras conclusiones que pueden ser presentadas se encuentra, primero, que ante una sociedad escasamente secularizada, difícilmente puede alcanzarse un nivel muy alto de laicidad institucional; segundo, aun cuando es cierto que el concordato con la Santa Sede fue declarado parcialmente inexecutable, en la práctica hay una realidad tangible donde se mezclan las funciones públicas con la incidencia de las autoridades religiosas, no solo de la Iglesia Católica. Además de lo anterior, en el país no está proscrita la participación de comunidades religiosas en los procesos de elección popular, lo que facilita el proselitismo de ideas morales con fundamentos religiosos en escenarios políticos, y abre una franca oposición a temas como la protección de garantías, derechos y libertades: por ejemplo, la terminación voluntaria del embarazo o la eutanasia.

En Colombia, ante la ausencia de legislación en materia de laicidad del Estado, le ha correspondido al juez constitucional precisar, a través de la inferencia de reglas y subreglas, aquello que pretendió el constituyente de 1991, al establecer un Estado laico. Como consecuencia, se ha generado un proceso de formación de precedente jurisprudencial que se ha mantenido a lo largo de dos décadas; sin embargo, han surgido nuevas interpretaciones en la Corte Constitucional, que han venido transformando el precedente en una clara regresión del avance obtenido hasta ahora, en especial en la Sentencia C-948-14, que rinde honores a la religiosa Laura Montoya, decisión influenciada por una corriente conservadora en el interior del alto tribunal y por la presión ejercida por la Procuraduría General de la Nación.

Así mismo, la ausencia de legislación adecuada que reglamente la materia ha derivado en una carencia de recursos judiciales efectivos que garanticen a los ciudadanos el derecho de proteger el Estado laico; salvo la acción pública de inconstitucionalidad, o el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad, no se dispone de otras acciones idóneas, adecuadas y efectivas para tal fin. Incluso, es posible afirmar que las acciones antes mencionadas tienen un carácter limitado de aplicación, pues están diseñadas para el control de normas, mas no para el control del aspecto volitivo de los funcionarios, donde por acción u omisión transgreden el mandato de laicidad imperante en la Constitución de Colombia.

Finalmente, no se evidencia esfuerzo alguno del Estado colombiano por acentuar la secularización de la sociedad. Este elemento se junta con la ausencia de una ética ciudadana que garantice un marco de igualdad, pluralismo y tolerancia. Uno de los principales elementos indispensables para la secularización es la educación. Pero, por el contrario, para la Corte Constitucional, la educación religiosa es un derecho, y está a cargo del Estado proveer docentes en el área; además, se reconoce que se podrá enseñar una determinada religión cuando mayoritariamente se encuentren estudiantes que profesen un culto, asunto que parece un contrasentido, si aquello que se pretende es un verdadero Estado laico, que permita a todas las personas un escenario pluralista donde toda persona pueda vivir en pleno ejercicio de sus derechos y libertades.

## Bibliografía

- ADARME GODDARD, Jorge, “Estado laico y libertad religiosa”, en *El Estado laico y los derechos humanos en México 1810-2010*, t. I, México, D. F., Universidad Autónoma de México, 2012.
- BAUBÉROT, Jean, Micheline MILOT y Roberto BLANCARTE, *Declaración Universal de la Laicidad del Siglo XXI*, Francia, 9 de diciembre de 2005.
- BLANCARTE, Roberto, “¿Cómo podemos medir la laicidad?”, *Estudios Sociológicos*, vol. XXX, núm. 88, 2012.
- CÁRDENAS GARCÍA, Ricardo y Eduardo ROMERO RODRÍGUEZ, *Laicidad del Estado: ¿hay una separación definitiva entre la Iglesia Católica y el Estado colombiano?* Disponible en: [www.estatalescolombiaisp.org.co/apc-aa-files/.../TrabajoDiego3\\_1\\_.doc](http://www.estatalescolombiaisp.org.co/apc-aa-files/.../TrabajoDiego3_1_.doc).
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-568-93 de 9 de diciembre de 1993, M. P. Fabio Morón Díaz.
- \_\_\_\_\_, Sentencia C-088-94 de 3 de marzo de 1994, M. P. Fabio Morón Díaz.
- \_\_\_\_\_, Sentencia C-350-94 de 4 de agosto de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero.
- \_\_\_\_\_, Sentencia T-434-94 de 4 de octubre de 1994, M. P. Carlos Gaviria Díaz.
- \_\_\_\_\_, Sentencia T-823-02 de 4 de agosto de 2002, M. P. Rodrigo Escobar Gil.
- \_\_\_\_\_, Sentencia C-1175-04 de 24 de noviembre de 2004, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- \_\_\_\_\_, Sentencia C-948-14 de 3 de diciembre de 2014, M. P. María Victoria Calle Correa.
- CORTE IDH, *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros vs. Chile)*, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie 73.
- DUSSEL, Enrique, *Hipótesis para una historia de la iglesia en América Latina*, Barcelona, Editorial Estela, 1967.
- GONZÁLEZ VILA, Teófilo, “La laicidad, el laicismo, lo público y lo común”, *Acontecimiento*, núm. 71, 2004.

- CONGRESO DE COLOMBIA, LEY 16 DE 1972, por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, *Diario Oficial*, año CIX, núm. 33780, 5 de febrero de 1973.
- LOTMAN, Iuri, “El símbolo en el sistema de la cultura”, *Revista Electrónica Semestral de Estudios Semióticos de la Cultura*, núm. 2, noviembre de 2003. Disponible en: <http://www.ugr.es/local/mcaceres/entretex.htm>.
- MILL, John Stuart, *Sobre la libertad*, 3ª ed., Madrid, Alianza Editorial, 1981.
- MINISTERIO DE CULTURA, *Legislación y normas generales para la gestión, protección y salvaguardia del patrimonio cultural en Colombia: Ley 1185 y su reglamentación*, Bogotá, Ministerio de Cultura, septiembre de 2010.
- MUCHNIK, P., “Kant y la antinomia de la razón política moderna”, *Revista Latinoamericana de Filosofía*, vol. 34, núm. 1, 2008.
- NIETO MARTÍNEZ, Leydi, “Derecho a la libertad religiosa y de cultos en la legislación colombiana”, tesis para optar por el título de abogada, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2005.
- O’NEILL, Onora, *Constructions of Reason. Explorations of Kant’s Practical Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.
- RIVERA CASTRO, Faviola, “Laicidad y pluralismo”, *Isonomía*, núm. 33, octubre de 2010.
- SALAZAR CARRIÓN, Luis, “Religiones, laicidad y política en el siglo XXI”, *Isonomía*, núm. 24, 2006.
- URIBE ÁLVAREZ, Roberth, “Ética laica de los derechos sexuales y reproductivos en el Estado constitucional”, *Criterio Jurídico*, vol. 12, núm. 2, 2012.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

**Ligia Galvis Ortiz\* (Colombia)**

## **Una mirada a la familia a partir de la Constitución Política colombiana**

### **RESUMEN**

La Constitución Política Colombiana incorpora el tema de familia en su articulado sobre los principios y derechos fundamentales. El Estado reconoce los derechos inalienables de las personas y protege a la familia como el núcleo fundamental de la sociedad, establece su forma de constitución, los derechos y responsabilidades de la familia y de la pareja, y la ubica como agente corresponsable de los derechos de sus integrantes. De esta incorporación surgen nuevas concepciones de la familia, por ejemplo, su consideración como sujeto colectivo titular de derechos y garante de los derechos de quienes la conforman, y como agente político interlocutor activo con el Estado y la sociedad. Este artículo desarrolla los aspectos constitucionales que fundamentan esta nueva visión y los efectos que se desprenden para las políticas públicas y para las relaciones internas de las familias.

**Palabras clave:** paradigma de los derechos, sujeto colectivo de derechos, agente político, corresponsabilidad en la garantía de los derechos.

### **ZUSAMMENFASSUNG**

Die kolumbianische Verfassung schützt die Familie in den Vorschriften über die Verfassungsgrundsätze und die Grundrechte. Darin erkennt der Staat die unveräußerlichen Rechte der Person an und stellt die Familie als Grundpfeiler der Gesellschaft unter seinen Schutz, regelt ihre Konstituierung sowie die Rechte und Pflichten in der Familie und unter Ehepartnern und weist ihr den Status eines für die Vertretung der Rechte ihrer Mitglieder mitverantwortlichen Akteurs zu. Dies drückt sich in neuen Familienkonzeptionen aus, wie zum Beispiel ihre Anerkennung als kollektives Rechts-

---

\* Abogada de la Universidad Externado de Colombia de Bogotá, doctora en Filosofía de la Universidad Católica de Lovaina, Bélgica. [ligiagal@gmail.com](mailto:ligiagal@gmail.com).

subjekt und Garant der Rechte ihrer Mitglieder sowie als aktiver politischer Akteur und Gesprächspartner für den Staat und die Gesellschaft. Der Beitrag erläutert dazu die verfassungsrechtlichen Aspekte, die diesem neuen Ansatz zu Grunde liegen, sowie ihre Auswirkungen auf die öffentliche Politik und die innerfamiliären Beziehungen.

**Schlagwörter:** Rechte-Paradigma; kollektives Rechtssubjekt; politischer Akteur; Mitverantwortung für die Gewährleistung von Rechten.

## ABSTRACT

The Colombian Political Constitution includes the subject of the family in its articles on fundamental principles and rights. The State recognizes the inalienable rights of individuals and protects the family as the core unit of society, it prescribes the way a family is constituted, the rights and duties of the family and the couple, and makes the family jointly responsible with regard to the rights of its members. The result of this inclusion are the new notions about the family; for example, its consideration as a collective holder of rights and guarantor of the rights of its members, and also as a political agent in active dialogue with the State and society. This paper describes the constitutional articles which are the basis for this new point of view and their effects on public policies and internal relations within families.

**Keywords:** Rights paradigm, collective holder of rights, political agent, joint responsibility as guarantor of rights.

## Razón de ser del tema

El siglo XXI recibe herencias que permiten que la democracia contemporánea se desarrolle con criterios universales e incluyentes. Esos legados son el producto de las luchas transformadoras que libraron los grupos humanos tradicionalmente ausentes de las arenas políticas, y olvidados por el ideario patriarcal e individualista de la democracia demoliberal liderada por el pensamiento de Locke, Rousseau y demás pensadores de la modernidad. Son las reivindicaciones de las mujeres para hacerse presentes como agentes políticos, las luchas de las comunidades afrodescendientes por los derechos civiles y las de los pueblos indígenas por la recuperación de su estatuto civil y político y de sus tradiciones ancestrales; fue también el clamor de los pediatras e intelectuales por los derechos de los niños y las niñas, como el francés Jules Vallés y los latinoamericanos José H. Figueroa y Gabriela Mistral, los pioneros en las demandas por sus derechos. Estos hechos fueron determinantes en las transformaciones que ha experimentado la familia en nuestros tiempos, y que hacen pertinente pensarla y concebirla con otras ópticas y finalidades diferentes a las influencias religiosas, a la moralidad sacralizada y a la concepción de la familia como el espacio privado por excelencia, donde el Estado no puede ingresar porque es del dominio exclusivo del poder patriarcal.



Los contextos político, económico y social son también factores de influencia en las modificaciones operadas en las estructuras, la composición, los tiempos y la calidad de los vínculos familiares; la hegemonía del orden económico y de los medios de comunicación y las diferentes formas de violencia que afectan a las familias y permean su dinámica cotidiana son condicionantes ineludibles para entender la situación de la familia en la actualidad. El orden económico disminuyó el tiempo que padres y madres consagran a la familia, las responsabilidades familiares se cumplen en los momentos previos y posteriores al desempeño de las obligaciones laborales (8 de las 12 horas hábiles para las actividades humanas se destinan al trabajo). Por esta hegemonía, las mujeres trabajadoras desarrollan el sentimiento de culpa y le roban tiempo a su descanso para atender el hogar y cuidar a su prole (la jornada femenina es de 16 y más horas). Los medios de comunicación aportan influencias sociales y culturales decisivas para la dinámica familiar; la liberación de las mujeres, las guerras, los enfrentamientos pandilleros, las miserias de la gente sin empleo, sin techo y con la dignidad perdida llegan a la casa por estos medios, al igual que la nueva visión del paradigma de los derechos humanos y la dignidad del ser humano concebidos como elementos centrales de la democracia. Las formas de violencia que están viviendo las sociedades son otro factor que flagela la vida cotidiana de las familias. Las sociedades afectadas por conflictos internos, como el que se vive en Colombia desde hace más de 50 años, alimentan las violencias intrafamiliares que degradan la calidad de vida de todos los integrantes del grupo familiar, especialmente de las mujeres, de las niñas, los niños y adolescentes, y de las personas mayores. La familia ha perdido su razón de ser como formadora de la conciencia personal y ciudadana de los seres humanos. Estamos en un momento de la vida social en el cual pensamos y sentimos la familia, pero esta permanece oculta por la fuerza y el poder del mercado y los demás aspectos culturales que llegan a su intimidad a través de la música, los noticieros, el cine, las telenovelas y los programas donde los buenos son los animales y los malos los humanos, depredadores de la naturaleza y de nuestra propia especie.

La familia está en nuestras mentes y en nuestros corazones, pero es ignorada por el orden económico y político. Sentimos la familia, pero ella se nos esfuma por las exigencias del trabajo y la presión del mercado y de la política puesta al servicio de los intereses del capital; el bienestar se determina por el consumo antes que por el desarrollo de la creatividad, la imaginación, la ética y la estética. ¿Podrán los seres humanos garantizar la vida y la continuidad de la especie por fuera de la familia? Esta pertenencia ineludible a la familia nos impone la obligación de pensarla y convertirla en tema de reflexión y de análisis para depurarla de las metáforas biológicas que la ocultan, para desacralizarla y dotarla del sentido y las proyecciones que debe tener como organización social primaria y originaria en la que nacemos y perecemos, amamos y nos formamos para la democracia o para el autoritarismo.

Su presencia en la Constitución Política de 1991, elevó la familia a la categoría de agente político dotado de derechos y obligaciones, la sacó de ese limbo metafórico

en que se encontraba y que la consideraba como célula o núcleo básico de la sociedad, y también del olvido en que la tenía el Código Civil. Un análisis holístico de los postulados constitucionales nos permite pensarla como agente político dinámico y en interacción constante con otros agentes activos, como la sociedad y el Estado. Pero, la mirada constitucional de la familia no se reduce al artículo 5° y al inciso primero del artículo 42 de la carta fundamental; su comprensión va más allá de su consideración biológica y de las influencias religiosas. La idea constitucional de la familia, desde 1991, es compleja porque la carta le atribuye derechos y obligaciones que la convierten en un sujeto colectivo. Es decir que la familia es una organización social dotada de funciones dirigidas a la formación y el desarrollo de la conciencia democrática de sus integrantes. Estos son los efectos jurídicos, políticos y culturales que expondremos a lo largo de esta reflexión. Para cumplir este propósito, nos centraremos en tres temas: el desarrollo normativo de la concepción de familia, la familia en la democracia contemporánea y la democracia en la familia.

## **1. Desarrollo normativo de la concepción contemporánea de la familia**

### **1.1. Presencia de la familia en el terreno político**

La Constitución Política de 1991 fijó los criterios orientadores para desacralizar la concepción de la familia, ubicar la reflexión en el terreno de la civilidad y mirarla en la perspectiva de la democracia fundada en el paradigma de los derechos humanos. La carta fundamental le otorgó un carácter político, lo cual quiere decir que ubicó a la familia en el terreno de lo público; este reconocimiento les puso fin a las influencias religiosas y a su consideración como ámbito privado por excelencia; en la filosofía demoliberal, la familia era el espacio gobernado por la religiosidad y el poder del padre y esposo. Recordamos el planteamiento kantiano de la sociedad doméstica (la familia) considerada en el derecho privado como un derecho personal de carácter real. Esto quiere decir que sus componentes (los integrantes de la familia) se adquieren como si fueran cosas, y este derecho real se ejerce como una relación entre personas. Dice Kant que en la unidad doméstica “la adquisición es triple según el objeto: el varón adquiere una mujer, la pareja adquiere hijos y la familia adquiere criados. Todo esto que puede adquirirse es a la vez inalienable y el derecho del poseedor de estos objetos es el más personal de todos”<sup>1</sup> En la modernidad, el varón tenía tres derechos como jefe del hogar, todos de carácter privado: el derecho conyugal (potestad marital), el derecho paterno (patria potestad) y el derecho del dueño de casa. La familia era una isla sin puentes de comunicación con el Estado, sin regulación jurídica específica, cuyas relacio-

---

<sup>1</sup> Emmanuel Kant, *La metafísica de las costumbres*, Bogotá, Editorial Tecnos, 1989, p. 97.

nes internas se definían por el derecho de las personas orientado por la autonomía de la voluntad del esposo, padre y amo.

Con su incorporación en la Constitución Política, la familia hace su aparición en la esfera pública para formar parte tanto del derecho privado como del derecho público. En esta perspectiva, la familia es una organización social orientada por el espíritu de civilidad de la comunidad y desacralizada tanto en su estructura y organización como en las relaciones entre sus integrantes. El carácter privado de las relaciones intrafamiliares se mantiene a condición de que se reconozcan y se respeten la dignidad y los derechos de quienes la conforman. Con su presencia en la carta fundamental colombiana, la familia adquiere la condición de agente político, es decir, se convierte en un agente dinámico con capacidad de interlocución con los demás agentes políticos presentes en una sociedad democrática, con capacidad de agencia para orientar y dirigir sus proyectos de vida individual y colectiva.

En la consolidación de esta mirada constitucional se tienen en cuenta los aportes de los tratados internacionales de derechos humanos pertinentes, la jurisprudencia y las leyes colombianas relacionadas con la familia y con sus integrantes individualmente considerados.

## 1.2. Los tratados internacionales de derechos humanos

El orden internacional de los derechos humanos rescata a los seres humanos como los actores y beneficiarios de la democracia y del desarrollo, al considerarlos como seres dignos, libres, iguales, responsables y titulares de los derechos consagrados en los instrumentos internacionales pertinentes. En virtud de los tratados, los Estados tienen la obligación de respetar, promover, proteger y defender los derechos de las personas, en todos los escenarios y tiempos de su ciclo vital y de restablecerlos cuando han sido violados; al mismo tiempo deben proteger a la familia como el elemento fundamental de la sociedad. Hasta el momento, los Estados han puesto el énfasis en los derechos de las personas y muy poco se han ocupado de la familia. Esta es la gran ausente de las políticas sociales en el orden internacional.

No existe un instrumento internacional consagrado a la familia en el derecho internacional de los derechos humanos. Solo encontramos alusiones en los tratados generales que la consideran como el elemento natural y fundamental de la sociedad que tiene el derecho a la protección por parte de esta última y del Estado.<sup>2</sup> El derecho internacional de los derechos humanos establece que los hombres y las mujeres tienen derecho a contraer matrimonio libremente y con pleno consentimiento

---

<sup>2</sup> Pacto de los Derechos Civiles y Políticos y Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales del sistema de las Naciones Unidas; Convención Americana de Derechos Humanos; Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos; Convención de los Derechos del Niño; Convención para eliminar todas las formas de discriminación contra las mujeres; Convención Americana para prevenir, eliminar y sancionar la violencia contra la mujer.

y a fundar una familia; reconoce también la igualdad entre hombres y mujeres, la igualdad de derechos y equivalencia de responsabilidades entre los cónyuges, y la igualdad de derechos entre los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio. En los instrumentos relacionados con los integrantes de la familia se encuentran el derecho de las niñas y los niños a tener una familia, la obligación del Estado de prestarles servicios para que las mujeres puedan salir a trabajar y a participar en los asuntos políticos de su interés, servicios de salud y bienestar en particular para las familias rurales, etc. En la nueva cosmovisión, la familia no es una unidad hegemónica y dominante, regida por el poder de los padres sobre las hijas y los hijos; su misión es garantizar el ejercicio de los derechos de sus integrantes y para ello tiene la capacidad de reivindicar derechos propios, en su calidad de colectivo social. En el orden internacional, la única transformación importante de la idea de familia es el ingreso de las mujeres al ejercicio de la patria potestad; su gestión es lenta para dar curso al principio de igualdad en la titularidad de los derechos de todos sus integrantes.

### 1.3. La familia en la Constitución Política colombiana

La Constitución Política de 1991 incorporó a la familia en los artículos 5º, 42, 44 y 46. La primera disposición establece la titularidad inalienable de los derechos de las personas y la obligación del Estado de proteger a la familia; la segunda, consagra los elementos que caracterizan a la familia como sujeto de derechos y obligaciones, y fija los criterios para la reglamentación legal que debe producirse a partir de los principios generales y los derechos fundamentales establecidos en la misma carta política. Las otras dos hacen de la familia un agente garante de los derechos de sus integrantes. La consecuencia de esta incorporación es su consideración como sujeto político y destinatario de políticas públicas. En este análisis desarrollamos estos aspectos.

La interpretación exegética considera que el artículo 42 es la carta de navegación del derecho de familia; sin embargo, el alcance de esta disposición es estrecho y contradictorio para analizar las transformaciones que se han operado desde los puntos de vista político, económico, social y cultural que se observan en las dinámicas familiares y en sus formas de organización. Para tener una visión clara de la presencia de la familia y sus características actuales en la carta política, hay que analizar el contenido del artículo 42 teniendo en cuenta los principios rectores de la carta fundamental; en consecuencia, su marco de interpretación es el siguiente:

- La definición de la nación como un Estado social de derecho, democrático, pluralista y participativo, fundado en la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad. (CP, art. 1º)
- La consideración de la familia como institución y núcleo fundamental de la sociedad y sanción a todas las formas de violencia en el interior de la familia. (CP, arts. 5º y 42)

- Reconocimiento de la familia nuclear como la única forma de conformación y su constitución por matrimonio o por voluntad de un hombre y una mujer, y reconocimiento de la diversidad étnica y cultural. (CP, arts. 7° y 42)
- El reconocimiento y protección de los derechos inalienables de las personas y la obligación del Estado de proteger a la familia. (CP, art. 5°)
- El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana. (CP, art. 7°)
- El establecimiento de derechos de la familia como el derecho a la honra y a la intimidad del grupo familiar, el derecho a la dignidad, a la igualdad y el respeto entre sus integrantes, el derecho de la pareja a determinar el número y la oportunidad para tener los hijos, y el derecho a la protección por parte de la sociedad y del Estado. (CP, arts. 5°, 15 y 42)
- El reconocimiento del principio de la igualdad de derechos y obligaciones de la pareja y de los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio. Libre desarrollo de la personalidad. (CP, arts. 13, 16, 42 y 43)
- El respeto y reconocimiento de la dignidad y la honra de los integrantes de la familia y la de sus integrantes individualmente considerados. (CP, arts. 1°, 5°, 21 y 42)
- Las libertades fundamentales como la libertad de conciencia, de cultos, de pensamiento y de expresión (CP, arts. 18, 19 y 20)
- El Principio de corresponsabilidad en la garantía de los derechos de los integrantes del grupo familiar. (CP, arts. 44, 45, 46 y 67)

La interpretación holística de la Constitución permite superar las contradicciones que se desprenden de la mirada monolítica de la familia presente en el artículo 5° y el inciso primero del artículo 42. En efecto, el reconocimiento del carácter inalienable de los derechos de las personas, la igualdad de derechos entre hijos e hijas y el reconocimiento del pluralismo y la diversidad rompen la estructura hegemónica de la familia nuclear y eliminan el riesgo de mirar la diversidad de las familias colombianas con un criterio excluyente y discriminatorio. La mirada hegemónica de la noción de familia nuclear es incompatible con el enfoque de los derechos porque es excluyente y pone a las familias con estructuras diferentes en situación de inferioridad. Toda actuación del Estado que se base en la supremacía de la familia nuclear es inconstitucional porque discrimina y viola los principios de igualdad, de pluralismo y diversidad, que son postulados rectores consagrados en el derecho internacional de los derechos humanos y en la Constitución Política colombiana (arts. 1°, 7°, 13 y 43).

La visión holística de la idea de familia en la carta fundamental tiene en cuenta que la nación es una república democrática participativa, basada en la dignidad humana y en el respeto de los derechos inalienables de las personas, y se orienta por la perspectiva de los derechos humanos, la diversidad y el pluralismo. La gestión y las políticas públicas deben considerar que las familias son formas de organización social que se caracterizan por la pluralidad y la diversidad presentes en todas las

regiones del país. La carta fundamental advierte estas realidades y orienta al orden jurídico para que reconozca a las familias como sujetos colectivos de derechos y de obligaciones en sus contextos plurales y sus diversas formas de organización, teniendo en cuenta el enfoque diferencial desde el punto de vista de los géneros, las generaciones, el territorio, las etnias y las culturas.

#### 1.4. La familia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

La interpretación integral (holística) de la familia tal y como aparece en la Constitución Política está apoyada por la Corte Constitucional en diferentes sentencias. Citamos la T-388/2009, que recuerda el pluralismo del artículo 7° de la CP cuando afirma que este precepto constitucional tiene tres dimensiones: 1) admite y promueve de manera expresa el hecho de la diversidad; 2) aprecia de manera positiva las distintas aspiraciones y valoraciones existentes, tales como la libertad religiosa, de conciencia, de pensamiento, así como la libertad de expresión; 3) establece los criterios jurídicos, políticos y sociales que servirán de base para dirimir los posibles conflictos que se presenten en virtud de las diferencias vigentes en un momento determinado. Luego, afirma que el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada sino en concordancia con el principio del pluralismo.<sup>3</sup>

Además, la Corte hace una interpretación integral del artículo 42 de la carta fundamental y afirma que no existe un solo concepto de familia porque su realidad social es diversa y el ordenamiento jurídico no puede desconocer esta realidad. La Sentencia T-572/09 en relación con esta norma afirma que “conviene precisar que el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio del pluralismo. De tal suerte que, en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial”.<sup>4</sup>

Esta sentencia cita la sentencia del Consejo de Estado del 2 de septiembre del 2009 que afirma:

La familia no sólo se constituye por vínculos jurídicos o de consanguinidad, sino que puede tener un sustrato natural o social, a partir de la constatación de una serie de relaciones de afecto, de convivencia, de amor, de apoyo y solidaridad, que son configurativas de un núcleo en el que rigen los principios de igualdad de derechos y deberes para una pareja, y el respeto recíproco de los derechos y libertades de todos sus integrantes. En esta perspectiva, es posible hacer una referencia a las acepciones de “padres (papá o mamá) de crianza”, “hijos de crianza”, e inclusive de “abuelos de crianza”, toda vez que en muchos eventos las relaciones de solidaridad, afecto y apoyo son más fuertes con quien

<sup>3</sup> Corte Constitucional, Sentencia 388/2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>4</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-572/09, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

no se tiene vínculo de consanguinidad, sin que esto suponga la inexistencia de los lazos familiares, como quiera que la familia no se configura sólo a partir de un nombre y un apellido, y menos de la constatación de un parámetro o código genético, sino que el concepto se fundamenta, se itera, en ese conjunto de relaciones e interacciones humanas que se desarrollan con el día a día, y que se refieren a ese lugar metafísico que tiene como ingredientes principales el amor, el afecto, la solidaridad y la protección de sus miembros entre sí, e indudablemente, también a factores sociológicos, y culturales.<sup>5</sup>

Otra sentencia de la Corte Constitucional, la T-572/10, también en referencia a lo establecido en el artículo 42 superior, retoma la idea en los mismos términos del pronunciamiento de su sentencia emitida en 2009.<sup>6</sup> Se reafirma que el concepto de familia se inscribe en la pluralidad cultural que caracteriza a la sociedad colombiana.

La interpretación amplia de este artículo constitucional no es reciente, se remonta a los orígenes mismos de la creación de la Corte Constitucional; la Sentencia T-523/1992 afirma:

Como bien corresponde a un Estado que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana (art. 7º) no existe un tipo único y privilegiado de familia, sino un pluralismo evidente en los diferentes vínculos que la originan, pues ellos pueden ser tanto naturales como jurídicos. Tanto reconocimiento jurídico merece la familia que se forma por lazos matrimoniales, como las que se constituyen por las relaciones naturales. También se le reconoce consecuencias a la voluntad responsable de formar una familia. En estas condiciones la familia legítima originada en el matrimonio es uno de los tipos.<sup>7</sup>

La Sentencia C-289/2000 establece:

La familia es una realidad social que fue objeto de reconocimiento político y jurídico en la Constitución de 1991 en cuanto se la considera núcleo o sustrato básico de la sociedad. Esto implica que ella sea objeto de una protección integral en la cual se encuentra comprometida la propia sociedad y el Estado sin tomar en cuenta el origen o la forma que aquélla adopta, atendidos los diferentes intereses, personales e instituciones sociales y jurídicas, a través de las cuales se manifiestan, desenvuelven y regulan las relaciones afectivas; por lo tanto, la Constitución aun cuando distingue no discrimina entre las dife-

---

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 2 de septiembre de 2009, M. P. Enrique Gil Botero.

<sup>6</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-572/10, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>7</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-523/1992, M. P. Ciro Angarita Barón.

rentes clases de familia; todas ellas son objeto de idéntica protección jurídica sin que interese, por consiguiente, que la familia se encuentre constituida por vínculos jurídicos, esto es, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio, o por vínculos naturales, es decir, por la voluntad responsable de conformarla.<sup>8</sup>

En la Sentencia 510/2003 afirma:

En virtud de la protección dada por la Constitución al pluralismo y a la familia, la Corte está obligada a reconocer, promover y proteger todas las formas de organización familiar que existen en el país. Lo que es más, el especial amparo que otorga la Carta a la maternidad y a las mujeres cabeza de familia (art. 43 C.P.) hace imposible desestimar la aptitud e idoneidad de las formas familiares que no responden al modelo occidental de la familia nuclear compuesta por padre, madre e hijos. Una constatación, siquiera superficial de la realidad sociocultural colombiana demuestra que existen múltiples formas de familia en nuestro país, dependiendo de la ubicación geográfica, socio-económica y cultural de cada grupo humano en cuestión y de sus necesidades concretas. Por lo mismo, mal haría un juez constitucional, al imponer una visión de familia que ni corresponde a la realidad de la organización social colombiana, ni es protegida por el constituyente.<sup>9</sup>

Nuevamente la Corte se expresa en la Sentencia C-029/2009 y dice: “[L]a pareja, como proyecto de vida en común, que tiene vocación de permanencia e implica asistencia recíproca y solidaridad entre sus integrantes, goza de protección constitucional, independientemente de si se trata de parejas heterosexuales o parejas homosexuales”.<sup>10</sup>

Este pronunciamiento de la Corte sobre el pluralismo en la familia se realizó en la Sentencia C-577/2011, en la cual afirma:

De conformidad con la norma constitucional (art. 42), la institución familiar puede tener diversas manifestaciones que se constituyen, a su vez, a través de distintos “vínculos naturales o jurídicos”, según lo previsto en el precepto superior, no siendo la heterosexualidad una característica predicable de todo tipo de familia y tampoco lo sea la consanguinidad, como lo demuestra la familia de crianza. Para la Corte, no existen razones jurídicamente atendibles que permitan sostener que entre los miembros de la pareja del mismo sexo no cabe predicar el afecto, el respeto y la solidaridad que inspiran su proyecto de vida en

---

<sup>8</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-289/2000, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

<sup>9</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-510/2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

<sup>10</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-029/2009, M. P. Rodrigo Escobar Gil.



común, con vocación de permanencia, o que esas condiciones personales solo merecen protección cuando se profesan entre personas heterosexuales, mas no cuando se trata de pareja del mismo sexo, concluyendo que la protección a las parejas homosexuales no puede quedar limitada a los aspectos patrimoniales de su unión permanente, pues hay un componente afectivo y emocional que alienta su conveniencia y que se traduce en solidaridad, manifestaciones de afecto, socorro y ayuda mutua, componente personal que se encuentra en las uniones heterosexuales o en cualquier otra unión que, pese a no estar caracterizada por la heterosexualidad de quienes la conforman, constituye familia.<sup>11</sup>

Como puede apreciarse, la jurisprudencia citada da cuenta de la relación e interdependencia de las normas constitucionales y la manera como esta relación es el fundamento que acompaña y le da cuerpo a la interpretación integral y holística de la carta fundamental de 1991. A partir de esta interpretación se abre el diálogo entre el orden jurídico y la diversidad que caracteriza la realidad social colombiana. Sin embargo, la conformación de familia por parejas del mismo sexo sigue en entredicho pues la Corte ordenó y dio plazo de dos años para que el Congreso de la República legislara sobre el matrimonio igualitario; dijo también que al cumplirse el plazo entraría en vigencia la facultad de las autoridades competentes para celebrar matrimonios homosexuales. Pero esta disposición corre el riesgo de quedar suspendida por otra sentencia que acaba de emitir la Corte en la cual reitera la obligación del Congreso de legislar sobre el tema y suspende la posibilidad de celebrar matrimonios hasta tanto no exista legislación al respecto.

### 1.5. Desarrollo legislativo de los principios constitucionales

Solo a partir de 1996 el Congreso de la República se ha ocupado de dictar normas de carácter coyuntural relacionadas con la familia. El Estado está en mora de asumir el tema de manera integral, teniendo en cuenta la nueva mirada que se desprende de los preceptos constitucionales. Las leyes emitidas por el Legislativo después de 1991 tratan asuntos aislados de violencia intrafamiliar, apoyo y fortalecimiento a la mujer cabeza de familia, a la familia, escuelas de padres, subsidios de vivienda, vigencia de los derechos de los niños y economía del cuidado. Son temas que no abordan la atención integral que necesitan las familias para habilitarlas como agentes políticos, interlocutores de la sociedad y el Estado, como sujetos colectivos de derechos y garantes de los derechos de sus integrantes.<sup>12</sup> Destacamos las dos normas que se refieren a la familia propiamente dicha.

---

<sup>11</sup> Corte Constitucional, Sentencia 577/2011, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

<sup>12</sup> El Congreso ha emitido las siguientes leyes: 294 de 1996 que crea el delito de violencia intrafamiliar; 575 del 2000 que reforma la 294 de 1996; 295 del 2000 que también reforma la 294 de 1996; Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, que establece las

La Ley 294 de 1996 para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar se aprobó para tipificar el delito, definir la violencia y adoptar medidas para proteger a las víctimas; esta disposición se reformó en el año 2000 mediante la Ley 575. En 1998, el Ejecutivo puso en marcha la política “Haz Paz”, que tuvo buena divulgación, pero poco presupuesto para ponerla en marcha, así que este flagelo contra mujeres, niñas, niños, adolescentes y ancianos continúa azotando las relaciones intrafamiliares; las reformas hechas a esta ley tampoco han tenido resultados efectivos.

La Ley 1361 de 2009 de apoyo y fortalecimiento a la familia es la única norma que tiene en cuenta a la familia en una perspectiva integral. Ordena y fija las orientaciones para la elaboración de la política pública de apoyo a las familias (art. 11), la creación de los observatorios de familia (art. 9º) y fija el día nacional de la familia (6º). Para cumplir estas obligaciones establece principios rectores (art. 3º) y deberes del Estado para con la familia (art. 5º). Destacamos que el primer principio consagra la unidad del individuo y la familia, y entiende a esta última como sujeto de los derechos establecidos en la misma ley (art. 4º).

Esta ley establece la corresponsabilidad como principio que obliga al sector público y privado a garantizar los derechos de las familias y como obligación de la nación, los departamentos y los municipios de elaborar y poner en marcha las políticas públicas de apoyo y fortalecimiento a la familia (art. 13). Es una disposición que ubica la corresponsabilidad en el orden territorial para asegurar que la política pública para las familias se ponga en marcha en todo el territorio nacional. Este principio permite tener en cuenta las características, particularidades y la diversidad étnica y cultural existentes en los diferentes niveles territoriales. La corresponsabilidad como principio incorpora a las empresas y al sector social como agentes para el apoyo y fortalecimiento de las familias. Además, permite adecuar la noción de familia, su estructura, funciones y dinámicas a las exigencias de la democracia contemporánea.

### **1.5.1. Las claves de la interpretación jurídica integral de la familia**

La hermenéutica utilizada para la consolidación de este desarrollo normativo ofrece unas claves para definir un marco conceptual orientador de la política de familia en el orden nacional. Las presentamos como elementos que conforman el horizonte de comprensión de la familia en la sociedad colombiana.

- Primera clave: La Constitución y la jurisprudencia entienden la familia como una unidad sociológica regida por los principios del pluralismo y

---

obligaciones de la familia en la vigencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes (NNA); Ley 1361 de 2009 sobre apoyo y fortalecimiento de la familia; Ley 1404 de 2010 sobre organización de las escuelas de padres en las instituciones de preescolar; Ley 1432, que establece el subsidio en dinero para vivienda destinado a las familias afectadas por los desastres naturales o accidentales, calamidad pública, estados de emergencia o actos terroristas; Ley 1413 de 2011 sobre economía del cuidado.

la diversidad cultural y étnica incrustada en la realidad social colombiana. El Estado está obligado a fortalecer y apoyar todas las formas de familia presentes en el país.

- Segunda clave: La familia es sujeto colectivo de los derechos reconocidos por la Constitución, la Ley 1361/2009 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.
- Tercera clave: La Constitución (arts. 44, 46) y el Código de la Infancia y la Adolescencia (art. 39) establecen que la familia es agente corresponsable de la garantía de los derechos de niños, niñas, adolescentes y ancianos.
- Cuarta clave: La Convención sobre los Derechos del Niño (art. 9) y la Constitución (art. 44) establecen que los niños, las niñas y adolescentes tienen derecho a tener una familia y a no ser separados de ella.
- Quinta clave: La Constitución (art. 5) y la Ley 1361/09 (art. 3) reconocen los derechos inalienables de las personas, la protección de la familia y la unidad persona-familia para la elaboración de la política pública de familia.
- Sexta clave: De la manera en que el orden jurídico nacional e internacional entienden la familia se deduce que en la sociedad actual esta es un agente político. Es necesario comprender la protección en consonancia con los aspectos jurídicos y políticos que hoy caracterizan a la familia en la sociedad colombiana como son: su carácter de agente político, su calidad de sujeto colectivo de derechos y formadora de las vivencias de la democracia de sus integrantes.

## **2. La familia en la democracia contemporánea**

### **2.1. Democracia para las familias**

La democracia es una forma de vida que se expresa en todos los escenarios de la cotidianidad. En la democracia fundada en el paradigma de los derechos humanos, la familia es la primera forma de organización social que experimentan los seres humanos; es el marco en el cual se lleva a cabo el proceso de desarrollo de la persona titular de los derechos humanos. En la familia se inicia la formación de los sujetos democráticos a través de las prácticas de reconocimiento y respeto de la dignidad de las personas que la integran. Es en las relaciones familiares donde se forman las vivencias de la democracia. La democracia necesita de la familia para consolidarse como modelo de vida cotidiana y como sistema político, y la familia necesita de la democracia para asegurar la calidad de vida de sus integrantes y formarlos como personas con vocación para la ciudadanía y para expresarse como sujetos políticos. Estas funciones interpelan a la familia para desarrollar y fortalecer la democracia, y a esta para asegurar que el Estado brinde las condiciones para que la familia se convierta en agente político activo en todos los procesos

sociales, económicos, políticos y culturales. Por esta razón, la llamada protección que el Estado y sus instituciones les deben a las familias no se reduce a la prestación de servicios de asistencia; su misión es formarlas como actora de las políticas públicas en su calidad de sujeto colectivo de derechos y garante de los derechos de sus integrantes y como formadora de las vivencias de la democracia.

La democracia cuenta con mecanismos que están ingresando paulatinamente a la vida de las familias, como la participación, que es el instrumento de interlocución de las familias con el Estado y con la sociedad y entre los integrantes del grupo familiar; la igualdad en la titularidad y ejercicio de los derechos, la justicia familiar, y la autoridad maternal y paternal orientadas por el paradigma de los derechos impregnado de amor y de ternura. La democracia para las familias es la oferta que el Estado les presenta a través de las políticas públicas de apoyo y fortalecimiento al grupo como colectivo sujeto de derechos y a sus integrantes individualmente considerados.

## **2.2. La familia es un sujeto colectivo de derechos**

La familia como ente político tiene un estatuto jurídico particular, no es un espacio de formación de la ciudadanía ni de realización de los derechos de sus integrantes, no es célula ni núcleo fundamental de la sociedad, ni es una institución porque no es una persona jurídica según los parámetros legales. Para comprender su estatuto jurídico tenemos que aceptar que, para la carta fundamental, la familia es un colectivo conformado por personas que actúan como una unidad social que ejerce derechos y tiene obligaciones, es un sujeto colectivo de derechos y obligaciones. En el orden jurídico, esta categoría se predica de las personas individualmente consideradas y de las personas jurídicas. Pero esta no es la naturaleza jurídica de la familia de acuerdo con la Constitución colombiana. En el paradigma de los derechos hay dos reconocimientos que la carta le hizo a la familia: la familia es titular de derechos humanos fundamentales (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales) y es agente corresponsable en la garantía de los derechos de sus integrantes individualmente considerados. De estas dos consideraciones se desprenden dos obligaciones concretas para las familias. Como titular de los derechos humanos, las familias tienen la obligación de ejercerlos con responsabilidad, y como garante de los derechos de sus integrantes tienen que proveer las condiciones para la realización de los derechos de quienes conforman el grupo familiar. Estas dos facultades hacen de la familia un sujeto colectivo que ejerce y garantiza derechos, un ente dinámico con capacidad de agencia y de interlocución con los otros agentes externos. La capacidad de agencia, la vincula con la autonomía y la responsabilidad en el marco de la libertad; la interlocución, la pone en comunicación activa con el Estado, con la sociedad y los demás agentes corresponsables en la garantía de los derechos de quienes conforman la familia.

Para establecer las características de la familia como sujeto colectivo de derechos, primero, la depuramos de los presupuestos tradicionales que la acompañan: i) No

es una persona jurídica dotada de un representante legal porque la titularidad y el ejercicio de los derechos humanos es personal e intransferible; no hay cabida para la representación legal. ii) La familia no es un objeto de protección como lo establece la concepción liberal de los derechos humanos; este es un equívoco presente en los tratados internacionales de derechos humanos y en el artículo 5° de la Constitución. El reconocimiento de los derechos inalienables de las personas y de la familia como sujeto de derechos y obligaciones supera la noción patriarcal del artículo 5° y establece la concepción democrática orientada por los postulados consagrados en el título segundo de la carta. iii) La presencia constitucional de la familia no significa volver a la supremacía y la hegemonía de esta en detrimento del ejercicio de los derechos de sus integrantes. No se trata de esconder a las personas que la conforman como sucedió en el modelo patriarcal. Los derechos de quienes integran la unidad familiar son su patrimonio ontológico inalienable e inviolable, y para asegurar su vigencia no pueden ser desconocidos ni por el Estado ni por las leyes.<sup>13</sup>

Con estas consideraciones, podemos plantear las características de este sujeto colectivo de derechos: a) Esta organización social originaria está conformada por la unidad persona-familia, nueva categoría que garantiza el equilibrio en el ejercicio de los derechos de dos sujetos en igualdad de condiciones: la familia como sujeto colectivo, y sus integrantes como personas titulares activas de sus derechos; es un principio orientador de la gestión pública y del cumplimiento de las obligaciones de la familia como garante de los derechos de sus integrantes. b) La calificación como sujeto colectivo asimila a la familia como persona que ejerce y garantiza derechos. Se amplía el concepto de persona al colectivo. Es la forma jurídica y política de expresar la conjunción simbiótica que es la pertenencia del yo a su familia. c) La familia es un agente con capacidad de interlocución y de agencia para concebir y poner en marcha su proyecto de vida como colectivo y para garantizar los proyectos de vida de sus integrantes individualmente considerados. d) La familia es actora y beneficiaria de la gestión integral del Estado y, como tal, es agente activo en los planes de desarrollo y en las políticas públicas en el orden nacional, departamental, distrital y municipal. e) La pedagogía intrafamiliar se realiza a través de las vivencias y de las percepciones.

Las características anteriores conciben a la familia como la persona vista desde la dimensión del yo social, es decir, del nosotros que se configura en el encuentro con los demás; es la percepción de la comunidad como componente fundamental de la individualidad. El fundamento de la sociabilidad es la percepción inmanente de lo colectivo como parte del yo, es el yo proyectado hacia el mundo de la vida en donde se opera el encuentro con las demás personas y sus contextos, y con ellas se construye la intersubjetividad que da lugar a la conformación del nosotros y del sujeto colectivo. La unidad persona-familia representa la dinámica contemporánea de la familia en

---

<sup>13</sup> Este es un postulado consagrado en el artículo 30 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

su pluralidad y su diversidad, con sus desafíos, sus fortalezas y sus debilidades. Ella es presencia, representación e interlocución entre sus integrantes en la vida privada y agente de articulación con la esfera pública, con el Estado y la sociedad. Para el desarrollo de sus capacidades y para la formación de los sujetos democráticos, las familias necesitan vivir en democracia y gozar de sus ventajas y bondades.

### **3. La democracia en las familias**

#### **3.1. La familia forma las vivencias de la democracia**

La presencia de la familia en el cuerpo institucional colombiano le otorga funciones precisas, todas orientadas por el paradigma de los derechos humanos. Las familias son unidades sociales formadoras de las vivencias de la democracia; este es el punto de partida de la formación de los sujetos democráticos. Esta tarea se lleva a cabo mediante las prácticas de la vida cotidiana. El comportamiento de las niñas y los niños es el reflejo del comportamiento de sus padres y madres. El conocimiento a través de las vivencias es lo propio de las familias como formadoras de la personalidad de sus hijos e hijas. Es lo que en el lenguaje cotidiano se denomina la formación por el ejemplo. Históricamente, la familia ha sido la educadora de la infancia, ella es la reproductora de los modelos de vida y organización social que ha conocido la humanidad. En la actualidad, la organización familiar no puede continuar su función de agente formador de los referentes del modelo patriarcal, como la sumisión de las mujeres al poder de los varones, la desigualdad y la discriminación de las mujeres, la obediencia incondicional de las niñas, niños y adolescentes a sus padres y madres y la utilización del castigo como instrumento pedagógico, porque estas prácticas son incompatibles con el paradigma de los derechos humanos. Lo que hoy se espera de la familia en sus relaciones internas es que se inicie el proceso de formación de sus integrantes como sujetos democráticos y titulares activos de los derechos.

La primera condición que se debe tener en cuenta es el reconocimiento de quienes integran el grupo familiar como personas dignas y merecedoras del respeto debido a los atributos fundamentales de los seres humanos, que son la dignidad, la libertad, la responsabilidad, la igualdad y la autonomía. El reconocimiento de estos atributos hace que el grupo familiar se consolide como una organización de seres humanos iguales en todos los momentos de su proceso vital. La igualdad se realiza entre hombres y mujeres, entre las generaciones y en todos los momentos y oportunidades del desarrollo de la personalidad.

Otro presupuesto es el reconocimiento de los integrantes del grupo familiar como sujetos activos de los derechos humanos. Esto quiere decir que las obligaciones que padres y madres tienen con sus hijos e hijas no se realizan porque estos son de su propiedad sino porque son personas que se forman para la libertad, la autonomía y

la responsabilidad. Los hijos e hijas no son objetos de posesión de sus progenitores ni tienen derechos sobre ellos. Los niños y las niñas son personas titulares activos de sus derechos y los ejercen en todo momento mediante los lenguajes acordes con el momento de vida en que se encuentren. Las personas adultas mayores no pierden su titularidad de los derechos por el paso del tiempo ni su desvinculación de las actividades productivas. Su condición de ancianos no es factor de pérdida de su civilidad ni de su estatuto personal desde el punto de vista de sus derechos.

Un tercer presupuesto del desarrollo de la democracia en la familia es el fin de poder autoritario y del castigo físico y psicológico ejemplarizante como herramienta pedagógica. Las relaciones intrafamiliares en los modelos democráticos se caracterizan por la comunicación entre iguales, la controversia y la concertación como medio para tomar las decisiones y manejar los conflictos que se presentan entre los integrantes del grupo familiar. En el paradigma de los derechos están proscritas todas las formas de violencia que antes estaban amparadas por las leyes propias del modelo patriarcal. En la democracia como en la familia, vista por el paradigma de los derechos, ya no proceden las hegemonías para consolidar el poder como la religión, del pensamiento único y del silencio inmemorial de las mujeres, de las niñas, niños y del adulto mayor. En la familia democrática no se impone, se negocia; no se castiga, se exige el cumplimiento de los compromisos adquiridos por sus integrantes mediante la concertación. En la familia democrática, todos participan en las tareas domésticas y todos sus espacios son escenarios en donde se perciben las vivencias de la democracia.

La democracia en la familia es comunicación entre iguales y ejercicio de la libertad con responsabilidad. Hablamos de la democracia de los sentimientos, del amor expresado con respeto y reconocimiento de la dignidad del ser amado, de la ausencia de relaciones posesivas, del fin de la idea de propiedad y posesión de los seres que se aman. La democracia en la familia es el apoyo incondicional y la orientación asertiva para la realización de los proyectos personales, es la solidaridad entendida como la contribución que hacemos todos y todas para cumplir los sueños y las ilusiones de quienes integran el grupo, es vivir en paz a pesar de los desamores, las desavenencias y los desencuentros conyugales, filiales y fraternales; es la convivencia plasmada en la comprensión y la comunicación a través de los lenguajes, los gestos, los movimientos y los silencios, los amores y los desamores, las esperanzas y los dolores, los éxitos y los fracasos, las ilusiones y las desesperanzas, la participación y la percepción de que somos un yo y un nosotros que se impulsa mutuamente para avanzar por la vida con confianza, seguridad y optimismo, a pesar de las adversidades y las caídas porque en la casa aprendemos que los errores y los fracasos forman parte de los libros escritos con las percepciones y las vivencias que nos enseñan a vivir y nos forman como ciudadanos libres, autónomos y responsables con nuestro propio yo, con nuestro cuerpo y como seres sociales y políticos. Esta es la familia que soñamos para el siglo XXI, en la que terminaremos nuestras vidas y es el legado que les dejaremos a nuestros hijos, hijas, nietos y nietas, y a las generaciones que vendrán.

### 3.2. La autoridad democrática dentro de la familia

En la casa es necesario superar la autoridad paternal absolutista, unilateral y castigadora, para convertirla en una autoridad concertada, orientadora y basada en el cumplimiento de los compromisos pactados; esta es la autoridad democrática. Ante todo hay que recordar que la democracia, en todas sus manifestaciones, necesita de la autoridad para consolidar la convivencia pacífica. La autoridad en la familia es la manera en que se fijan y se exige el cumplimiento de los límites a las acciones en el interior de la casa. La autoridad consiste en hacer de los límites posibilidades de realización y formación de la personalidad democrática. Esta emerge de las relaciones intrafamiliares y no de la voluntad de poder del padre y de la madre. La autoridad se construye en las concertaciones cotidianas entre sus integrantes, en las cuales se establecen los compromisos para la gestión y el manejo de sus relaciones. En este sentido, entre sus finalidades están la vigilancia del cumplimiento de los compromisos adquiridos por todos los integrantes y el desarrollo de la responsabilidad para el ejercicio de la libertad.

La autoridad en la familia es horizontal cuando conciertan y se cumplen los compromisos pactados; pero cuando se producen incumplimientos y no se reconocen sus consecuencias, se tiene que ejercer la autoridad vertical; es decir que cuando los compromisos no se cumplen y quien incumplió no asume las consecuencias de sus actos, los padres y las madres deben tomar las decisiones adecuadas y oportunas para garantizar la convivencia democrática en el hogar, apelando siempre a la conciencia responsable de quien incumple el compromiso establecido. Las sanciones son pertinentes cuando la dinámica de los acuerdos es insuficiente para garantizar la formación de la conciencia responsable, porque ante todo es necesario que el incumplimiento de un acuerdo se convierta en elemento formador del sujeto democrático y esta tarea se cumple cuando las personas responden por sus actos, aceptan el error y modifican sus comportamientos de convivencia en la familia. Las sanciones impuestas deben ser proporcionales al incumplimiento, oportunas y efectivas; se deben acompañar de las debidas explicaciones de la razón de ser de la autoridad como instrumento de amor, comprensión y voluntad para acompañar al incumplido en la aceptación y cumplimiento de la sanción.

La concepción democrática de la autoridad se opone a la concepción de patria potestad que aún conserva el Código Civil colombiano para regular las relaciones de los padres y las madres con sus hijos e hijas. Esta figura parte de la idea de que los padres tienen derechos sobre los hijos, noción incompatible con el paradigma de los derechos porque nadie tiene derechos sobre nadie en este modelo. Por esta razón hablamos de autoridad paterno-maternal; la patria potestad es la figura trasnochada del poder del padre sobre los hijos, de la posesión y propiedad de unas personas sobre otras, donde niños y niñas son considerados objetos de amor o desamor, de sobreprotección o de abandono. La patria potestad debe eliminarse para dar paso a la autoridad democrática formadora de la civilidad y del sujeto político, actor central de la democracia contemporánea.



Como puede apreciarse, la autoridad es el pilar de la democracia en la familia; el castigo físico y psicológico y todas las formas de maltrato y violencia contra mujeres, niños, niñas, adolescentes y personas adultas mayores son totalmente incompatibles con la convivencia democrática. Este aspecto es uno de los más descuidados en los procesos de atención a las familias. Se necesita desarrollar nuevas prácticas amables y efectivas para formar a los hijos e hijas para la democracia, para la civilidad. La autoridad democrática hay que formarla y moldearla en la conciencia y el corazón de quienes la ejercen dentro de las familias, es decir, de todos sus integrantes.

### **3.3. La justicia en el interior de las familias**

La justicia tiene sus características propias cuando se la ubica en el interior de la casa. Aclaremos: no existen jueces, tribunales ni procedimientos en la justicia familiar. Existen percepciones, vivencias, amores y desamores, voluntad y razón, ternura y comprensión para ejercer la justicia dentro de las familias. La justicia en la familia está vinculada a la ética civil, a la idea de distribución adecuada de los recursos de que se dispone para asegurar su calidad de vida, y al manejo de sus afectos y desamores; se lleva a cabo a través de las controversias y las concertaciones. Son decisiones que toma el grupo familiar o que emanan de los padres y las madres de manera horizontal o vertical, y que se orientan al desarrollo integral de todos sus integrantes. La justicia en la familia es la garantía para el ejercicio de los derechos de quienes la conforman y es la manera de solucionar los conflictos que surgen en sus relaciones internas. La justicia en la familia forma la conciencia democrática y toma decisiones para la solución pacífica de los conflictos intrafamiliares. Su misión es garantizar el ejercicio de los derechos porque distribuye adecuadamente los recursos de que dispone y asegura la convivencia pacífica dentro de la casa.

Así entendida, la justicia familiar es la llamada a resolver la triste paradoja que afecta a los integrantes de buena parte de las familias, que la piensan como el nido de amor y la viven con violencia, maltrato, abandono, abuso sexual de niños, niñas y adolescentes, violación de mujeres, y violencias y abandonos de los adultos mayores. Es paradójico pensar la familia como paraíso y vivirla como infierno. El Estado, a través de la Ley 294 de 1996 tipificó el delito de violencia intrafamiliar, y desarrolló la política “Haz Paz” para combatirla, pero sus resultados son muy pobres, los índices de violencia intrafamiliar siguen en ascenso. Los estudios de conflictividad que realizamos en zonas de alta violencia (en Putumayo y en Casanare) mostraron que la violencia intrafamiliar es más frecuente que la del conflicto armado y, sin embargo, los mayores presupuestos del Estado se dirigen a la violencia política, mientras la intrafamiliar carece de recursos y ocupa un lugar secundario en los planes de desarrollo. Las comisarías de familia están desbordadas y carecen de los elementos para atender a las numerosas familias cuyas mujeres y en ocasiones hombres son víctimas de la violencia de sus cónyuges o porque maltratan a sus hijos e hijas. La

ineficacia de la justicia del Estado para las familias fracasa porque no se ha trabajado en la formación y consolidación de la justicia dentro de las familias.

Hay que tener en cuenta que si los seres humanos somos generadores de conflictos, también podemos ser los autores de las soluciones. Por consiguiente, la erradicación de las violencias en las familias depende de la transformación cultural en el manejo de los conflictos de pareja y la forma de ejercer la autoridad sobre hijos e hijas. Para realizar esos cambios es necesaria la comprensión por parte de los hombres, de los padres y las madres de que las mujeres son seres humanos tan dignos y valiosos como ellos mismos, y que las niñas, niños y adolescentes son personas con la misma dignidad y derechos que las personas adultas, y que estos no se pierden con la edad, que hay que llegar a la senectud con la dignidad y titularidad de derechos con que se vivió en la niñez, en la juventud y en la adultez. Esta comprensión es el punto de partida para consolidar la justicia en las relaciones familiares.

Para concluir este análisis tengamos en cuenta que la justicia familiar no maneja estándares predeterminados, no hay procedimientos fijos y las normas no son absolutas. La justicia en la familia se ejerce según el momento y las circunstancias que rodean los actos conflictivos, las acciones distributivas de los recursos, los sentimientos y las reacciones que se desprenden de los actos generadores de los conflictos. Las reacciones de los seres humanos frente a actos o acciones de quienes conviven en la misma casa son inesperadas, espontáneas y generalmente irreflexivas. Por ello, las respuestas de la justicia tienen que apreciar y comprender esa complejidad. Una mujer puede perdonar una infidelidad, pero puede pedir el divorcio porque su pareja le esculca la cartera o no asiste a la fiesta de cumpleaños de su mamá o su papá. Puede que lo primero le resulte más fácil de aceptar porque no es posesiva con su pareja y puede entender el desliz de su cónyuge o compañero, pero no entiende y no acepta el desplante a sus seres más queridos porque ese vínculo de amor es inviolable para ella. La justicia para los niños y las niñas es espontánea y circunstancial. Lo fundamental es que ellos entiendan que hay unas pocas normas que son inviolables en todo momento y que estas son importantes para todos los integrantes del grupo familiar y que, para las demás acciones de la vida cotidiana, las normas se negocian en función del interés y la convivencia del momento. La justicia en la familia se maneja con unas pocas normas que siempre se cumplen porque son las que aseguran la estabilidad y la paz en la casa, y con una amplia elasticidad, comprensión y ternura para sortear los encuentros y desencuentros que se presentan en la frecuencia de la vida cotidiana.

Son muchos los desafíos que tenemos como personas, como sociedad y como Estado para que esta familia soñada llegue a la realidad en los municipios, en los barrios y en los campos de este país. La tradición de autoritarismo, exclusión, discriminación, malos tratos y formas violentas de solución de los conflictos sigue presente, entre otras causas, porque llevamos más de 50 años de solución violenta de nuestras controversias en el orden sociopolítico y no hemos podido formar sujetos democráticos que pongan en marcha la democracia fundada en el paradigma de los

derechos humanos. El Estado no está a la altura de este paradigma porque su concepción y su gestión se mueven entre paradojas que no están en capacidad de resolver. La familia en la democracia y la democracia en las familias es un proyecto de vida individual y colectivo que nos corresponde poner en marcha a todos y todas desde nuestra propia conciencia para obrar con autonomía y libertad. El Estado tiene que orientar el cumplimiento de esos desafíos modificando su gestión asistencialista para entenderla y realizarla poniendo en marcha, con recursos apropiados y suficientes, el paradigma de los derechos. Los planes de desarrollo y las políticas públicas tienen que orientarse a cumplir este paradigma en su integridad, y las autoridades deben modificar sus actuaciones para entender que sus funciones tienen una finalidad: consolidar la democracia en las familias, y que la familia, como sujeto colectivo de derechos, posea una presencia activa en la democracia, para que sea el agente político que definió la Constitución Política colombiana que entró en vigencia en 1991.

## Bibliografía

- ARENDRT, Hannah, *La condición humana*, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 1993.
- ARIÈS, Philippe, *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, Paris, Editions du Seuil, 1973.
- BOBBIO, Norberto, *Estado, Gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2009.
- CORTINA, Adela, *ÉTICA SIN MORAL*, MADRID, EDITORIAL TECNOS, 1995.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Editorial Ariel, 1989.
- \_\_\_\_\_, *La comunidad liberal*, Bogotá, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores, 2004.
- \_\_\_\_\_, *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político*. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 2008.
- ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA - JESÚS ANTONIO MUÑOZ, *Niños, niñas y adolescentes víctimas del abuso sexual*, Bogotá, Imprime Ltda., 2006.
- FANLO, Isabel, *Derecho de los niños. Una contribución teórica*. México, Distribuciones Fontamara S.A., 2004.
- FERRY, Luc, *La révolution de l'amour. Pour une spiritualité laïque*, Paris, Editions Plon, 2010.
- GALVIS ORTIZ, Ligia, *Comprensión de los derechos humanos*, Bogotá, Ediciones Aurora, 2000.
- \_\_\_\_\_, *La familia. Una prioridad olvidada*, Bogotá, Ediciones Aurora, 2002.
- \_\_\_\_\_, *Las niñas, las y los adolescentes: titulares activos de derechos*, Bogotá, Ediciones Aurora, 2006.
- \_\_\_\_\_, *Pensar la familia de hoy*, Bogotá, Ediciones Aurora, 2011.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto y FRANCISCO LAPORTA, *El derecho y la justicia*, Madrid, Editorial Trotta, 2000.

- HABERMAS, Jürgen, *La inclusión del otro*, Madrid, Ediciones Paidós Ibérica, 1999.
- \_\_\_\_\_, *Facticidad y validez*, Madrid, Editorial Trotta, 2001.
- HITCHENS, Christopher, *Amor, pobreza y guerra*, Barcelona, Random House Mondadori, 2010.
- KAHN, Paul, *El análisis cultural del derecho*, Barcelona, Gedisa Editorial, 2001.
- KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, Madrid, Editorial Tecnos, 1989.
- MEJÍA QUINTANA, Oscar, *La problemática iusfilosófica de la obediencia al derecho y la justificación constitucional de la desobediencia civil*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Sede Bogotá, 2001.
- MOLINA VÉLEZ, Beatriz María, *Su legado a la terapia familiar en Colombia*, Medellín, Fundación Bienestar Humano, Medellín Todográficas, 2009.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS EN COLOMBIA, *Compilación de instrumentos internacionales. Derecho internacional de los derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional*, Bogotá, Panamericana Formas e Impresos, 2001.
- SEN, Amartia, *Desarrollo y libertad*, Barcelona, Editorial Planeta, 2000.
- \_\_\_\_\_, *La idea de la justicia*, Madrid, Santillana Ediciones Generales, 2010.
- WORMS, Frederic, *Droits de l'homme et philosophie*, Paris, CNRS Editions, 2009.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

**Francisco J. Menin\* (Argentina)**

## **La identidad de género como derecho humano: la legislación argentina**

### **RESUMEN**

La concepción de la sexualidad en la humanidad estuvo dominada durante milenios por la distinción binaria entre sexos masculino y femenino. La diferenciación entre sexo y género, producida desde mediados del siglo pasado, ha puesto de presente otras realidades sexuales como el travestismo o la intersexualidad, que interpelan al derecho y obligan a revisar las instituciones y categorías tradicionales. Frente a esta realidad surge la necesidad de avanzar en la identidad de género como un derecho humano, proceso que poco a poco se inserta en las organizaciones internacionales. La Argentina ha elaborado una normativa sobre identidad de género de vanguardia que merece ser analizada, puesto que representa un cambio concreto y simbólico de grandes dimensiones para los derechos humanos, que promueve un entendimiento social inclusivo de la sexualidad humana.

**Palabras clave:** identidad de género, Principios de Yogyakarta, heteronormatividad, derechos LGTBI.

### **ZUSAMMENFASSUNG**

Über Jahrtausende wurde das menschliche Verständnis der Sexualität von der binären Unterscheidung zwischen männlichem und weiblichem Geschlecht bestimmt. Die Differenzierung zwischen Geschlecht und Gender seit der Mitte des vergangenen Jahrhunderts ließ andere sexuelle Realitäten in Erscheinung treten wie den Transvestitismus oder die Intersexualität, die das bestehende Recht hinterfragen und Anlass zur Überprüfung der traditionellen Institutionen und Kategorien geben. Angesichts

---

\* Abogado, especialista en Gestión e Innovación y maestrando en Derecho Privado. Docente adscrito de la Universidad Nacional de Rosario. Secretario de Presidencia del Concejo Municipal de Rosario. franciscomenin@toledomenin.com.ar.

dieser Realität sind Fortschritte bei der Definition der Gender-Identität als Menschenrecht erforderlich. Dabei handelt es sich um einen Prozess, der sich allmählich in den internationalen Organisationen durchsetzt. Zur Gender-Identität hat Argentinien eine richtungsweisende Gesetzgebung entwickelt, die es wert ist, analysiert zu werden, da sie für einen konkreten und symbolischen Wandel großen Ausmaßes auf dem Gebiet der Menschenrechte steht, und mit dem ein sozial inklusives Verständnis der menschlichen Sexualität gefördert wird.

**Schlagwörter:** Gender-Identität; Yogyakarta-Prinzipien; Heteronormativität; LGT-BI-Rechte.

## ABSTRACT

For thousands of years, the notion of human sexuality was dominated by the binary distinction between the male and female sexes. The difference between sex and gender, developed in the mid-20th century, has revealed other sexual realities such as transvestism or intersex, which challenge the law and call for a revision of traditional institutions and classifications. This reality also requires a recognition of gender identity as a human right, a process which is slowly gaining ground in international organizations. Argentina has developed pioneering rules on gender identity which deserve to be analyzed since they represent a huge specific and symbolic change for human rights and the promotion of a socially inclusive understanding of human sexuality.

**Keywords:** Gender identity, Yogyakarta principles, heteronormativity, LGBTBI rights.

## 1. Las transformaciones en torno a los dogmas de la sexualidad y el derecho

La concepción de la sexualidad en la humanidad estuvo dominada durante milenios por una distinción binaria entre sexos masculino y femenino. La rígida división llevó a la creación del paradigma de la heteronormatividad, conforme el cual todo se regula y establece entendiendo la heterosexualidad como el parámetro adecuado, y lo que no se adecue, como algo negativo.<sup>1</sup>

El devenir sociocultural ha permitido que se pongan de relieve realidades que escapan a la heteronormatividad y que presentan múltiples variables en la forma de vivir la sexualidad de las personas. Hacia mediados del siglo pasado, las teorías feministas y *queer* comienzan a realizar una distinción entre sexo y género, basada en el entendimiento de que no existen papeles sexuales esenciales o biológicamente

---

<sup>1</sup> Samuel Chambers, "Telepistemology of the Closet; or, the Queer Politics of Six Feet Under", *Journal of American Culture*, núm. 26.1, 2003, pp. 24-41.

inscritos en la naturaleza humana, sino formas socialmente variables de desempeñar uno o varios roles sexuales.<sup>2</sup>

Se empieza a pensar al sexo como aquello que biológicamente se porta por el nacimiento, mientras que el género es la construcción social de lo que la persona es en términos de su plan de vida o autobiografía.<sup>3</sup> Se torna visible para la sociedad que en muchos casos no existe una relación simétrica entre sexo y construcción social del género que la persona habita por elección autorreferencial.<sup>4</sup> Y en virtud de esta disociación se comienza a dar entidad a múltiples vivencias sexuales, como el travestismo, el transgénero, la intersexualidad, etc.

Las nuevas perspectivas de pensamiento y realidades sociales interpelan al derecho, cuestionando sus dogmas y obligando a revisar la mirada sobre las instituciones y categorías establecidas. Se hace patente que existe entonces una identidad rígida, estática, formada por el genoma humano, las huellas digitales, la edad, etc., pero paralelamente se despliega una identidad dinámica, que fluye y se desenvuelve, constituida por los atributos y las características de cada persona, que hace prevalecer la construcción desde lo humano, el deseo y las necesidades. Una identidad que radica en la percepción que el sujeto tiene de sí mismo, en la búsqueda voluntaria y deseada de su sexualidad, y en la forma que desea desplegarla en su vida social e íntima.<sup>5</sup>

Ante la realidad presentada, la identidad de género comienza a transitar sus primeros pasos hacia su consagración como un derecho humano. Ha logrado una escasa manifestación en ámbitos internacionales, pero a nivel nacional algunas sociedades han avanzado y la legislación argentina constituye un importante ejemplo de vanguardia.

## 2. El marco internacional

### 2.1. Los Principios de Yogyakarta

La sensibilización sobre la situación de discriminación y exclusión que vive el colectivo lésbico, gay, bisexual, transgénero e intersex (LGTBI) generó un proceso en las organizaciones internacionales que se consagró con la adopción de los Principios de Yogyakarta<sup>6</sup> en 2006. El documento fue elaborado a petición de

---

<sup>2</sup> Sergio Barocelli, “El derecho a la salud de las personas trans en la Ley de Identidad de Género”, en Graciela Medina (comp.), *Suplemento especial identidad de Género*, Buenos Aires, La Ley, 2012, p. 4.

<sup>3</sup> Victoria Carrera Fernández *et ál.*, “Heteronormatividad, cultura y educación”, *Intersexiones*, núm. 4, 2013, pp. 46-48.

<sup>4</sup> Andrés Gil Domínguez, “Derecho a la no discriminación y Ley de Identidad de Género”, en Medina, *op. cit.*, p. 32.

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

<sup>6</sup> *Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*, marzo de

Louise Arbour, exalto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2004-2008) y redactado en la ciudad indonesia de Yogyakarta por un grupo de 29 expertos en derechos humanos y derecho internacional. Los Principios conceptúan la identidad de género como:

La vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

En su tercer principio se establece el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, y se declara que la orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad.

Y posteriormente se establecen en los literales B a D del principio que los Estados deben adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para respetar plenamente y reconocer legalmente el derecho de cada persona a la identidad de género que ella defina para sí, mediante procedimientos eficientes, justos y que respeten la dignidad y privacidad de la persona.

Si bien los Principios no poseen una adopción oficial por parte de las Naciones Unidas, iniciaron un proceso que derivó en la adopción de la Declaración sobre orientación sexual e identidad de género de las Naciones Unidas,<sup>7</sup> adoptada en 2008, que a pesar de no hacer referencia al derecho a la identidad de género, da un marco de contención al colectivo.

## 2.2. La situación en el ámbito interamericano

La Organización de Estados Americanos adoptó en 2008 la Resolución Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género,<sup>8</sup> donde se introduce el análisis de la institución, y va ampliando su mandato en sucesivas resoluciones<sup>9</sup> y estudios.<sup>10</sup> Si bien la Organización no ha dado consagración definitiva al derecho

2007. Disponible en: [http://www.yogyakartaprinciples.org/principles\\_sp\\_principles.htm](http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_sp_principles.htm).

<sup>7</sup> Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/63/635>.

<sup>8</sup> Disponible en: [http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES\\_2435\\_XXXVIII-O-08.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/AG-RES_2435_XXXVIII-O-08.pdf).

<sup>9</sup> Resoluciones AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09); AG/RES. 2600 (XL-O/10); AG/RES. 2653 (XLI-O/11); AG/RES. 2721 (XLII-O/12); AG/RES. 2807 (XLIII-O/13); y el Proyecto AG/CG/doc.12/14 rev.1.

<sup>10</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Orientación sexual, identidad de género y expresión de género*, CP/CAJP/INF, 166/12, 2012. Disponible en: <http://www.oas.org/>



a la identidad de género, las normas van modificando su terminología hacia expresiones que permiten inferir una tendencia ampliatoria de derechos.

Por su parte, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos se desarrolló el *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, cuya sentencia de 2012 estableció que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y por ello está proscrita toda norma que pueda disminuir o restringir los derechos de una persona a partir de su orientación sexual.<sup>11</sup>

En el ámbito del MERCOSUR se dio un tratamiento expreso en el marco del Seminario sobre Diversidad Sexual, Identidad y Género de las Altas Autoridades en Derechos Humanos, donde se adoptaron en 2007 las Recomendaciones sobre los Derechos de las Minorías Sexuales, que establecen la necesidad de sancionar leyes que posibiliten a las personas trans los cambios registrales de nombre y sexo sin requisitos quirúrgicos o médicos de ningún tipo, y que garanticen el acceso público y gratuito a los tratamientos y cirugías de reasignación de sexo para aquellas/aquellos que lo deseen.<sup>12</sup>

### 3. El proceso político en la Argentina

Desde el retorno de la democracia en 1982, el movimiento LGTBI llevó a cabo un activismo intenso que logró reivindicaciones paulatinas pero sustanciales, que se han manifestado en múltiples planos, desde los derechos humanos hasta el lenguaje. En gran medida, el proceso de desenvolvimiento de los derechos humanos en la Argentina, producto de las atrocidades de la dictadura militar, dio un marco propicio para el avance en los derechos LGTBI. En particular el desarrollo del derecho a la identidad de los bebés apropiados por los militares<sup>13</sup> ha contribuido también como bagaje conceptual para la construcción del derecho a la identidad de género, al delinear la existencia de una identidad biológica y otra identidad construida por el sujeto.<sup>14</sup>

---

dil/esp/CP-CAJP-INF\_166-12\_esp.pdf.

<sup>11</sup> Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf).

<sup>12</sup> Disponible en: [http://www.observatoriomercosur.org.uy/UserFiles/File/IX\\_RADD-HH\\_AnexoVIII.pdf](http://www.observatoriomercosur.org.uy/UserFiles/File/IX_RADD-HH_AnexoVIII.pdf).

<sup>13</sup> Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad, *El trabajo del Estado en la recuperación de la identidad de jóvenes apropiados en la última dictadura militar*, Buenos Aires, Ministerio de Justicia de la Nación, 2007, pp. 33-105.

<sup>14</sup> Laura Saldivia Menajovsky, *Contexto y originalidad del derecho a la identidad de género en Argentina*, s. f., p. 2. Disponible en: [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/SELA14\\_Saldivia\\_Sp\\_final.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/SELA14_Saldivia_Sp_final.pdf).

Hacia principios de la década de los noventa se inician las primeras organizaciones de derechos de personas travestis y trans<sup>15</sup> como reacción a las sistemáticas privaciones de derechos de las que eran objeto, en especial por el sistema de represión policial, y para trabajar por la visibilización. El debate generado en torno a la derogación de los edictos policiales que reprimían la oferta sexual y el travestismo, y la posterior elaboración del Código de Convivencia Urbana de la ciudad de Buenos Aires, fue un momento de especial importancia en el proceso de avance en los derechos, puesto que logró poner en debate los mecanismos normativos que regulan el vínculo entre sexualidad y ciudadanía.<sup>16</sup>

Los profundos cambios sociales de la posmodernidad también coadyuvaron a que la sociedad se viera interpelada constantemente en sus concepciones tradicionales sobre la sexualidad. El surgimiento del HIV sida puso en debate la salud sexual, el aborto llevó a la escena la decisión sobre el propio cuerpo, la violencia contra la mujer visibilizó la violencia que puede subyacer tras los estereotipos sexuales y de género. Y en el plano normativo, la incorporación constitucional de múltiples tratados internacionales<sup>17</sup> brindó todo un plexo jurídico donde fundar férreamente nuevas demandas sobre derechos.

Los avances se vieron manifestados en la modificación del criterio de la Corte Suprema de Justicia para debatir la constitución de organizaciones LGTBI. En el año 1991 se dictó un polémico fallo que negó la personería jurídica a la organización no gubernamental Comunidad Homosexual Argentina,<sup>18</sup> aduciendo que la defensa pública de la homosexualidad no era un fin que tendiera hacia el “bien común”. Luego de más de una década de activismo, en 2006, con motivo de analizar la personería jurídica de la Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual,<sup>19</sup> el máximo tribunal manifestó que el bien común debía ser entendido de modo pluralista e inclusivo de los intereses de las minorías, y, fundamentalmente, reconoció la realidad de exclusión, marginalidad y opresión que vive el colectivo.

---

<sup>15</sup> Por ejemplo, la Asociación de Travestis Argentinas (ATA), Organización de Travestis y Transexuales de la República Argentina, Asociación por la Lucha por la Identidad Travesti y Transexual.

<sup>16</sup> Saldivia Menajovsky, *op. cit.*, p. 15.

<sup>17</sup> Constitución Nacional Argentina, artículo 75, inciso 22, “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

<sup>18</sup> CSJN, Fallos 314:1531.

<sup>19</sup> CSJN, Fallos 329:5266.

En los primeros años del nuevo siglo, las luchas del colectivo se centraron en los tribunales, elaborando estrategias jurídicas que pusieran el sistema judicial en situación de tener que declarar los derechos que sistemáticamente se le estaban negando en la normativa. El Estado nacional aceptó rápidamente esas demandas y estableció directrices como la Resolución 671/2008<sup>20</sup> de la Administración Nacional de la Seguridad Social que estableció el derecho a pensión para concubinos homosexuales, modificando el marco político que finalmente permitió la sanción de las leyes de Matrimonio Igualitario<sup>21</sup> en 2010 y de Identidad de Género en 2012.

### 3. 1. La regulación de la identidad antes de la Ley de Identidad de Género

El sistema legal previo a la sanción de la Ley de Identidad de Género tenía un fuerte componente médico, con una idea subyacente de patología en torno a los cambios de género, disponiendo desde el nacimiento la diferenciación sexual. El Registro Nacional de las Personas, y su organización provincial, realizaba una inscripción registral del nacimiento en torno al certificado nacional de nacimiento, donde se establecía el sexo del bebé. Con base en estos datos, se emitía el documento nacional de identidad de carácter fijo, exclusivo e inmutable, y la Ley 18.248<sup>22</sup> de Nombre de las Personas Naturales exigía que los nombres no suscitara equívocos respecto del sexo de la persona a quien se imponían.

Quien pretendiera alterar el sistema debía necesariamente recurrir a un proceso judicial de contenido probatorio incierto, usualmente exhaustivo e invasivo.<sup>23</sup> La posibilidad de modificación del nombre exigía, conforme el artículo 15 de la citada ley, que se dictara una resolución judicial y que mediaran justos motivos. Y, complementariamente, el artículo 19 de la Ley 17.132,<sup>24</sup> que regula el ejercicio de la medicina, prohibía a los profesionales llevar a cabo intervenciones que modificaran el “sexo del enfermo”, exceptuando una previa autorización judicial.

Los fundamentos para tal estructura jurídica eran más que entendibles en torno a la necesidad del Estado de establecer políticas públicas, y garantizar la certidumbre de la individualización, pero, como hemos analizado, quedaba fuera del esquema la dinámica que el género despliega en la sociedad actual y especialmente los derechos de las personas involucradas.

---

<sup>20</sup> Disponible en: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/143820/norma.htm>.

<sup>21</sup> Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/169608/norma.htm>.

<sup>22</sup> Disponible en: <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/120000-124999/120325/texact.htm>.

<sup>23</sup> Saldivia Menajovsky, *op. cit.*, p. 30.

<sup>24</sup> Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/19429/texact.htm>.

## 4. La Ley de Identidad de Género de Argentina

En el mes de mayo de 2012, el Congreso Nacional por voto unánime sancionó la Ley 26.743 sobre Identidad de Género,<sup>25</sup> que modificó sustancialmente la dinámica jurídica en torno a la identidad de las personas. La centralidad de la ley se encuentra establecida en su artículo primero, al reconocer a las personas cuatro derechos vinculados al género: que se reconozca su identidad de género, que pueda desarrollarse libremente conforme a esta, a ser tratada conforme dicha identidad y a ser identificada oficialmente con el nombre de pila e imagen que desee. Se trata de cuatro nuevos derechos autónomos, puesto que no requieren autorización judicial para su ejercicio.<sup>26</sup>

### 4.1. El concepto de identidad de género

La ley continúa el sendero conceptual previamente analizado en los Principios de Yogyakarta, y establece en su artículo segundo que la identidad de género es la vivencia interna e individual tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado en el momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Y complementa expresando que el género puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido; y también incluye expresiones de género como la vestimenta, el modo de hablar y los modales.

La ley se abstrae en un primer nivel de toda consideración respecto de la morfología y genética, y se circunscribe en torno al concepto de género. Pero, en un segundo análisis, podemos observar que también aísla el concepto de toda consideración social o cultural, reservándolo exclusivamente para la vivencia que la persona experimente.

### 4.2. La rectificación registral

La ley, en su artículo tercero, establece que toda persona puede solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio del nombre de pila y la imagen, cuando estas no coincidan con su género autopercebido; pero debe ser mantenido el número del documento nacional de identidad, conforme al inciso 2 del artículo cuarto.

Es cierto que el sistema de la ley mantiene la lógica binaria, pudiendo modificarse de un sexo a otro, sin receptar otras sexualidades. Sin embargo, es destacable que

---

<sup>25</sup> Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/ane-xos/195000-199999/197860/norma.htm>.

<sup>26</sup> Silvia Fernández, "La realización del proyecto de vida autorreferencial", en Medina, *op. cit.*, p. 13.

se realiza una desestabilización cultural de lo que se entiende por hombre o mujer, a pesar de no modificar la rigidez jurídica.<sup>27</sup>

Para la rectificación registral, el artículo cuarto establece tres requisitos sencillos: ser mayor de 18 años, presentar nota ante el Registro Nacional de las Personas y expresar el nuevo nombre de pila elegido. Y asimismo reafirma su paradigma de identidad de género, excluyendo específicamente del trámite la necesidad de acreditar intervención quirúrgica por reasignación genital total o parcial, terapias hormonales, u otro tratamiento psicológico y médico. La ley está aquí reconociendo un derecho universal de adecuar el nombre de pila, la imagen y el sexo a todos los ciudadanos sin distinción.<sup>28</sup>

El hecho de que no se requiera análisis médico alguno es un cambio paradigmático en la legislación internacional. Puesto que pasa de un modelo médico patológico del derecho a la identidad de género, a un modelo centrado en la autopercepción genérica;<sup>29</sup> y es destacada por organismos internacionales como la ley de reconocimiento de género más avanzada en el mundo,<sup>30</sup> y se alienta a que sea tomada como modelo por otros países.<sup>31</sup>

El procedimiento administrativo, receptado en el artículo sexto, establece que presentados los requisitos, el oficial público procederá a notificar de oficio la rectificación de sexo y cambio de nombre de pila al Registro Civil donde está asentada la partida de nacimiento, para que emita una nueva, ajustada al cambio solicitado; y, luego, debe expedir un nuevo documento nacional de identidad. Asimismo, se prohíbe cualquier referencia a la ley en la partida o el documento nuevo, y la normativa aclara que los trámites son gratuitos, personales y no necesitan intermediación de gestor o abogado.

Por su parte, en el artículo décimo se establece la obligación del Registro Nacional de las Personas de informar el cambio al Registro Nacional de Reincidencia, al Registro Nacional Electoral para corrección del padrón electoral y a los organismos que pudieran tener información sobre medidas precautorias existentes a nombre del interesado. Y en el artículo decimosegundo se establece que, a solo requerimiento de la persona, el nombre de pila adoptado deberá ser utilizado para la citación, registro, legajo, llamado y cualquier otra gestión o servicio, tanto en los ámbitos públicos como privados.

<sup>27</sup> Saldivia Menajovsky, *op. cit.*, p. 38.

<sup>28</sup> Graciela Medina, "Comentario exegético a la Ley de Identidad de Género", en Medina, *op. cit.*, p. 48.

<sup>29</sup> Saldivia Menajovsky, *op. cit.*, p. 3.

<sup>30</sup> United Nations Development Programme, *Transgender Health and Human Rights*, New York, UNDP, 2013, p. 17. Disponible en: <http://www.undp.org/content/dam/undp/library/HIV-AIDS/Governance%20of%20HIV%20Responses/Trans%20Health%20&%20Human%20Rights.pdf>.

<sup>31</sup> Silvan Agius *et ál.*, *Human Rights and Gender Identity*, ILGA Europe, 2013, p. 18. Disponible en: [http://www.coe.int/t/dg4/lgbt/Source/HumanRightsandgenderidentity\\_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dg4/lgbt/Source/HumanRightsandgenderidentity_EN.pdf).

Corresponde destacar que la ley posee una regulación muy dinámica para la tramitación de la primera rectificación registral, pero en su artículo octavo establece que si se desea modificar nuevamente, solo podrá hacerse con autorización judicial. La ley no especifica qué procedimiento se debe aplicar, o qué extremos deberá analizar el magistrado, pero se entiende que la limitación se basa en la preocupación de que se utilice para realizar un fraude a la ley y en protección de terceros.<sup>32</sup>

### 4.3. La excepción a la mayoría de edad

En el artículo quinto de la ley se recepta una excepción al requisito de la mayoría de edad. En el caso de que un menor sea contenido en los supuestos de la normativa, la solicitud debe ser efectuada por sus representantes legales con expresa conformidad del menor. Asimismo, el artículo establece que se deben tener en cuenta los principios de capacidad progresiva y de interés superior del niño de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre Derechos del Niño, y la Ley 26.061 de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes,<sup>33</sup> incluida la asistencia del abogado del niño, prevista en el artículo 27 de la citada ley. Calificada doctrina entiende que la solicitud de rectificación es un acto personalísimo y, por ello, el solicitante debe ser exclusivamente el menor, y los padres meramente lo representan en el marco del ejercicio de la patria potestad.<sup>34</sup>

Si un representante legal se opone, la ley establece que se podrá pedir por vía sumarísima que los jueces resuelvan. La legislación no estipula cómo se procede en caso de oposición de ambos padres, y si el niño o la niña tiene derecho a recurrir por su propio medio ante el juez. En esta situación, podrá resultar de capital importancia la asistencia letrada que se establece en la Ley 26.061 y todos los derechos establecidos en el marco de un proceso judicial o administrativo.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> Saldivia Menajovsky, *op. cit.*, p. 41.

<sup>33</sup> Disponible en: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/ane-xos/110000-114999/110778/norma.htm>.

<sup>34</sup> Medina, *op. cit.*, p. 50.

<sup>35</sup> Ley 26.061, artículo 27: "Garantías Mínimas de Procedimiento. Garantías en los procedimientos judiciales o administrativos. Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:

a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente;

b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte;

c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine;

#### 4.4. Efectos y derechos

La modificación registral de aspectos de la identidad de una persona implica un quiebre en sus relaciones jurídicas, que la ley salva de una manera práctica. En el artículo séptimo se indica que la rectificación es oponible a terceros desde el momento de su inscripción en el registro, y que no alterará la titularidad de los derechos, ni las obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral, ni las provenientes de las relaciones propias del derecho de familia en todos sus órdenes y grados, las que se mantendrán inmodificables, incluida la adopción. En este sentido, el mantenimiento del número de documento nacional de identidad funciona como hilo conductor de la continuidad de la vida jurídica de la persona, y se impone por sobre el nombre de pila o la apariencia morfológica.

Dentro del cúmulo de derechos que la ley otorga se encuentra la confidencialidad sobre la rectificación registral, indicando en su artículo noveno que solo tendrán acceso al acta de nacimiento original quienes cuenten con autorización del titular de la misma o con orden judicial por escrito y fundada; y que asimismo no se dará publicidad a la rectificación registral de sexo y cambio de nombre de pila en ningún caso, salvo autorización de la persona titular de los datos. Y destacando un caso práctico, especifica que se omitirá la publicación en los diarios a que se refiere el artículo 17 de la Ley 18.248 de Nombre de las Personas.<sup>36</sup>

En un sentido conducente, la ley establece que la identidad de género adoptada deberá ser respetada tanto en ámbitos privados como públicos, y que en aquellas ocasiones donde la persona deba ser nombrada en público, solo se deberá utilizar el nombre de pila de elección que respete la identidad de género adoptada. Y refuerza la noción en su artículo trece, donde indica que toda la normativa, reglamentación o procedimiento deberá respetar el derecho a la identidad de género, y en ningún caso se podrá limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio del derecho, debiendo interpretarse y aplicarse las normas siempre a favor del acceso al mismo. Se trata de una norma genérica de cierre del sistema de la ley, estableciendo un principio *pro homine*.<sup>37</sup>

---

d) A participar activamente en todo el procedimiento;

e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte”.

<sup>36</sup> Ley 18.248, artículo 17: “La modificación, cambio o adición de nombre o apellido, tramitará por el proceso sumarísimo, con intervención del Ministerio Público. *El pedido se publicará en un diario oficial una vez por mes, en el lapso de dos meses.* Podrá formularse oposición dentro de los quince días hábiles computados desde la última publicación. Deberá requerirse información sobre medidas precautorias existentes en nombre del interesado. La sentencia es oponible a terceros y se comunicará al Registro del Estado Civil”.

<sup>37</sup> Gil Domínguez, *op. cit.*, p. 32.

## 4.5. El derecho a la salud

La ley en su dinámica ampliatoria de derechos establece una norma sustancial respecto del derecho a la salud de las personas. En su artículo decimoprimer establece que toda persona mayor de 18 años podrá acceder a intervenciones quirúrgicas y tratamientos integrales hormonales para adecuar su cuerpo, incluida su genitalidad, a su identidad de género autopercibida, sin necesidad de requerir autorización judicial o administrativa. Para su ejercicio solo se requerirá el consentimiento informado, y deberá ser garantizado por los efectores del sistema de salud, ya sean estatales, privados o del subsistema de obras sociales, puesto que se las incluye en el plan médico obligatorio.

Se establece de esta forma un marco de salud protector de la identidad de género desjudicializada, protectora del derecho a la intimidad, y que prioriza la voluntad de las personas por sobre toda otra clasificación y pretensión del sistema médico,<sup>38</sup> y constituye un significativo aporte al necesario abordaje interdisciplinario de la situación de las personas travestis y trans.

## 5. Conclusiones

Como la Corte Suprema de la Nación argentina ha expresado, el colectivo social que la ley protege es un grupo que no solo sufre de discriminación social, sino que también ha sido victimizado de modo gravísimo a través de malos tratos, apremios, violaciones, homicidios, etc. Y es asimismo cierto que se le priva de fuentes de trabajo, y se encuentra prácticamente condenado a condiciones de marginación, y registra altas tasas de mortalidad.<sup>39</sup> En este marco, la Ley de Identidad de Género se presenta como una garantía primaria y general que instrumentaliza un derecho fundamental y humano que debe titularizar cualquier persona por el solo hecho de ser persona. Eso implica que el plan de vida de cada persona no sea motivo de un tratamiento desigualitario por su elección de género.<sup>40</sup>

Mientras la ley analizada da un marco protector del derecho a la intimidad y a la integridad de las personas en la Argentina, en el resto del mundo el parámetro es muy diferente. La mayoría de los países exigen una modificación genital, y en otros países como España el Decreto 3/2007 exige un diagnóstico psiquiátrico de disforia de género y que la persona haya sido tratada medicamente durante dos años.<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> Saldivia Menajovsky, *op. cit.*, p. 47.

<sup>39</sup> CSJN, Fallos 329:5266.

<sup>40</sup> Gil Domínguez, *op. cit.*, p. 32.

<sup>41</sup> Reino de España, Ley 3/2007, artículo 4: "Requisitos para acordar la rectificación

1. La rectificación registral de la mención del sexo se acordará una vez que la persona solicitante acredite:



Tratamiento que en la práctica se manifiesta en una medicación hormonal, con un consiguiente riesgo de esterilización,<sup>42</sup> sistema que ciertamente se entromete en el cuerpo de las personas para que puedan acceder a un derecho. Vale la pena preguntarse qué otro derecho para ser ejercido requiere tratamientos médicos tan invasivos.

La Ley de Identidad de Género argentina se trata de una normativa con una amplia legitimidad puesto que fue producto de la lucha de las organizaciones LGTBI. Significa un cambio concreto y simbólico de grandes dimensiones para los derechos humanos, que promueve un entendimiento social inclusivo de la sexualidad humana.

## Bibliografía

- AGIUS, Silvan, *Human Rights and Gender Identity*, ILGA Europe, 2013. Disponible en: [http://www.coe.int/t/dg4/lgbt/Source/HumanRightsandgenderidentity\\_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dg4/lgbt/Source/HumanRightsandgenderidentity_EN.pdf).
- ATIENZA, Elena, “La transexualidad: aspectos jurídico-sanitarios en el ordenamiento español”, *Salud Colectiva*, núm. 10.3, 2014. Disponible en: [http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S1851-82652014000300007&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S1851-82652014000300007&script=sci_arttext).
- BAROCELLI, Sergio, “El derecho a la salud de las personas trans en la Ley de Identidad de Género”, en Graciela MEDINA (comp.), *Suplemento Especial Identidad de Género*, Buenos Aires, La Ley, 2012.
- CARRERA FERNÁNDEZ, Victoria, María LAMEIRAS FERNÁNDEZ y Yolanda RODRÍGUEZ CASTRO, “Heteronormatividad, cultura y educación”, *Intersexiones*, núm. 4, 2013.

---

a) Que le ha sido diagnosticada disforia de género.

La acreditación del cumplimiento de este requisito se realizará mediante informe de médico o psicólogo clínico, colegiados en España o cuyos títulos hayan sido reconocidos u homologados en España, y que deberá hacer referencia:

1. A la existencia de disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psicosocial, así como la estabilidad y persistencia de esta disonancia.

2. A la ausencia de trastornos de personalidad que pudieran influir, de forma determinante, en la existencia de la disonancia reseñada en el punto anterior.

b) Que ha sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado. La acreditación del cumplimiento de este requisito se efectuará mediante informe del médico colegiado bajo cuya dirección se haya realizado el tratamiento o, en su defecto, mediante informe de un médico forense especializado.

2. No será necesario para la concesión de la rectificación registral de la mención del sexo de una persona que el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación sexual. Los tratamientos médicos a los que se refiere la letra b) del apartado anterior no serán un requisito necesario para la concesión de la rectificación registral cuando concurren razones de salud o edad que imposibiliten su seguimiento y se aporte certificación médica de tal circunstancia”.

<sup>42</sup> Elena Atienza, “La transexualidad: aspectos jurídico-sanitarios en el ordenamiento español”, *Salud Colectiva*, núm. 10.3, 2014. Disponible en: [http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S1851-82652014000300007&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S1851-82652014000300007&script=sci_arttext).

- CHAMBERS, Samuel, “Telepistemology of the Closet; or, the Queer Politics of Six Feet Under”, *Journal of American Culture*, núm. 26.1, 2003.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Orientación sexual, identidad de género y expresión de género*, CP/CAJP/INF. 166/12, 2012.
- COMISIÓN NACIONAL POR EL DERECHO A LA IDENTIDAD, *El trabajo del Estado en la recuperación de la identidad de jóvenes apropiados en la última dictadura militar*, Buenos Aires, Ministerio de Justicia de la Nación, 2007.
- CONGRESO DE LA NACIÓN ARGENTINA, Ley 17.132 - Reglas para el ejercicio de la medicina, odontología y actividad de colaboración de las mismas, Buenos Aires, 24 de enero de 1967.
- \_\_\_\_\_, Ley 18248 - Registro de Estado Civil: Nombre de las Personas, Buenos Aires, 10 de junio de 1969.
- \_\_\_\_\_, Ley 26.061 – Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, Buenos Aires, 28 de septiembre de 2005.
- \_\_\_\_\_, Ley 26.618 – Ley de Matrimonio Igualitario, Buenos Aires, 12 de diciembre de 2002.
- \_\_\_\_\_, Ley 26.743 – Identidad de Género, Buenos Aires, 9 de mayo de 2012.
- \_\_\_\_\_, Resolución 671/2008 de la Administración Nacional de la Seguridad Social, Buenos Aires, 20 de septiembre de 2003.
- CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA, Santa Fe, 22 de agosto de 1994.
- CORTE IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Comunidad Homosexual Argentina c. Inspección General de Justicia*. Fallos 314:1531.
- \_\_\_\_\_, *Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual c. Inspección General de Justicia*, Fallos 329:5266.
- FERNÁNDEZ, Silvia, “La realización del proyecto de vida autorreferencial”, en Graciela MEDINA (comp.), *Suplemento Especial Identidad de Género*, Buenos Aires, La Ley, 2012.
- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Derecho a la no discriminación y Ley de Identidad de Género”, en Graciela MEDINA (comp.), *Suplemento Especial Identidad de Género*, Buenos Aires, La Ley, 2012.
- MEDINA, Graciela, “Comentario exegético a la Ley de Identidad de Género”, en Graciela MEDINA (comp.), *Suplemento Especial Identidad de Género*, Buenos Aires, La Ley, 2012.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Declaración sobre orientación sexual e identidad de género, A/63/635.
- ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, Resolución AG/RES/2435 (XXXVIII-O/08), 3 de junio de 2008.
- \_\_\_\_\_, Resolución AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), 4 de junio de 2009.
- \_\_\_\_\_, Resolución AG/RES. 2600 (XL-O/10), 8 de junio de 2010.
- \_\_\_\_\_, Resolución AG/RES. 2653 (XLI-O/11), 7 de junio de 2011.

\_\_\_\_\_, Resolución AG/RES. 2721 (XLII-O/12), 4 de junio de 2012.

\_\_\_\_\_, Resolución AG/RES. 2807 (XLIII-O/13), 6 de junio de 2013.

\_\_\_\_\_, Proyecto de Resolución AG/CG/doc.12/14 rev.1, Asunción, Paraguay, 5 de junio de 2014.

PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA. *Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*, marzo de 2007. Disponible en: [http://www.yogyakartaprinciples.org/principles\\_sp\\_principles.htm](http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_sp_principles.htm).

REINO DE ESPAÑA, Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, BOE-A-2007-5585.

SALDIVIA MENAJOVSKY, Laura, *Contexto y originalidad del derecho a la identidad de género en Argentina*. Disponible en: [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/SELA14\\_Saldivia\\_Sp\\_final.pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/SELA14_Saldivia_Sp_final.pdf).

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, *Transgender Health and Human Rights*, New York, UNDP, 2013. Disponible en: <http://www.undp.org/content/dam/undp/library/HIV-AIDS/Governance%20of%20HIV%20Responses/Trans%20Health%20&%20Human%20Rights.pdf>.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Lautaro Ríos Álvarez\* (Chile)

## Una constitución política para la unión de los Estados latinoamericanos\*\*

### RESUMEN

La única manera en que los pueblos latinoamericanos podremos salir del subdesarrollo consiste en unirnos políticamente en una gran patria latinoamericana, tal como lo hicieron –hace más de dos siglos– las colonias norteamericanas que hoy emergen como la primera potencia mundial. Pese a los obstáculos de todo orden que desalientan este objetivo, hoy existen signos políticos, convenios de integración económica, la voluntad expresada en nuestras constituciones y el interés de algunos gobiernos que propician la unificación económica, social y política de nuestras naciones, aprovechando las bases de nuestra identidad cultural, nuestra similitud de lengua, nuestra historia compartida y nuestro origen donde se funden las culturas nativas y la iberoamericana. Este trabajo pretende articular los lazos y las expectativas que nos unen por sobre los accidentes que nos separan, a fin de diseñar las bases de la que podría ser la constitución política de los Estados de Latinoamérica.

**Palabras clave:** comunidad latinoamericana, integración latinoamericana, constitución política de la unión de Estados latinoamericanos.

### ZUSAMMENFASSUNG

Der einzige Weg, der unseren Völkern Lateinamerikas offen steht, um ihre Unterentwicklung zu überwinden, ist ihre politische Vereinigung zu einem großen latein-

---

\* Profesor de Teoría Política y Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso. Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad de Chile; doctor en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Primer vicepresidente de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional y miembro correspondiente en Chile de las asociaciones argentina y peruana de derecho constitucional. [lautarorios@estudiorios.cl](mailto:lautarorios@estudiorios.cl).

\*\* Ponencia presentada en las jornadas argentino-chileno-peruano-uruguayas de asociaciones nacionales de derecho constitucional, efectuadas el 14 y 15 de octubre de 2011, en Montevideo (Uruguay). Datos actualizados hasta 2014.

amerikanischen Vaterland, wie ihn - vor mehr als zweihundert Jahren - die nord-amerikanischen Kolonien gewählt haben, die sich zur bedeutendsten Weltmacht entwickelt haben. Ungeachtet aller Widerstände gegen dieses Ziel sind heute die politischen Signale, die Abkommen über wirtschaftliche Integration, der in unseren Verfassungen niedergelegte politische Wille und das Interesse einiger Regierungen vorhanden, die unter Berufung auf unsere kulturelle Identität, die Ähnlichkeit unserer Sprachen, unsere gemeinsame Geschichte und unsere Herkunft, in der die indigenen Kulturen mit der iberoamerikanischen verschmelzen, die wirtschaftliche, soziale und politische Vereinigung unserer Nationen vorantreiben. Der Beitrag beabsichtigt, die Verbindungen und Erwartungen, die uns jenseits aller trennenden Umstände einen, zusammenzuführen, um die Grundlinien dessen herauszuarbeiten, was eines Tages die Verfassung der Staaten von Lateinamerika sein könnte.

**Schlagwörter:** Lateinamerikanische Gemeinschaft; lateinamerikanische Integration; Verfassung der Union der Staaten von Lateinamerika.

### ABSTRACT

The only way that the Latin American people can overcome underdevelopment is by joining politically in one great Latin American nation, just as the North American colonies did over two centuries ago, to become the greatest power in the world. Despite all types of obstacles hindering the attainment of this objective, there are at present certain political signs, economic integration agreements, the will as expressed in our constitutions and the interest of some governments, which foster the economic, social and political unity of our nations, based on our cultural identity, similar language, shared history and our origin which combines native and Ibero-American cultures. This paper seeks to describe the links and expectations that unite us beyond any the accidents that may separate us, in order to develop the bases of what could be the political constitution of the Latin American States.

**Keywords:** Latin American community, Latin American integration, political constitution of the union of Latin American States.

## Introducción

La historia política, económica y cultural –y hasta el imperio o la interrupción de la paz– en el mundo de nuestra época es escrita por las grandes potencias, como los Estados Unidos de Norteamérica y China, o las asociaciones de Estados, como la Unión Europea o la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN). Ellas dictan las normas del comercio internacional, fijan los precios de las materias primas y de los productos elaborados con ellas, así como los términos de su intercambio; deciden cuándo y dónde intervenir –inclusive militarmente– en defensa de sus intereses económicos o geopolíticos; regulan los flujos de inmigración conforme a su conveniencia y, en fin, influyen sobre la vida, el desarrollo o la

subsistencia de otros pueblos que ni siquiera son advertidos acerca del futuro que ellas les deparan.

Aquellos pueblos que carecen de la capacidad de intervenir en estas decisiones van quedando al margen de la historia. Los pueblos de América Latina hemos llegado con dos siglos de retraso a este desafío de la Historia.<sup>1</sup> Y, probablemente, nuestra ceguera y nuestra imprevisión nos obliguen a perder varias décadas más de vacilaciones antes de subirnos a un carro que no se detendrá a esperarnos.

En lugar de aprovechar la coyuntura de nuestra emancipación colonial para integrarnos y enfrentar unidos nuestro destino, nos empeñamos desde temprano en rencillas aldeanas que, con razón, Simón Bolívar llamó “querellas de campanario”; en lugar de elegir líderes con vocación americanista, entronizamos en nuestros gobiernos a caudillos nacionalistas que todavía agitan sus mezquinas banderas; en lugar de compartir nuestros recursos para un desarrollo común, los disputamos en guerras fratricidas cuyo recuerdo aún encona la memoria de nuestros pueblos.

De allí que, en lugar de ser nuestra América morena un coloso capaz de mover al mundo, hayamos llegado a ser –como advirtió Alexander von Humboldt– “un mendigo sentado sobre un montón de oro”. Y, si nos comparamos con la América rubia –encaramada al sitial de primera potencia política, económica y militar del planeta– no es verdad que ella haya partido con ventajas en la carrera del desarrollo poscolonial. Fue exactamente al revés.

Escuchemos al expresidente chileno y exsecretario general de la OEA, Carlos Dávila: “La exportación total de las trece colonias británicas, cuando se independizaron en 1783, no pasaba de cinco millones de dólares. El Brasil solo, exportaba tres o cuatro veces más; y toda América Latina, unas 27 veces más”. En el aspecto cultural, “la Universidad de México [fue] fundada en 1551 [...]. Cuando los hispanoamericanos luchaban por su emancipación, contaban ya con 17 colegios y universidades; cuando los americanos anglosajones pelearon por la suya, sólo tenían diez en su país. La conocida Universidad de San Marcos, de Lima, se inauguró en 1577; la de Córdoba, en Argentina, en 1613; la Universidad de Harvard, que es la más antigua de los Estados Unidos, no se fundó hasta 1636”.

Continúa la cita:

Animada aún por el impulso de la época colonial durante el primer cuarto del s. XIX, la América Latina republicana conservaba todavía en esta última etapa su preeminencia. Sus exportaciones y su comercio seguían siendo mayores que los de Estados Unidos. Mas apuntaban ya los síntomas de la profunda reversión que iba a operarse en pocas décadas. Los “Estados Desunidos” de la América Latina comenzaban a aflojar: la asombrosa variedad de su pro-

---

<sup>1</sup> Ya en 1815, en la Carta de Jamaica, Bolívar dijo: “Sueño, como ningún otro, ver formado un solo cuerpo político en esta parte del mundo”, idea que le movió a convocar el Congreso de Panamá de 1826, sin ningún resultado.

ducción empezó a ser reemplazada por una economía basada en unos pocos productos; las manufacturas y los transportes sufrieron un retroceso; veinte pendencieras y diminutas unidades económicas se dedicaron afanosamente a levantar entre sí murallas hostiles; la inestabilidad política había reemplazado al fuerte y monolítico régimen colonial.<sup>2</sup>

No es el momento de preguntarnos por qué la América rubia nada en la abundancia mientras la América morena yace sumida en la pobreza.<sup>3</sup>

Lo que corresponde a la visión universal que se atribuye a quienes nos dedicamos al derecho público es, primeramente, saber detectar los signos de los tiempos que vivimos y luego contribuir, con los instrumentos de nuestra disciplina, a elaborar los cimientos jurídicos de la nueva América que esos signos nos revelan. Intentaremos, pues, descifrar el mensaje que nos envían los signos de nuestro tiempo, poner en valor las indudables ventajas que ellos nos revelan, remover los obstáculos que nos impiden hasta ahora sellar la unión solidaria de nuestras repúblicas y proponer, finalmente, las bases sobre las cuales confiamos en que ella debiera ser indestructible.

## 1. Los signos de los tiempos

### 1.1. Signos políticos

Un signo potente es la creación, en el año 2000, de la Comunidad Suramericana de Naciones –que hoy se denomina Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR)– en el Primer Encuentro de Presidentes de Suramérica, reunido en Brasil, integrada por 12 países y confirmada en la Tercera Cumbre, en Cusco, Perú, el 18 de diciembre de 2004. Estos 12 Estados –en orden alfabético– son: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela. Este organismo intergubernamental, de ámbito regional, nació a la vida jurídica internacional a partir del 11 de marzo de 2011, fecha en que quedó ratificado por

---

<sup>2</sup> Carlos Dávila, *Nosotros los de las Américas*, 2ª ed. [original: *We of the Americas*], Santiago, Editorial del Pacífico, 1956, pp. 253-256.

<sup>3</sup> Carlos Dávila (*ibid.*, p. 259) apunta: “Los factores que generalmente se anotan para explicar este fenómeno son una combinación de fabulosos recursos naturales, adecuadas instituciones libres, una portentosa corriente de inmigración y un carácter emprendedor y único, típicamente estadounidense”. Dávila añade uno de su cosecha: “La ingeniosidad norteamericana”. Recuerda que Fulton inventó el barco de vapor al comienzo del s. XIX; luego, apareció la procesadora de algodón y el electroimán en 1804; Morse inventó el telégrafo en 1836; la vulcanización del caucho se ideó en 1836; la máquina de coser, en 1846; el freno de aire, en 1869; la máquina de escribir, en 1873; el teléfono, en 1876. Edison inventó la lámpara incandescente en 1887. En 1888 llegó el motor de combustión interna que dio vida al automóvil y a la industria petrolera. En 1893, el cinematógrafo. Con razón, Giovanni Papini nos enrostró a los latinoamericanos no haber sido capaces de inventar ni siquiera una herejía.

nueve países, requisito convenido para su entrada en vigencia.<sup>4</sup> UNASUR concentra el 68% de la población de América Latina.

## 1.2. Convenios de integración económica

Otro signo premonitorio es la existencia de numerosos convenios regionales de integración. Entre ellos cabe mencionar a la *Asociación Latinoamericana de Integración* (ALADI), creada por el Tratado de Montevideo de 12 de agosto de 1980, e integrada por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela –doce países en total–, que propician la formación de un área de preferencias económicas con el objetivo final de lograr un mercado común latinoamericano.

El *Mercosur*, integrado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, conforme al Tratado de Asunción de 26 de marzo de 1991, adicionado por el Protocolo de Ouro Preto, Brasil (diciembre de 1994), con el objetivo de crear el Mercado Común del Sur, en el cual participan –como Estados asociados– Bolivia, Chile, Perú, Ecuador y Colombia.

La *Comunidad Andina*, creada por el Acuerdo de Cartagena, el 26 de mayo de 1969, está constituida por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, y Chile, Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay son países asociados. Su objetivo es la integración andina, suramericana y latinoamericana, que sea convergente con la formación de la Unión de Naciones Suramericanas.

La *Alianza Bolivariana para los Pueblos de América* (ALBA), propuesta por el expresidente de Venezuela Hugo Chávez en la III Cumbre de Jefes de Estado de la Asociación de Estados del Caribe (Isla de Margarita, diciembre de 2001), fue ratificada en la primera Cumbre de la Alianza realizada en La Habana, el 14 de diciembre de 2004. Está integrada por Venezuela, Cuba, Bolivia, Nicaragua, la Mancomuni-

---

<sup>4</sup> El pacto de UNASUR ya ha sido ratificado por los 12 países participantes; el último de ellos, Paraguay, el 11 de agosto de 2011. El Tratado Constitutivo de UNASUR, donde se aprobaron su estructura, sus instituciones y sus objetivos, se celebró en Brasilia el 23 de mayo de 2008. Su primera presidenta fue la mandataria chilena Michelle Bachelet y su primer secretario general, el expresidente argentino Néstor Kirchner (q.e.p.d.). La Secretaría General tendrá sede permanente en Quito, Ecuador, aunque provisoriamente funciona en Brasilia. El Parlamento Suramericano se asentará en Cochabamba, Bolivia. Su objetivo es construir, de manera participativa y consensuada, un espacio de integración y unidad en lo cultural, social, económico y político entre los países integrantes. UNASUR inició sus planes de integración con la Carretera Interoceánica que unirá a Brasil, Bolivia y Perú, comenzada en septiembre de 2005, y que dará a Brasil salida al Pacífico; a Perú salida al Atlántico, y a Bolivia, a ambos océanos. En la Cumbre de Brasilia de 2008 se convino –con la excepción de Surinam– que toda Suramérica pueda ser visitada por cualquier suramericano, hasta por 90 días, sin otro requisito que su cédula nacional de identidad. UNASUR tuvo influencia determinante para desactivar conflictos secesionistas en Bolivia (2008) y en Ecuador (2010), dando pleno respaldo a sus respectivos presidentes. UNASUR fue reconocida en 2011 como Miembro Observador de las Naciones Unidas.



dad de Dominica, Honduras, San Vicente y las Granadinas, Ecuador y Antigua y Barbuda. Se propone ser una alternativa del ALCA –que reúne a Estados Unidos de Norte América, México y Canadá– y contraponer a los tratados de libre comercio (TLC) que propician estos países, los tratados de comercio de los pueblos (TCP) que intentarían evitar el desempleo, la marginación y la destrucción de las economías nacionales que provocarían aquellos.

También cabe señalar a la *Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños* (CELAC), creada en la Cumbre de la Unidad de América Latina y el Caribe, en la ciudad de Playa del Carmen, Quintana Roo, México, el 23 de febrero de 2010. Reúne a 33 países latinoamericanos independientes, excepto Honduras, y deja afuera a Estados Unidos y Canadá. Por primera vez se unen en una entidad de integración comunitaria los Estados de Suramérica, de América Central y México.

Finalmente, debe citarse la *Alianza del Pacífico*, iniciada en el Perú a través de la Declaración de Lima (28 de abril de 2011) y formalizada mediante el Acuerdo Marco de la Alianza suscrito en Paranál (Chile) por los presidentes de México, Colombia, Perú y Chile el 6 de junio de 2012. Esta Alianza representa el 40% del PIB de América Latina, reúne el 55% de las exportaciones latinoamericanas y, en su conjunto, es la sexta economía más grande del mundo.<sup>5</sup> La Alianza ha acordado la eliminación de visas para transitar libremente entre los cuatro países integrantes. Tiene en funcionamiento el Mercado Integrado Latinoamericano (MILA), que ha logrado la complementación de las bolsas de valores de Chile, de Colombia y de Perú, y se espera que la de México lo haga en el curso de 2014.

### 1.3. Voluntad integracionista expresada en las constituciones políticas de la gran mayoría de los Estados latinoamericanos

Un signo de extraordinaria importancia es la voluntad del constituyente de los países de América Latina.

**1.3.1.** La Constitución de la Nación Argentina entre las “Atribuciones del Congreso” (establecidas en su art. 75 por la Reforma de 1994) contiene la siguiente: “Corresponde al Congreso: [...] 24. Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes”.

**1.3.2.** La Constitución Plurinacional de Bolivia de 2009 contiene, en el Título VIII, el Capítulo III dedicado a la Integración, cuyo artículo 265-I prescribe lo siguiente: “El Estado promoverá, sobre los principios de una relación justa, equitativa

<sup>5</sup> Según el Fondo Monetario Internacional (FMI), las diez mayores economías son, en miles de millones de dólares: 1) Estados Unidos: 16.238, 2) China: 13.623, 3) India: 5.032, 4) Japón: 4.779, 5) Alemania: 3.270, 6) *Alianza del Pacífico*: 3.075, 7) Rusia: 2.641, 8) Brasil: 2.467, 9) Reino Unido: 2.391, 10) Francia: 2.290 (*El Mercurio*, Santiago de Chile, 13 de agosto de 2013, p. B-6).

y con reconocimiento de las asimetrías, las relaciones de integración social, política, cultural y económica con los demás Estados, naciones y pueblos del mundo y, en particular, promoverá la integración latinoamericana”.

**1.3.3.** La Carta Fundamental de Brasil en el Parágrafo único, que cierra el Título I acerca “De los Principios Fundamentales”, establece: “La República Federativa de Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, teniendo en vista la formación de una comunidad latinoamericana de naciones”.

**1.3.4.** La Constitución Política de Colombia, en su Preámbulo, expresa el compromiso de la Asamblea Nacional Constituyente de “impulsar la integración de la comunidad latinoamericana”. Y, en el artículo 9° del Título I, que trata “De los Principios Fundamentales”, prescribe que “la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe”.

**1.3.5.** El Código Político de Costa Rica, en su artículo 121, dispone: “Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa: [...] 4. Aprobar o improbar los convenios internacionales, tratados públicos y concordatos.

“Los tratados que atribuyan o transfieran determinadas competencias a un ordenamiento jurídico comunitario, con el propósito de realizar objetivos regionales y comunes, requerirán la aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de los dos tercios de la totalidad de sus miembros”.

**1.3.6.** El Código Político del Ecuador de 2008, en su artículo 423 contenido en un Capítulo especial sobre “Integración latinoamericana”, prescribe: “La integración, en especial con los países de Latinoamérica y el Caribe será un objetivo estratégico del Estado”. (Sigue un listado de siete medidas).

**1.3.7.** La Carta Fundamental de Guatemala, en su artículo 150, prescribe –limitando su voluntad a Centroamérica– lo siguiente: “De la comunidad centroamericana. Guatemala, como parte de la comunidad centroamericana, mantendrá y cultivará relaciones de cooperación y solidaridad con los demás Estados que formaron la Federación de Centroamérica; deberá adoptar las medidas adecuadas para llevar a la práctica, en forma parcial o total, la unión política o económica de Centroamérica. Las autoridades competentes están obligadas a fortalecer la integración económica centroamericana sobre bases de equidad”.

**1.3.8.** La Constitución Política de Nicaragua, en su artículo 9°, declara: “Nicaragua defiende firmemente la unidad centroamericana, apoya y promueve todos los esfuerzos para lograr la integración política y económica y la cooperación en América Central, así como los esfuerzos por establecer y preservar la paz en la región.

“Nicaragua aspira a la unidad de los pueblos de América Latina y el Caribe, inspirada en los ideales unitarios de Bolívar y Sandino.

“En consecuencia, participará con los demás países centroamericanos y latinoamericanos en la creación o elección de los organismos necesarios para tales fines”.

1.3.9. La Carta Política de Paraguay se refiere en su artículo 145 al orden jurídico supranacional, en los términos siguientes: “La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural”.

1.3.10. La Constitución Política del Perú, en su artículo 44, luego de especificar los deberes primordiales del Estado, prescribe en su apartado segundo: “Asimismo, es deber del Estado establecer y ejecutar la política de fronteras y promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior”.

1.3.11. La Ley Fundamental de la República Oriental del Uruguay, en el segundo apartado de su artículo 6º, dispone: “La República procurará la integración social y económica de los Estados latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo, propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos”.

1.3.12. La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 prescribe, en su artículo 153, lo siguiente: “La República promoverá y favorecerá la integración latinoamericana y caribeña, en aras de avanzar hacia la creación de una comunidad de naciones, defendiendo los intereses económicos, sociales, culturales, políticos y ambientales de la región. La República podrá suscribir tratados internacionales que conjuguen y coordinen esfuerzos para promover el desarrollo común de nuestras naciones, y que garanticen el bienestar de los pueblos y la seguridad colectiva de sus habitantes, etc.”.

Podemos constatar así que la gran mayoría de las constituciones políticas de los Estados de América Latina recogen la aspiración de estas naciones de alcanzar la integración política, económica, social y cultural de los pueblos de América Latina.

## **2. Obstáculos que dificultan constituir, a corto plazo, la unión de los Estados de América Latina**

2.1. Cabe destacar, en primer lugar, la falta de visión continental de los gobernantes de nuestros países y de su clase dirigente, que han sido incapaces hasta ahora de advertir las ventajas de todo orden que implicaría *la integración política* de nuestro subcontinente: mejor aprovechamiento de nuestros recursos naturales y materias primas, más fuentes de trabajo, mejor educación, mejor salud, mejores niveles de vida para nuestros pueblos y elevación exponencial de nuestra gravitación internacional; en cambio, algunos gobiernos agudizan a menudo los conflictos históricos y las diferencias fronterizas para mejorar su posición cuando los amenaza la inestabilidad política o la desaprobación popular.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Andrés Oppenheimer, *Los Estados Desunidos de Latinoamérica*, Madrid, Editorial Alga, 2009, p. 13: “Por ahora, basta decir que en el mundo de las poscrisis, en que el pastel

No bastan las declaraciones retóricas que hasta ahora constituyen el magro recorrido de nuestros intentos de integración. Nuestros gobernantes y nuestros dirigentes políticos debieran promover las aspiraciones manifestadas en las cartas fundamentales de nuestros pueblos, las que representan para ellos un claro mandato que exige su cumplimiento.

2.2. Constituye otro obstáculo, complemento del anterior, la mentalidad revanquista o, simplemente, la inmadurez de nuestros pueblos que ponen mayor atención en los conflictos que enfrentaron a nuestros abuelos que en el magro porvenir que espera a nuestros nietos debido a la dispersión de nuestros recursos y a la desunión de nuestros países frente a la formación de poderosos bloques de Estados con los que estos deberán tratar en pie de desventaja y de completa desigualdad en el futuro.

2.3. Un obstáculo mezquino –que debiéramos remover a la brevedad– consiste en la educación que reciben nuestros niños; la que, por una parte, es casi siempre confrontacional en la enseñanza de la historia de los países limítrofes; y, por la otra, privilegia el conocimiento de otros continentes por sobre la conciencia de América. Sabemos mucho más acerca de los países de Europa o de lo que ocurre en Asia o en Norteamérica que acerca de la historia y la identidad de nuestros pueblos suramericanos o de lo que sucede al otro lado de nuestras fronteras.

2.4. La deformación educativa inicial se proyecta en una especie de colonialismo cultural que nos mantiene hipnotizados bajo el influjo de la cultura europea o la penetración de la cultura asiática y nos impide apreciar los valores culturales propios de América y de sus ancestros originarios. Nuestras universidades, nuestras instituciones y hasta nuestras leyes copian a veces modelos europeos que ya están superados o en desuso en sus países de origen. Esta dependencia cultural, añadida a la falta de la tecnología adecuada, nos hace preferir los productos fabricados en otros continentes a los provenientes de países suramericanos, de cuya calidad instintivamente desconfiamos.

### **3. Ventajas que implicaría la unión de los Estados latinoamericanos**

Las ventajas admiten dos categorías: aquellas que crean una nueva situación política de gravitación internacional, y aquellas que disminuyen o ponen término a los obstáculos o desventajas existentes. Comenzaremos por las primeras.

3.1. La unión de Estados latinoamericanos sería el parto de un gigante político, económico y cultural con una población de alrededor de 600 millones de habitantes

---

de la economía mundial será más pequeño y en el que se perfilan cada vez más tres grandes bloques comerciales –el estadounidense, el asiático y el europeo–, los países que no tengan acceso comercial preferencial a uno de los grandes mercados del mundo se quedarán cada vez más fuera de juego”.

asentados sobre un territorio de 22.222.000 km<sup>2</sup><sup>7</sup> y con un PIB calculado para 2014 en más de *siete billones y medio de dólares* (USD 7.691.601.000.000).<sup>8</sup>

Este territorio es rico en petróleo, carbón, cobre, hierro, estaño, oro, plata, litio, bórax, piedras preciosas y muchas otras sustancias minerales. Posee abundantes bosques, producción agrícola, recursos hídricos,<sup>9</sup> pesquería, ganadería, potencial turístico y energía; posee, además, vastas extensiones inexploradas y es susceptible de un desarrollo sostenible.<sup>10</sup>

3.2. Sus habitantes están dotados de identidad de origen, de historia común, de religión predominante, de lengua similar, de tradiciones culturales, de intereses convergentes y de un destino común. Esta notable similitud constituye una evidente ventaja sobre los países de la Unión Europea, los cuales, no obstante sus duros enfrentamientos bélicos en el pasado, sus diferencias de origen, de religión, de lengua, de historias, de tradiciones y costumbres, lograron construir una plataforma de unidad.

3.3. La unión de Estados latinoamericanos nacería con un peso político del cual carecen absolutamente los Estados llamados a constituirla. La Unión les permitiría tener una voz más potente en la ONU, asiento seguro en el Consejo de Seguridad y tratar en pie de igualdad con otras organizaciones multinacionales como la Unión Europea, la Unión Africana, la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático, la Comunidad Económica y Monetaria de África Central, los miembros del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, y con Estados poderosos como Estados Unidos, China, India o Japón.

3.4. La integración económica de los Estados latinoamericanos le permitiría adquirir la tecnología necesaria para dar un salto cualitativo desde su actual economía basada principalmente en la exportación de materias primas hacia una economía industrial basada en su explotación, en el comercio y la exportación de productos elaborados, y en la adopción y creación de tecnologías propias.

Este progreso cualitativo elevaría considerablemente el valor del trabajo –que es uno de nuestros déficits endémicos– y mejoraría significativamente las expectativas y la calidad de vida de nuestros pueblos.

---

<sup>7</sup> Las tierras cultivables de América Latina se acercan al 13% de la superficie mundial; y las tierras de cultivo permanente alcanzan al 29% de la superficie mundial.

<sup>8</sup> Países de América Latina por PIB. Disponible en: [https://es.wikipedia.org/wiki/Anexo:Pa%C3%ADses\\_de\\_Am%C3%A9rica\\_Latina\\_por\\_PIB](https://es.wikipedia.org/wiki/Anexo:Pa%C3%ADses_de_Am%C3%A9rica_Latina_por_PIB).

<sup>9</sup> América Latina alberga sobre el 31% de las aguas dulces del planeta, sin contar su dominio en el territorio antártico.

<sup>10</sup> Dávila, *op. cit.*, p. 291: “En una gran economía interamericana, en marcha, en la que la riqueza de todos es una preocupación común, poco importaría dónde son producidos el acero, los automóviles o los aviones, y dónde son cultivados el trigo o el maíz. Este es el caso actual, por ejemplo, en los ricos estados norteamericanos de Iowa y Kansas, que no tienen industrias de qué hablar y que son, dentro de la federación de los Estados Unidos, extraordinariamente prósperos”.

3.5. La unión de las naciones latinoamericanas daría nacimiento a un gran Estado, dotado de un solo territorio común, sin fronteras divisorias, constituido por pueblos diversos, pero hermanados en la vocación de construir la gran patria latinoamericana que entierre para siempre las rencillas del pasado y donde imperen la unidad, la fraternidad y la solidaridad para afianzar nuestro destino común.

3.6. Entre las ventajas destinadas a terminar o a disminuir los obstáculos que nos separan, merece un lugar destacado el término de la absurda carrera armamentista entre nuestros países. La sola eliminación de los presupuestos de adquisición y mantenimiento de nuevas armas y del arsenal existente permitiría liberar ingentes recursos, que la Unión podría destinar al desarrollo comunitario y a satisfacer necesidades de alto contenido social –educación, salud y vivienda– y que hoy por hoy se dilapidan en el mercado de las armas.<sup>11</sup>

3.7. Un gran Estado latinoamericano sin fronteras internas –o sólo las necesarias para efectos de policía– pondría término inmediato a las disputas fronterizas que hoy nos enfrentan y a veces enardecen y alteran la convivencia pacífica de nuestros pueblos.

Bolivia y Paraguay dispondrían de toda la costa de Suramérica para dejar de ser países mediterráneos. Las aguas de la cordillera de los Andes, de los campos de hielo sur y de los territorios antárticos de Chile y de Argentina estarían disponibles para la supervivencia y el desarrollo de todos nuestros pueblos.

En suma, nuestros países no tendrían que recurrir en el futuro a tribunales o árbitros internacionales para dirimir conflictos fronterizos ni para obtener accesos oceánicos, llegado el momento en que desaparecerían todas las fronteras que hoy nos dividen.

## 4. Valores y principios comunes a las naciones latinoamericanas

### 4.1. Valores irrenunciables

El *valor*, en su significativo filosófico es la “Cualidad que poseen algunas realidades, consideradas bienes, por lo cual son estimables. Los valores tienen polaridad en cuanto son positivos o negativos, y jerarquía en cuanto son superiores o inferiores” (Real Academia Española).<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Oppenheimer, *op. cit.*, p. 231. En su célebre intervención en la Cumbre de las Américas, Trinidad (18 de abril de 2009), el presidente de Costa Rica y ganador del Nobel Oscar Arias señaló –como causas de nuestro atraso– que en América Latina el promedio de escolaridad es de apenas siete años pero, en cambio, gastamos la absurda cifra de 50.000 millones de dólares al año en armas y otros gastos militares.

<sup>12</sup> El artículo 1.1. de la Constitución española precisa los *valores superiores* que propugna. Similar precisión formula el artículo 1.3. de la Carta de Rumania, el Preámbulo y el artículo 2

Las naciones de América Latina iniciaron su vida independiente bajo el signo de la *libertad*.

A breve camino, en su historia de Estados soberanos, manifestaron su voluntad de vivir en un clima de *igualdad* y de *justicia*, aboliendo la esclavitud y los privilegios de casta y estableciendo tribunales independientes de la administración colonial, y regidos por leyes autónomas.

Ha llegado el momento de abrir camino a la *solidaridad*, como valor indispensable para lograr la nivelación de nuestras asimetrías y el progreso equitativo de nuestros pueblos en su desarrollo futuro.

El respeto a las diferencias religiosas, ideológicas y políticas que subsistirán entre los miembros de la comunidad latinoamericana hace necesaria la vigencia del *pluralismo* en sus relaciones recíprocas.

Todos estos valores deben estar presididos y orientados por el respeto a la *dignidad de la persona humana*, que es la fuente, la medida y el objetivo final de los derechos fundamentales.

Es así como la unión de Estados de América Latina debe nacer y progresar bajo el imperio del respeto de la dignidad de la persona humana, de la libertad, la igualdad, la justicia, la solidaridad y el pluralismo, reconocidos como valores irrenunciables de su vida en comunidad.

## 4.2. Principios imprescindibles de la Unión

A diferencia de los valores, los principios jurídicos son los criterios directrices que orientan, de manera coherente, el contenido y la finalidad de las normas.

### 4.2.1. Principios jurídicos internos de los Estados suramericanos

Revisando las constituciones políticas de los Estados suramericanos se constata que son comunes a todos ellos los principios siguientes:

Como Estados de derecho, rige en ellos el *principio de legalidad* o de *juridicidad*, aplicable por igual a las personas y a las autoridades públicas. Este principio implica el de *responsabilidad*, propio de todo Estado republicano. Y su aplicación supone el *principio de publicidad* de las normas, como requisito para que ellas sean vinculantes para todos.

Complementa la legalidad, que obliga por igual a gobernantes y gobernados, la *interdicción de la arbitrariedad*, es decir, la prohibición de que el capricho de las personas tenga primacía sobre el mandato de la ley que es la expresión de la voluntad popular.

---

de la de Venezuela y el artículo 8.II de la de Bolivia.

Rige también, en todos nuestros países, el principio de *supremacía de la Constitución* sobre las leyes y sobre todas las normas que le están subordinadas. Este principio también se conoce bajo su fórmula más amplia de *jerarquía normativa*.

El principio de *irretroactividad de las leyes sancionadoras* en general y de las leyes penales en particular constituye una garantía generalizada de la seguridad jurídica que es la finalidad principal de todo ordenamiento normativo.

Las naciones suramericanas se han constituido como repúblicas democráticas en que se respetan los derechos políticos de los ciudadanos, el *principio de la división de los poderes* entendida como separación de las funciones del Estado en órganos independientes, sin perjuicio del control externo del ejercicio del poder. También se propugna en estas repúblicas el *principio de participación* de la ciudadanía en todas las esferas de la vida pública.

Igualmente se ha ido abriendo camino en nuestras cartas políticas al principio del desarrollo sostenible, que implica la preservación del medio ambiente y de los recursos naturales como la forma racional de asegurar la salud y el bienestar de nuestros pueblos y de las generaciones futuras.

Así, son principios jurídico-políticos comunes a nuestras repúblicas –que deberían incorporarse a las bases de la constitución de la unión de Estados de América Latina– el de legalidad, el de publicidad, el de responsabilidad, la supremacía de la Constitución o jerarquía normativa, la irretroactividad de toda clase de normas sancionadoras o punitivas, la seguridad jurídica, el principio de división de los poderes, el control externo de su ejercicio legítimo, la interdicción de la arbitrariedad, el principio de participación de la ciudadanía en la vida pública y el desarrollo sostenible.<sup>13</sup>

#### **4.2.2. Principios propios de la unión de Estados**

A los principios internos propios de los actuales Estados latinoamericanos independientes es preciso agregar aquellos que deben orientar la normativa de la unión –que llamaremos provisoriamente federativa– de tales Estados.

Nos parece que, en lugar preferente, debe figurar el principio de la *igualdad jurídica* de los Estados miembros. No se trata de una igualdad matemática pues resulta evidente la diversidad de todos ellos en cuanto a población, territorio, potencial económico y otros recursos. La igualdad consiste en el igual derecho de todos ellos a participar en el gobierno, en el órgano legislativo y en los demás órganos que requiera la unión; y también en el igual derecho a participar de todos los beneficios que esta sea capaz de generar.

---

<sup>13</sup> El Tratado Constitutivo de UNASUR (Brasilia, 23 de mayo de 2008) establece en su Preámbulo, como “principios rectores” de la Unión: “Irrestringido respeto a la soberanía, integridad e inviolabilidad territorial de los Estados; autodeterminación de los pueblos; solidaridad; cooperación; paz; democracia; participación ciudadana y pluralismo; derechos humanos universales, indivisibles e interdependientes; reducción de las asimetrías y armonía con la naturaleza para un desarrollo sostenible”.



Otro principio que debiera considerarse es el *respeto a la autonomía interna* de los Estados miembros en los asuntos que sean de su exclusiva competencia. La unión supone –obviamente– el ejercicio de su soberanía externa por parte del órgano encargado de representarla en sus relaciones con los demás Estados y con los organismos internacionales o supranacionales de nivel mundial o regional, quedando vedado su ejercicio a los Estados miembros de ella.

Un tercer principio que consideramos esencial incorporar es el de la *solidaridad* –signo emblemático de la unión de nuestras naciones– extensible a todas las manifestaciones de la vida: la salud, la educación, el trabajo, la reducción de las asimetrías de toda clase entre nuestros pueblos, la protección de la naturaleza, el desarrollo sostenible y la seguridad interior y exterior de la unión.

## 5. Bases de la constitución política de la unión de Estados de América Latina

No creemos que sea esta la ocasión propicia para proponer ni siquiera el esquema normativo de la constitución fundacional. Ya sería un atrevimiento sugerir el sumario mínimo de las materias que debería considerar. Tanto la idea global como el desarrollo de cada una de sus partes tendrán que ser el fruto de la investigación y el análisis del modo de ser –la historia, la organización, la idiosincrasia, las aspiraciones colectivas– de las repúblicas llamadas a constituir la Unión.

En las *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, de Juan Bautista Alberdi,<sup>14</sup> figura una introducción de Olsen A. Ghirardi donde se narra la gestación de la Constitución de los Estados Unidos, hecha por el juez de la Suprema Corte Federal Joseph Story, en su *Comentary of the Constitution of the United States*” (Boston, 1833). Allí, Ghirardi apunta: “Cuando se sigue la clara y limpia descripción histórica hecha por Story de una no menos clara historia de los pueblos de las trece provincias norteamericanas, se advierte que la solución abrazada por los constituyentes no hacía sino seguir una misma línea política. Nada de teorías. La propia vida había trazado el norte que se debía seguir”.

La obra de Story –que influyó en Alberdi, quien lo menciona en las *Bases*– explica que este haya iniciado su estudio con el carácter histórico del derecho constitucional sudamericano y con el análisis de las constituciones que regían en las nacientes repúblicas latinoamericanas, con sus defectos y sus vicios, para proseguir señalando cuál debía ser el espíritu del nuevo derecho constitucional en Suramérica.

A esta actitud mental he querido referirme cuando afirmo que la constitución de los Estados de Suramérica debería ser el fruto de la investigación y el análisis del *modo de ser* de las repúblicas constitutivas de la unión.

<sup>14</sup> Esta obra magistral fue publicada por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba por la Editorial Advocatus, en marzo de 2002; se la debo a mi dilecto amigo, Ricardo Haro, y fue escrita en Valparaíso, de donde provengo, el 1º de mayo de 1852.

## 6. Conclusión

Quien lea los párrafos que anteceden sin fe ni convicción en la necesidad de unir a nuestros estados latinoamericanos para potenciarlos en lo que merecen ser y sin la confianza en que es posible lograrlo, podrá pensar que todo lo dicho es el sueño de un iluso.

Nada sería más equivocado. Lo dicho es la expresión del más crudo realismo que puede resumirse así: *Como Estados divididos no valemos ni pesamos en el mundo global. Sólo unidos podremos lograr el desarrollo espiritual y la calidad de vida que nuestros pueblos merecen. Sólo unidos llegaremos a adquirir gravitación internacional.*

Pero mientras permanezcamos divididos, seguiremos siendo presa fácil de la explotación foránea de nuestras materias primas, víctimas ingenuas de la carrera armamentista, protagonistas de rencillas fronterizas insensatas y testigos impasibles e impotentes del atraso cultural y tecnológico y del deficiente nivel de vida de nuestros pueblos. Si continuamos así, otra vez habremos desperdiciado la oportunidad de treparnos al carro de la historia.

Dijo Eduardo Frei Montalva, siendo presidente de Chile, que es necesario

[s]aber que solitarios y aislados nuestros países tienen un destino muy limitado, y que sólo una comunidad latinoamericana de naciones, verdaderamente integrada, será capaz de crear las condiciones humanas y económicas indispensables para constituir un mercado idóneo y amplio, sin lo cual en estos países no habrá desarrollo, ni independencia real, ni defensa de sus legítimos intereses, ni posibilidad de ingresar en la aventura de la creación científica y de sus aplicaciones tecnológicas, para tener una voz en el ámbito de la comunidad mundial.<sup>15</sup>

Estas palabras, pronunciadas hace casi cuatro décadas, tienen hoy más vigencia que nunca.

También nuestra visión realista nos indica que el camino para alcanzar la unidad será áspero, largo y accidentado; pero es, precisamente por eso, que alguna vez tenemos que iniciar su recorrido.

Dijo José Martí, en ocasión solemne: “[A]sí está Bolívar en el cielo de América, vigilante y ceñudo, sentado aún en la roca de crear, con el Inca al lado y el haz de banderas a los pies; así está él, calzadas aún las botas de campaña, porque lo que él no dejó hecho, sin hacer está hasta hoy: porque Bolívar tiene que hacer en América todavía”.<sup>16</sup>

Nunca será tarde para completar la obra de Bolívar. Nunca será tarde para permitir que, por fin, el espíritu de Bolívar descanse en paz.

<sup>15</sup> Eduardo Frei Montalva, *América Latina: opción y esperanza*, Barcelona, Editorial Pomaire S.A., 1977, p. 298.

<sup>16</sup> José Martí, *Simón Bolívar*, cit. por Jorge Campos, *Bolívar*, Barcelona, Editorial Salvat S.A., 1984, p. 193.

## Bibliografía

- ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2002.
- ALIANZA BOLIVARIANA PARA LOS PUEBLOS DE NUESTRA AMÉRICA (ALBA). Disponible en: <http://www.alianzabolivariana.org/modules.php?name=Content&pa=showpage&pid=2080>.
- ALIANZA DEL PACÍFICO. Disponible en: [http://es.wikipedia.org/wiki/Alianza\\_del\\_Pac%C3%ADfico](http://es.wikipedia.org/wiki/Alianza_del_Pac%C3%ADfico).
- Almanaque Mundial 2011*, México, D. F., Editorial Televisa, 2010.
- Almanaque Mundial 2013*, México, D. F., Editorial Televisa, 2012.
- ÁREA DE LIBRE COMERCIO DE LAS AMÉRICAS (ALCA). Disponible en: [http://es.wikipedia.org/wiki/%C3%81rea\\_de\\_Libre\\_Comercio\\_de\\_las\\_Am%C3%A9ricas](http://es.wikipedia.org/wiki/%C3%81rea_de_Libre_Comercio_de_las_Am%C3%A9ricas).
- ASOCIACIÓN LATINOAMERICANA DE INTEGRACIÓN (ALADI). Disponible en: [http://www.aladi.org/nsfaladi/arquitect.nsf/VSITIOWEB/quienes\\_somos](http://www.aladi.org/nsfaladi/arquitect.nsf/VSITIOWEB/quienes_somos).
- BOUZAS, Roberto, "Crisis y perspectivas de la integración sudamericana", *Foreign Affairs*, octubre-diciembre, 2007.
- BREWER-CARIAS, Alan, *Los problemas constitucionales de la integración económica latinoamericana*, Caracas, Editorial Banco Central de Venezuela, 1968.
- CAMPOS, Jorge, *Bolívar*, Barcelona, Editorial Salvat, 1984.
- CARDONA, Diego, "¿Tiene futuro la comunidad sudamericana de naciones?", *Foreign Affairs*, vol. 5, núm. 5, 2005.
- CARTA DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Disponible en: [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_A-41\\_Carta\\_de\\_la\\_Organizacion\\_de\\_los\\_Estados\\_Americanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_A-41_Carta_de_la_Organizacion_de_los_Estados_Americanos.htm).
- CARTA DEMOCRÁTICA INTERAMERICANA. Disponible en: [http://www.oas.org/charter/docs\\_es/resolucion1\\_es.htm](http://www.oas.org/charter/docs_es/resolucion1_es.htm).
- COMUNIDAD ANDINA. Disponible en: <http://www.comunidadandina.org/quienes.htm>.
- COMUNIDAD DE ESTADOS LATINOAMERICANOS Y CARIBEÑOS (CELAC). Disponible en: [http://es.wikipedia.org/wiki/Comunidad\\_de\\_Estados\\_Latinoamericanos\\_y\\_Caribe%C3%B1os](http://es.wikipedia.org/wiki/Comunidad_de_Estados_Latinoamericanos_y_Caribe%C3%B1os).
- DÁVILA, Carlos, *Nosotros los de las Américas*, 2ª ed., Santiago, Editorial del Pacífico, 1952.
- FREI MONTALVA, Eduardo, *América Latina: opción y esperanza*, Barcelona, Editorial Pomare, 1977.
- MERCOSUR. Disponible en: [http://www.mercosur.int/t\\_generic.jsp?contentid=655&site=1&channel=secretaria&seccion=2](http://www.mercosur.int/t_generic.jsp?contentid=655&site=1&channel=secretaria&seccion=2).

NÚÑEZ POBLETE, Manuel, *Integración y constitución: problemas para la justicia constitucional europea y sudamericana*, II Universidad de Roma - Consiglio Nazionale delle Ricerche, 1998.

OPPENHEIMER, Andrés, *Los Estados Desunidos de Latinoamérica*”, Madrid, Editorial Algaba, 2009.

RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, “Globalización, integración y derecho constitucional”, en *Estudios de teoría del Estado y derecho constitucional en honor de Pablo Lucas Verdú*, vol. II, Madrid, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2000.

TRATADO CONSTITUTIVO DE LA UNIÓN DE NACIONES SURAMERICANAS. Disponible en: [http://www.comunidadandina.org/unasur/tratado\\_constitutivo.htm](http://www.comunidadandina.org/unasur/tratado_constitutivo.htm).

UNIÓN DE NACIONES SURAMERICANAS. Disponible en: [http://es.wikipedia.org/wiki/Uni%C3%B3n\\_de\\_Naciones\\_Suramericanas](http://es.wikipedia.org/wiki/Uni%C3%B3n_de_Naciones_Suramericanas).

UNIÓN EUROPEA. Disponible en: [http://europa.eu/lisbon\\_treaty/glance/democracy/](http://europa.eu/lisbon_treaty/glance/democracy/).

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

## Instrucciones para la presentación de artículos

1. Los artículos estarán escritos en español o portugués. En caso contrario, de manera oportuna se deberá discutir la posibilidad de traducirlos con el equipo editorial del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*.
2. Se acompañarán de un **resumen** de hasta 900 caracteres, espacios incluidos (150 palabras), y una sugerencia de **palabras clave**.
3. El equipo editorial del *Anuario* determinarán qué material será publicado. La decisión se comunicará oportunamente a cada autor.
4. El material enviado debe ser original e inédito. Si luego de publicado en el Anuario se desea reproducirlo en otro medio, deberá dejarse constancia de la primera publicación.
5. Los artículos se enviarán en formato electrónico (archivo de Word o compatible) a [iusla@kas.de](mailto:iusla@kas.de) o a la calle 90 No. 19 C - 74, piso 2, Bogotá, República de Colombia, a nombre de Christian Steiner.
6. La extensión de los trabajos, en principio, no superará los 40.000 caracteres (aproximadamente 25 páginas del *Anuario*). El equipo editorial considerarán las situaciones excepcionales.
7. La página 1 contendrá la siguiente información:
  - a) Nombre del autor\* y, entre paréntesis, el país de origen.
  - b) En la nota a pie de página correspondiente al \* deberá escribir:
    - i) Referencia curricular de hasta 30 palabras.
    - ii) Dirección electrónica (que se publicará).
  - c) Título del artículo.
  - d) Los agradecimientos, aclaraciones o comentarios sobre el origen del texto se incluirán en nota a pie de página junto al título del artículo\*\*.

8. El autor deberá enviar su dirección postal para el envío de los ejemplares del *Anuario*, una vez sea publicado.
9. Para los títulos internos se empleará la numeración decimal (1, 1.1, 1.1.1). Es aconsejable que no haya más de *tres* niveles de títulos internos.
10. No es conveniente usar la numeración automática de títulos y apartados porque puede dar lugar a errores en la etapa de diagramación. Por el mismo motivo conviene evitar las referencias cruzadas.
11. Las mayúsculas se emplearán de acuerdo con las normas ortográficas vigentes. En particular, se escribirán con minúscula los nombres de los meses y días de la semana (*noviembre, lunes*), los cargos, títulos y dignidades, excepto cuando aparezcan abreviados (*magistrado, fiscal, doctor*), así como los nombres *genéricos* de entidades de cualquier clase y jerarquía (*un juzgado de primera instancia, los tribunales constitucionales*).
12. Las **citas bibliográficas** podrán incluirse en las notas al pie o bien utilizar el sistema autor-año (o de Harvard) con las referencias en una bibliografía al final. En las notas al pie se usará el orden *nombre-apellido* del autor, en mayúscula y minúscula, porque es de más fácil lectura que el orden inverso y ahorra puntuación.

Las citas bibliográficas contendrán los siguientes elementos:

- a) **Libros:** Nombre y apellido del autor, título del libro (en cursiva), ciudad, editorial, año de publicación (si la edición empleada no es la primera, conviene indicarlo).

Ejemplo:

Thomas Hobbes, *Leviatán*, Madrid, Alianza Universidad, 1993 [1651].

- b) **Artículos o capítulos de libros:** Nombre y apellido del autor, título del artículo o capítulo (entre comillas), nombre y apellido del editor (ed.) o compilador (comp.), si corresponde, título del libro (en cursiva), ciudad, editorial, año de publicación.

Ejemplo:

Douglas Durán Chavarría, “Ejecución de las sanciones penales juveniles privativas de libertad”, en Mauricio González Oviedo y Carlos Tiffer Sotomayor (comps.), *De la arbitrariedad a la justicia. Adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica*, San José, Unicef, 2000.

- c) **Artículos de publicaciones periódicas:** Nombre y apellido del autor, título del artículo (entre comillas), nombre de la revista o periódico (en cursivas), número, fecha, páginas.

Ejemplo:

Patricia Laurenzo Copello, “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, *Jueces para la Democracia*, núm. 34, 1999, pp. 10 y 32.

- d) **Recursos de Internet:** Nombre y apellido del autor (si el texto está firmado); si se trata de una parte de una obra mayor, nombre de la parte (entre comillas), nombre del sitio web o de la obra (en cursiva). Dirección electrónica.

Ejemplo:

Ariel Dulitzky, “La censura previa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: el caso Martorell”, en *Equipo Nizkor, Derechos humanos en América Latina*. Disponible en: <http://www.derechos.org/koaga/vii/du-litzky.html>.

- e) En las **bibliografías** se utilizarán los mismos datos, anteponiendo el apellido al nombre del autor y eliminando el número de página, excepto en los artículos de las publicaciones periódicas.

Ejemplo:


DULITZKY, Ariel, “La censura previa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: el caso Martorell”, en *Equipo Nizkor. Derechos humanos en América Latina*. Disponible en: <http://www.derechos.org/koaga/vii/du-litzky.html>.

MARIÑO CASTELLANOS, Ángel, Danelia CUTIÉ MUSTELIER y Josefina MÉNDEZ LÓPEZ, “Reflexiones en torno a la protección de los derechos fundamentales en Cuba. Pro- puestas para su perfeccionamiento”, en Lisette PÉREZ HERNÁNDEZ y Martha PRIETO VALDÉS, *Temas de Derecho Constitucional cubano*, La Habana, Félix Varela, 2002.

HOBBS, Thomas, *Leviatán*, Madrid, Alianza Universidad, 1993 [1651].

LAURENZO COPELLO, Patricia, “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, *Jueces para la Democracia*, núm. 34, 1999.

- f) Cuando la publicación citada tenga más de tres autores, se usará el nombre del que figure en primer lugar, seguido de la expresión *et ál.*



La Fundación Konrad Adenauer es una fundación política alemana independiente y sin fines de lucro. Está sujeta a los principios del movimiento demócrata-cristiano. La cooperación internacional es, por tradición, uno de los campos prioritarios de su labor.

La Fundación Konrad Adenauer apoya la unificación europea, promueve el entendimiento internacional y la cooperación al desarrollo. Lleva a cabo eventos de formación política, elabora análisis científicos que sirven de base para la gestión política, otorga becas a personas talentosas e investiga la historia del movimiento demócrata-cristiano.

Junto con las oficinas nacionales repartidas por todo el continente que concentran su trabajo en los respectivos países, existen varios programas regionales. Uno de ellos, el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica con sede en Bogotá, Colombia.