

Anuario de Derecho
Constitucional Latinoamericano

29° año

Anuario 2023



KONRAD
ADENAUER
STIFTUNG

Programa
Estado de Derecho
Latinoamérica

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano
2023

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2023



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 también publica artículos relativos a otras ramas del derecho, tales como el derecho procesal constitucional, el derecho administrativo, los derechos y las 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.

© 2023 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 93 B n.º 18 - 12, piso 7
Bogotá, Colombia
Tel.: (+57 601) 743 09 47
iusla@kas.de
www.kas.de/iusla
Twitter: @KASiusLA
Facebook: www.facebook.com/kasiusla
LinkedIn: kasiusla

Editor responsable

Hartmut Rank

Coordinación editorial

Felipe Franco

Coordinación académica

Jorge Roa

Revisión de textos

María José Díaz Granados (español)
Giselle Moura (portugués)

Traducción

Paulo Baptista (portugués)
Dieter Schonebohm (alemán)
Paula Corredor (inglés)

Diagramación

Marta Rojas

Impresión

Legis

ISSN 2346-0849

Impreso en Colombia – *Printed in Colombia*

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

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

Contenido

Presentación9

Notas y ponencias especiales

- Cristián Letelier Aguilar (Chile)
El Tribunal Constitucional y las bases constitucionales del derecho penal chileno 17
- Isbela Bustillo Hernández (Honduras)
Luis Fernando Padilla Castellanos (Honduras)
Wagner Vallecillo Paredes (Honduras)
Francisca Villela Zavala (Honduras)
Constitucionalización del derecho penal hondureño a partir del nuevo Código Penal (Dec. 130-2017). Preocupaciones y oportunidades..... 31
- Paola Andrea Meneses Mosquera (Colombia)
El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional colombiana 45
- Paul Enrique Franco Zamora (Bolivia)
La tutela del derecho colectivo al agua y su tratamiento en la jurisdicción constitucional boliviana..... 55
- Norbert Bernsdorff (Alemania)
Derechos sociales fundamentales en Europa: ¿derechos exigibles o programas políticos sin función?..... 71

Eje 1. La interacción del derecho constitucional, la economía, la administración pública y el derecho privado

- David Miguel Dumet Delfín (Perú)
Bien común, legitimidad del poder y el derecho fundamental a la buena administración. Apuntes en clave constitucional..... 87
- Carlos Arturo Duarte Martínez (Colombia)
Más de diez años de la reforma sobre la sostenibilidad fiscal en Colombia: el retroceso de tres derechos sociales y el papel de la Corte Constitucional107

- Paul Enrique Franco Zamora (Bolivia)
Derecho constitucional y derecho económico, un vínculo indisoluble..... 133
- José Ignacio Hernández G. (Venezuela)
Derecho constitucional y economía: las fallas del constitucionalismo transformador en Venezuela y las lecciones para Chile..... 155
- Jorge Tomás Broun Isaac (República Dominicana)
La gobernanza digital como garantía del derecho fundamental a la buena Administración pública: ventajas y desafíos constitucionales contemporáneos..... 183
- William Fernando Buitrago Valderrama (Colombia)
Garantías constitucionales y principios protectores en el ámbito laboral colombiano..... 217
- Jhonathan Ávila Romero (Perú)
La independencia judicial en el contexto del iliberalismo constitucional..... 239
- Raul A. Ruiz Aguirre (Venezuela)
Sebastián J. Zabaleta (Venezuela)
El amparo constitucional contra el arbitraje: una perspectiva venezolana 267

Eje 2. El constitucionalismo transformador de los derechos y la democracia

- Alan E. Vargas Lima (Bolivia)
El derecho fundamental a la prueba y su desarrollo en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de Latinoamérica..... 297
- Beatriz Lodônio Dantas (Brasil)
Thiago Oliveira Moreira (Brasil)
O papel do Ius Constitutionale Commune Latino-Americano na proteção dos direitos humanos das pessoas em situação de mobilidade internacional 323
- Sergio Daniel Ruiz Díaz Arce (Paraguay)
La problemática sobre los derechos del niño en el sistema interamericano de derechos humanos 353
- Mônia Clarissa Hennig Leal (Brasil)
Fernando Roberto Schnorr Alves (Brasil)
Supremo Tribunal Federal e desigualdade estrutural de gênero: as diferentes abordagens da igualdade..... 383

- Maria Thereza de Assis Moura (Brasil)
- Daniel Marchionatti Barbosa (Brasil)
- Marcelo Costenaro Cavali (Brasil)
- Carl Olav Smith (Brasil)
*El rol de los jueces y las juezas en la preservación
del Estado de derecho y la democracia* 401
- Rolando Wotzbelí Zúñiga González (Guatemala)
*La argumentación jurídica en las decisiones judiciales penales
en casos de desobediencia civil. Un estudio jurídico a propósito
de Guatemala*..... 413

Eje 3. El derecho constitucional contemporáneo: comparado, internacionalizado y pro integración

- Christian Nelio Pérez Arce (Bolivia)
- Carolina Rosas Córdova (Bolivia)
*Recategorización de delitos comunes como delitos de lesa humanidad
por el Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia.
Reflexión jurisprudencial* 443
- Diego Platz Pereira (Brasil)
*A integração jurídica latino-americana: possibilidades
de seu fomento na Constituição Federal brasileira por meio
de Comparação Constitucional*..... 461
- Rodrigo René Cruz Apaza (Bolivia)
*El bloque de convencionalidad como plataforma idónea para remozar
u optimizar el control de constitucionalidad difuso. Un estudio desde
la perspectiva boliviana para los Estados de Hispanoamérica* 481
- Jorge Arturo Ulloa Cordero (Costa Rica)
*El concepto de mínimo vital en la jurisprudencia
de la Sala Constitucional costarricense* 507

Eje 4. Nuevas tendencias en la constitucionalización de la vida

- Ignacio Vásquez Torreblanca (Chile)
*El orden público ecológico chileno en el proceso
por una nueva Constitución* 531
- Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro (Brasil)
*A perspectiva pachamama da constituição brasileira.
A interseccionalidade entre a ordem constitucional brasileira
e o direito internacional dos direitos humanos* 551

- Mauricio Alejandro Ascencio Moreno (Colombia)
La inteligencia artificial y el poder público: una mirada a su utilización como herramienta de eficiencia estatal, a partir de su impacto en los derechos humanos..... 577
- Wilson Engelmann (Brasil)
Raquel Von Hohendorff (Brasil)
Sérgio Vinícius Grams de Matos (Brasil)
O meio ambiente como direito fundamental e o princípio do não retrocesso: observações desde o direito brasileiro..... 601
- Instrucciones para la presentación de artículos* 625

Presentación

Ofrecemos con entusiasmo, a las y los lectores, la vigesimonovena edición del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Este *Anuario* es, para nosotros, mucho más que una publicación con cerca de tres décadas de existencia dedicada a la difusión ininterrumpida de los avances del derecho constitucional en la región. Nos llena de orgullo y emoción comprobar que, a lo largo de los años, las bibliotecas de universidades, centros de investigación, tribunales constitucionales y despachos de los jueces constitucionales nacionales e interamericanos han tenido a la vista, y con frecuencia sobre la mesa de trabajo, alguno de los ejemplares de nuestra publicación. La decisión de publicar en acceso abierto e imprimir más de 300 ejemplares cada año tiene el propósito explícito de llegar a todas las latitudes de la región.

Mediante este tipo de publicaciones, el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer ha servido como eje articulador del derecho constitucional latinoamericano y como punto de encuentro de quienes, desde distintas facetas y roles, construyen la protección de los derechos a nivel regional. En ese propósito, el *Anuario* ha sido un instrumento potente de difusión de los más importantes desarrollos en materia constitucional durante los años en los que han ocurrido las transformaciones más relevantes en ese ámbito.

Con modestia, pero también con certeza, podemos afirmar que el repaso de los índices y los contenidos de cada una de las veintiocho ediciones de este *Anuario* es una buena síntesis y un buen referente de las transformaciones constitucionales latinoamericanas de las últimas tres décadas. La *novela en cadena* del derecho constitucional latinoamericano aparece escrita y, por supuesto, inacabada en la serie de las ediciones del *Anuario*. Aquí se ha dado cuenta de los avances jurisprudenciales más relevantes de cada tribunal constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, desde sus inicios hasta sus construcciones jurisprudenciales más recientes e innovadoras. Este también ha sido el espacio para proponer la creación de instituciones nuevas o la implementación de entidades creadas en otras latitudes, pero pertinentes también para la región. Y, desde luego, en el *Anuario* ha habido espacio para la crítica, la deliberación constructiva y la proposición de nuevas formas o tendencias institucionales, instrumentales y sustanciales del derecho constitucional regional.

Por ofrecer solo un ejemplo significativo, en los primeros números del *Anuario* se pueden encontrar artículos que proponían la adopción de un mecanismo de amparo o de tutela de los derechos cuando este era ajeno a la mayoría de las constituciones de la región. En esas ediciones iniciales también se argumentaba a favor de la creación de tribunales supremos con funciones constitucionales o de jurisdicciones constitucionales de tipo concentrado. En las ediciones del *Anuario* de la segunda década se encuentran capítulos que permiten comprender cómo operan esas nuevas instituciones que fueron incorporadas a las constituciones de finales de los años ochenta y principios de los noventa. Mientras que las ediciones posteriores del *Anuario* recogen capítulos que dan luces para la construcción de la jurisprudencia constitucional y que luego critican constructivamente esos avances jurisprudenciales. Hoy, los textos se refieren a mecanismos que fueron construidos por esos tribunales o a través del amparo, como el “estado de cosas inconstitucional”, así como a la forma de evaluarlos, modificarlos o innovarlos. Este es solo uno de los muchos ejemplos que se podrían dar de la forma como la historia del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* se funde con la evolución del constitucionalismo regional.

Hemos querido usar la expresión “novela en cadena” con dos propósitos. Por una parte, para resaltar que el *Anuario* ha sido uno de los espacios para la construcción del relato y de la realidad constitucional latinoamericana. Por otro lado, y quizá más importante, para indicar que el diseño de instituciones, mecanismos, tesis jurisprudenciales, formas de interpretación constitucional y vías de reparación no ha llegado al final de su historia. Las causas que en determinados momentos parecen progresistas se convierten luego en pretensiones básicas para la humanidad, y ello le abre paso a cierta *modernización* de la protección al ser humano, que responde a nuevos desafíos, retos y peligros. Estos últimos no cesan. Pero, afortunadamente, son también incansables las aspiraciones regionales por construir sociedades igualitarias, garantistas y respetuosas de la dignidad humana. Por eso la novela en cadena permanece siempre inacabada, pues se renueva permanentemente y permite el avance perpetuo en la construcción de un derecho constitucional común latinoamericano.

El punto de partida de esta edición del *Anuario* para el año 2023 fue la libertad temática. Después de varias ediciones monográficas, la dirección editorial estableció que no hubiera una línea definida, sino que las contribuciones de este año se refirieran de modo general a la constitucionalización del derecho. Esa decisión refleja una concepción del derecho constitucional, a la vez, como un área omnipresente, una práctica jurisprudencial comprensiva de la vida ciudadana latinoamericana, un ecosistema para la resolución de los desacuerdos sociales más profundos, un mecanismo estabilizador y protector del sistema democrático, y un conjunto de herramientas sustanciales y procedimentales para la protección de los derechos. Y, por qué no, como un lenguaje que pone en el centro al ser humano, al ecosistema y a la vida digna como sentido de ampliación de las garantías sustanciales y procedimentales para proteger los valores públicos de la humanidad.

El resultado de esa convocatoria refleja el carácter sistemático de la Constitución de la vida latinoamericana. Por esa razón, la presente edición del *Anuario* se basa en cuatro ejes temáticos que fueron definidos con el mero propósito de organizar su presentación.

La interacción del derecho constitucional, la economía, la administración pública y el derecho privado

En el primer eje temático se muestran las múltiples interacciones del derecho constitucional con otras áreas, como la economía, la administración pública y el derecho privado. Allí se evidencia el vínculo indisoluble entre el derecho constitucional y la economía, las potencialidades de un derecho constitucional para el cambio social, y la importancia de los mecanismos procesales del derecho constitucional en ámbitos como el arbitraje o la independencia judicial. Finalmente, en esa sección se abordan los derechos emergentes a la buena administración y aquellos asociados a la gobernanza digital.

Esta sección demuestra que ha transcurrido mucho tiempo desde que se consideraba una novedad incorporar el estudio económico al derecho constitucional. Los derechos cuestan, los impuestos importan, el impacto fiscal de las decisiones (judiciales o administrativas) es relevante, y el Estado de bienestar se construye con una simbiosis de buena economía, políticas distributivas y la ampliación incremental del contenido de los derechos.

El constitucionalismo transformador de los derechos y la democracia

En el segundo eje temático se destaca el papel del derecho constitucional común latinoamericano en la lucha contra la discriminación y la desigualdad social de carácter estructural. Algunos de los casos planteados en este eje se refieren a la protección de los migrantes, los derechos de los niños y las niñas, y los roles especiales del derecho constitucional.

Estas reflexiones parten de la comprensión de que los poderes judiciales de nuestros países pueden y deben ser el último eslabón de salvaguarda del sistema democrático y del Estado de derecho, y que, a partir de ese rol, el derecho constitucional es una herramienta de trabajo vital para extender dicha salvaguarda y garantizar su reforzamiento en las diferentes esferas de la vida en sociedad. Lamentablemente, la región ha sido fiel testigo de la forma como los tribunales pueden sucumbir ante el poder de cooptación o destrucción de un Ejecutivo excesivamente concentrado y sin control. Pero también ha habido espacio para la esperanza. En varios países, los tribunales han sabido afrontar de buena manera los más grandes ataques contra el sistema democrático, contra las instituciones y contra los derechos. Esta segunda experiencia es una luz que orienta la acción institucional por el fortalecimiento del Estado de derecho latinoamericano.

El derecho constitucional contemporáneo: comparado, internacionalizado y pro integración

El tercer eje temático introduce una perspectiva abierta de integración, comparada e internacionalizada, del derecho constitucional latinoamericano. Los capítulos aquí incluidos se refieren a análisis comparados sobre aspectos fundamentales, como los delitos de lesa humanidad, las cláusulas de integración latinoamericana y el bloque de convencionalidad.

La tendencia más marcada en el derecho constitucional global es la que exalta su carácter comparado, interrelacionado, convergente y transnacional. Vemos, entonces, cómo la conversación constitucional ha dejado de ser local o regional para convertirse en un intercambio global en el que las diferencias permiten la construcción de mecanismos de convergencia y de un derecho común. La identidad constitucional adquiere mayor importancia en la medida en que el derecho ha dejado de ser nacional.

Lo que queda más claro es que el derecho en su conjunto debe ser leído desde una perspectiva internacional y con un enfoque de derechos humanos. Ningún área de la jurisprudencia, de la legislación o de las ciencias jurídicas puede reivindicar su autonomía, pues ello la conduciría a una desconexión con los valores públicos de la Constitución y con los valores públicos de la humanidad. El derecho solo se percibe y reconoce en su completud e integridad si se observa con los dos ojos, esto es, si se considera tanto lo que ocurre en el derecho interno como lo que ocurre en el derecho internacional. Como en la vida real, la imagen es una sola completa, colorida y nítida. Ver separadamente una de las secciones equivale a cubrir uno de los dos ojos, con la consecuente e inevitable distorsión.

Nuevas tendencias en la constitucionalización de la vida

Finalmente, en el cuarto eje se demuestra el carácter vivo del derecho constitucional latinoamericano. La constitucionalización de la vida refleja la idea fundamental de que el derecho constitucional está presente en todas las áreas en las que actúa el ser humano. Incluso se renueva dentro de perspectivas que ya parecían innovadoras. De hecho, áreas que parecen poco exploradas presentan nuevas tendencias y nuevos retos de protección del ser humano. En esta sección se recoge la preocupación por el orden público ecológico, los derechos de la Pachamama (Madre Tierra), la reacción constitucional frente a la emergencia climática y, desde luego, el rol del poder público frente a la inteligencia artificial.

Ejes temáticos para la trigésima edición

Como hemos anticipado, la novela en cadena se sigue escribiendo, no hay un fin de la historia y, por tanto, el *Anuario* seguirá siendo un espacio para la deliberación y la

difusión de los temas constitucionales. Por ello, nos complace anunciar a los lectores que nuestra próxima edición, la trigésima, abordará, como primer eje temático, los elementos del derecho constitucional procesal. La denominación no debe conducir a equívocos. Los instrumentos del derecho constitucional son cada vez más de tipo sustancial, son una inspiración renovadora para todas las áreas del derecho y marcan una senda para el diseño de instituciones enfocadas en la protección del ser humano con una perspectiva de derechos humanos.

El segundo eje temático propuesto para nuestra próxima edición busca ahondar en la cuestión de la protección del medio ambiente y los derechos de la naturaleza. Hemos notado, particularmente en las ediciones más recientes del *Anuario*, la presentación de análisis referidos a la decisión de los tribunales constitucionales de realizar una interpretación evolutiva de la Constitución que apunte a la protección de bienes de la naturaleza, como animales y ríos. Asimismo, dentro del contexto global actual, el cambio climático se ha convertido en un reto de especial y común envergadura para todas las naciones, con lo cual se ha acudido a los tribunales para la consecución de soluciones. Ejemplo de ello son las dos solicitudes de opinión consultiva que han sido presentadas, en primera medida, ante la Corte Internacional de Justicia, y, seguidamente, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con las cuales se busca definir, de manera concreta, las obligaciones por parte de los Estados con respecto al cambio climático. Consideramos que estas cuestiones marcarán un hito en el accionar de los Estados en un futuro cercano. Este hito puede y debe abordarse también desde el ámbito doméstico, acudiendo a la Constitución como primer referente para la definición del contenido del concepto de medio ambiente, pero también para la definición y el alcance de los derechos humanos que se ponen en especial riesgo, o a las poblaciones que se ven particularmente expuestas, a los impactos negativos del cambio climático y, en igual sentido, definir cuál debe ser entonces la respuesta de los gobiernos.

Esta edición que el lector tiene en sus manos, la vigesimonovena, presenta la inclusión de varios textos en portugués. Brasil es un continente dentro de la región latinoamericana. El derecho constitucional brasilero, como podrá notarse en los diferentes artículos, posee dimensiones continentales y aparece impulsado por la valiosa jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal. La integración de Brasil con el resto de Latinoamérica es un camino todavía inacabado en el que cada paso supone ventajas significativas para la articulación regional, la democracia, los derechos, el pluralismo y la estabilidad de la región. También es importante destacar que se publican textos provenientes de Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela. Y, más importante aún, hay que decir que la mayor parte de esos textos tienen un enfoque comparado, pues hacen referencia a varios ordenamientos, a la jurisprudencia de países diferentes del de él o los autores, y a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De este modo, la conversación sobre el derecho constitucional latinoamericano discurre de manera verdaderamente regional, comparada e integradora.

Las perspectivas regionales son optimistas. Desde ya nos encontramos preparando la nueva edición del *Anuario* en la que serán incorporadas las contribuciones de los jueces y las juezas, los investigadores y las investigadoras y de quienes, desde su rol, realizan el derecho constitucional latinoamericano. En un contexto de fuertes amenazas para el Estado de derecho y de profunda erosión democrática, estamos confiados en que el *Anuario* seguirá siendo un espacio para avanzar en la construcción de sociedades latinoamericanas estables, democráticas y centradas en el ser humano, así como en la protección del medio ambiente y la vida igualitaria en sociedad.

Hartmut Rank

Director del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Fundación Konrad Adenauer

Jorge Ernesto Roa Roa

Coordinador académico
Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2023

Felipe Franco

Coordinador de Proyectos del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Fundación Konrad Adenauer

Notas y ponencias especiales

- Cristián Letelier Aguilar (Chile)
El Tribunal Constitucional y las bases constitucionales del derecho penal chileno
- Isbela Bustillo Hernández (Honduras)
Luis Fernando Padilla Castellanos (Honduras)
Wagner Vallecillo Paredes (Honduras)
Francisca Villela Zavala (Honduras)
Constitucionalización del derecho penal hondureño a partir del nuevo Código Penal (Dec. 130-2017). Preocupaciones y oportunidades
- Paola Andrea Meneses Mosquera (Colombia)
El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional colombiana
- Paul Enrique Franco Zamora (Bolivia)
La tutela del derecho colectivo al agua y su tratamiento en la jurisdicción constitucional boliviana
- Norbert Bernsdorff (Alemania)
Derechos sociales fundamentales en Europa: ¿derechos exigibles o programas políticos sin función?

Cristián Letelier Aguilar* (Chile)

El Tribunal Constitucional y las bases constitucionales del derecho penal chileno

The Constitutional Court and the constitutional foundations of Chilean criminal law

Verfassungsgericht und verfassungsrechtliche Grundlagen des chilenischen Strafrechts

Introducción

La Constitución Política de la República de Chile (CPR), particularmente en su artículo 19, n.º 3, contiene un conjunto de principios que han de ser observados por el legislador penal, tales como los de legalidad (y tipicidad), prohibición de doble valoración (*ne bis in idem*), culpabilidad (*nulla poena sine culpa*), prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal, prohibición de autoincriminación, aplicación de la ley penal más favorable, y el principio de proporcionalidad.

Dichos principios han sido considerados y aplicados por el Tribunal Constitucional chileno, en numerosas sentencias, controlando disposiciones legislativas de naturaleza penal, haciendo lugar a la respectiva declaración de inaplicabilidad del precepto, cuando se ha estimado que su aplicación, en el caso concreto,¹ la infringe.

Como advierte la doctrina:

* Máster en Política Criminal de la Universidad de Salamanca. Ministro del Tribunal Constitucional de Chile.

¹ Ello, en tanto el control que realiza el Tribunal Constitucional, en sede de inaplicabilidad por inconstitucionalidad (art. 93, n.º 6, CPR), es de carácter concreto. Así, se ha fallado que no debe olvidarse el carácter concreto de la acción de inaplicabilidad, de suerte tal que, para ser acogida, la aplicación del precepto legal impugnado al caso específico ha de resultar contraria a la Constitución, lo que relativiza, por una parte, el examen meramente abstracto de constitucionalidad y, por otra, impide extraer conclusiones, reglas y principios generales a partir de una sentencia de inaplicabilidad. Lo decidido en un proceso determinado ha de

... si la Constitución, con su sistema de garantías y sus referencias a los tratados sobre derechos humanos, es la norma fundamental en las sociedades occidentales democráticas, es a las reglas y principios que en ella se encuentran y a que ella remiten donde deben encontrarse los fundamentos y límites de un sistema de derecho derivado, como lo es el derecho penal. Ello significa que el legislador democrático no es completamente libre para sancionar cualquier conducta, hecho o estado con cualquier consecuencia penal que estime, sino que se encuentra limitado por las normas y principios de la Constitución.²

En línea con lo anterior, el Tribunal Constitucional ha reconocido que en materia de política criminal el legislador goza de un espacio de maniobra relativamente amplio, no obstante lo cual la actividad legislativa penal está sujeta igualmente a *límites constitucionales, tanto formales como sustantivos*, que no pueden ser desconocidos. Aquellos, se ha resuelto, se encuentran

... encarnados en exigencias y prohibiciones de alcance global y que nuestra Constitución reconoce en forma expresa o implícita. Principios tales como los de legalidad (y tipicidad), prohibición de doble valoración (*ne bis in idem*), prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal, prohibición de la autoincriminación, aplicación de la ley penal más favorable o, como resulta pertinente en este caso, el de prohibición de desproporción excesiva entre otros, *constituyen límites que no pueden ser desconocidos*.³

La jurisdicción constitucional, por la vía de la acción de inaplicabilidad, ha conocido múltiples casos en que se ha cuestionado la aplicación de normas sustantivas penales, de cara a los principios constitucionales señalados.

Si bien el análisis pormenorizado de cada uno de los referidos principios excede con creces de un trabajo de esta naturaleza, nos referiremos a algunos casos en que el Tribunal Constitucional ha aplicado dichos principios, dando cuenta de la manera como han sido entendidos en su jurisprudencia.

En concreto, aludiremos brevemente a los principios de legalidad (y tipicidad), proporcionalidad, *ne bis in idem*, principio de culpabilidad y principio de aplicación de la ley penal más favorable (retroactividad benigna).

entenderse referido solo y exclusivamente al mismo (STC 1065, considerando 18; en el mismo sentido, STC 616, considerando 47, STC 664, considerando 6, y STC 3731, considerando 16).

² Jean Pierre MATUS ACUÑA, “Los aspectos esenciales del Programa Penal de la Constitución en Chile”, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, año 18, n.º 51 (2021): 594.

³ Tribunal Constitucional, STC 3177, considerando 17; entre otras.

1. Los principios constitucionales del derecho penal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile

1.1. Principio de legalidad (y tipicidad)

La *legalidad penal* también ha sido materia de numerosos pronunciamientos. Vale aquí destacar una sentencia dictada recientemente, vinculada al artículo 318 del Código Penal. En dicha ocasión, la Magistratura reafirmó la vigencia del principio de legalidad material (determinación o tipicidad). Con ocasión del análisis del referido tipo penal, consideró:

... para dar cumplimiento a la regla dispuesta en el artículo 19, n.º 3, inciso final de la Constitución, *el tipo penal debe describir los elementos esenciales de la conducta proscrita*, pudiendo entregar a normas infra-legales dictadas por otras autoridades solamente la determinación de elementos secundarios o accesorios. Si esto no se cumple, se le estaría dando carta blanca a los órganos del sistema penal (el Ministerio Público y la judicatura penal) para que definan de manera *ad-hoc* y sin ningún tipo de limitación, qué comportamientos podrían ser perseguidos y sancionados como delito. Esto es lo que ha ocurrido en este caso. El alto grado de discrecionalidad que el defectuosamente construido delito le[s] abre a dichos operadores al momento de su aplicación práctica, potenciado, además, por el fértil, variado y dinámico contexto normativo que ha caracterizado la actual situación de emergencia, da lugar a un escenario de elevada inseguridad jurídica para los habitantes de nuestro país. Tal situación es incompatible con el mandato constitucional de legalidad material (determinación o tipicidad).⁴

Igualmente, el principio en estudio fue gravitante respecto de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 299, n.º 3, del Código de Justicia Militar, que tipificaba como delito el incumplimiento de deberes militares. Decisión que fue consecuencia de varios procesos de inaplicabilidad con sentencias estimatorias, fundadas en igual principio. En sede de inconstitucionalidad, el Tribunal señaló:

Que, desde el valor jurídico referido [seguridad jurídica,] se manifiesta la taxatividad, principio elevado a rango constitucional que exige al legislador precisión en las conductas sancionables criminalmente, de forma que cualquier profano comprenda plenamente el comportamiento que se le prohíbe, impidiéndose cualquiera indeterminación en el tipo penal de que trate.⁵

⁴ Tribunal Constitucional, STC 12.731, considerando 12.

⁵ Tribunal Constitucional, STC 12.305, considerando 23.

Y determinó, acto seguido:

... el precepto legal que origina estos autos constitucionales contiene un elemento indeterminado, tal como se ha sostenido en las sentencias que han acogido los requerimientos de inaplicabilidad atingentes a él, puesto que no describe la conducta penada sino que sanciona criminalmente al militar que deje de cumplir sus deberes militares, obligaciones que se encuentran en los diversos reglamentos de la instituciones del orden militar, conforme a lo cual abiertamente hace que el tipo penal no se baste a sí mismo, lo que redundaría en que incumpla el mandato constitucional de taxatividad que dispone el inciso noveno, del numeral tercero, del artículo 19 constitucional.⁶

Otro caso relevante se relaciona con la punición de determinadas conductas en el contexto de la pandemia del covid-19. El legislador penal, dada la situación sanitaria producto de la pandemia, modificó, a través de la Ley 21.240, el artículo 318 del Código Penal. Ello generó diversos requerimientos que impugnaron la aplicabilidad de dicho precepto en eventos sobre sanciones sanitarias por incumplimiento de los reglamentos sanitarios en el contexto de la pandemia.

Entre otros casos, con fecha 5 de enero de 2021, el Tribunal acogió el primer requerimiento formulado respecto del artículo 318 del Código Penal, ello en STC Rol 8950-20. El argumento común de los votos particulares es que la aplicación concreta del artículo 318 del Código Penal contraría las garantías del artículo 19, n.º 2 y n.º 3, de la Constitución Política, en razón de su falta de proporcionalidad al contemplar como sanción una pena privativa de la libertad.

Sin embargo, en votos particulares se hizo presente que dicha disposición, en su aplicación al caso concreto, también afectaría la Constitución, ya que tendría carácter de ley penal en blanco. Particularmente, en este sentido, puede citarse el voto al que concurrí con el ministro Sr. Rodrigo Pica, en orden a que el artículo 318 del Código Penal, cuestionado, es una ley penal en blanco, lo que infringe el inciso final del numeral 3 del artículo 19 de la Constitución Política: en efecto, la delimitación del tipo no es clara ni delimitada en su núcleo esencial por la ley, y no cumple el estándar de descripción suficiente ni de ley cierta, de acuerdo a los estándares de permisividad de leyes penales determinados por esta Magistratura a partir de su Sentencia Rol 24, al no ser reconocibles los límites y elementos de la conducta tipificada (motivo 19).

1.2. Principio de proporcionalidad

El *principio de proporcionalidad* ha sido particularmente gravitante en diversas materias. Así, por ejemplo, cuando se ha analizado la inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 1.º de la Ley 18.216, en cuanto impedía la aplicación de penas

⁶ Tribunal Constitucional, STC 12.305, considerando 24.

sustitutivas para ciertos delitos contenidos en la Ley de Armas (Ley 17.798).⁷ En dicho contexto se reparó, por una parte, que, conforme al principio de proporcionalidad de las penas, “la severidad de éstas debe estar relacionada con la gravedad del delito y/o de la conducta delictiva”, añadiendo:

... cualquiera sea el medio que el legislador utilice para incrementar la punición de una conducta delictiva, éste no puede prescindir de la gravedad del delito expresado a través del *quantum* de la pena. En efecto, lo que determina la gravedad de un ilícito no es la naturaleza del delito. Dicho parámetro es una medida sólo intuitiva para apreciar qué tan grave es éste. El criterio más objetivo para identificar el nivel de gravedad de un ilícito es el *quantum* de la pena.⁸

En atención a lo expuesto, en múltiples casos se resolvió la inaplicabilidad del precepto, en tanto

... del examen cuantitativo en virtud del cual se compara el delito atribuido al requirente con el resto de los delitos excluidos del beneficio de sustitución de penas privativas de libertad es posible advertir una sustancial desproporción. En efecto, el *quantum* de su penalidad abstracta y concreta es muy menor en consideración a los otros, lo que configura una situación de irracionalidad y desproporción incompatible con la Constitución, lo que lleva a acoger la impugnación formulada por la parte requirente al artículo 1.º, inciso segundo, de la Ley 18.216, en el contexto de su aplicación a la enunciada gestión pendiente.⁹

En esta misma línea, en los casos vinculados al artículo 196 ter, inciso primero, de la Ley 18.290, en aquello que suspende la ejecución de penas sustitutivas, imponiendo

⁷ “Artículo 1.º- Ley 18.216. La ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad podrá sustituirse por el tribunal que las imponga, por alguna de las siguientes penas:

- a) Remisión condicional.
- b) Reclusión parcial.
- c) Libertad vigilada.
- d) Libertad vigilada intensiva.
- e) Expulsión, en el caso señalado en el artículo 34.
- f) Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

No procederá la facultad establecida en el inciso precedente ni la del artículo 33 de esta ley, tratándose de los autores de los delitos consumados previstos en los artículos 141, incisos tercero, cuarto y quinto; 142, 150 A, 150 B, 361, 362, 372 bis, 390 y 391 del Código Penal; en los artículos 8.º, 9.º, 10, 13, 14 y 14 D de la ley n.º 17.798; o de los delitos o cuasidelitos que se cometan empleando alguna de las armas o elementos mencionados en las letras a), b), c), d) y e) del artículo 2.º y en el artículo 3.º de la citada ley n.º 17.798, salvo en los casos en que en la determinación de la pena se hubiere considerado la circunstancia primera establecida en el artículo 11 del mismo Código”.

⁸ Tribunal Constitucional, STC 11.424, considerando 10.

⁹ Tribunal Constitucional, STC 11.424, considerando 12.

el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad por un año, el Tribunal Constitucional estimó lo siguiente:

... bajo un prisma de los principios informadores del sistema de penas en nuestro ordenamiento jurídico, *cuatro principios lo reglan: legalidad, proporcionalidad, resocialización y humanización. Desde luego el de proporcionalidad, que se vincula con la exigencia de que la dignidad de la persona humana y los derechos que le son inherentes constituyan el fundamento del orden político y social de la nación, nos lleva a sostener que la pena que se imponga deba ser la más idónea para cumplir con los fines de la prevención del delito.* La idoneidad no sólo nos obliga a elegir dentro del catálogo de penas aquella que resulte la más adecuada, sino que debe resolver la conveniencia de que intervengan otros órdenes sancionatorios menos gravosos que el penal. Es por eso que el Derecho Penal se rige por los principios de subsidiariedad y fragmentariedad, en virtud de los cuales éste será desplazado a favor de otros medios de control social, reservándose su intervención como *ultima ratio*. Además, la proporcionalidad se rige por el principio de necesidad: una vez convencido el sentenciador de que la pena es la más idónea, debe imponerla con criterio de estricta necesidad para alcanzar los fines preventivos. Y, por último, el principio en comento se manifiesta en un sentido estricto, procurando que las consecuencias jurídicas del delito guarden proporción con la gravedad del ilícito cometido.¹⁰

En los múltiples casos en que dicha impugnación fue acogida, se estimó que la aplicación de la norma resultaba desproporcionada, en tanto

... no resulta pertinente que la norma de sanción (norma sustitutiva) sea modificada por otra norma de sanción específica (norma de aplicación de cumplimiento efectivo de años de prisión), lo cual implica que el injusto por el que se sanciona con el respectivo reproche estatal resulta inconstitucional, al establecer una desviación de los fines de la pena, obviándose la lesión o puesta de peligro del bien o bienes jurídicos protegidos.¹¹

Para añadir:

... esta falta de proporcionalidad implica a la vez una afectación al principio de igualdad, puesto que el legislador debe hacer una ponderación entre lo gravoso de la pena y el hecho como único parámetro en el test de comparación, debiendo excluirse toda opción preventiva, como aquella que establece el artículo 196 ter ya citado, pues escapa al ámbito punitivo cualquier exceso

¹⁰ Tribunal Constitucional, STC 11.753, considerando 29.

¹¹ Tribunal Constitucional, STC 11.753, considerando 30.

que conlleve penar más allá del hecho punible descrito en la ley (principio de taxatividad), plasmado en el artículo 19, n.º 3, inciso final de la Constitución.¹²

1.3. Principio de culpabilidad

El Tribunal Constitucional chileno, en general, ha reconocido que el principio *Nulla poena sine culpa* es un postulado garantista esencial a un derecho penal democrático, en el cual la pena sólo puede ser impuesta al individuo a quien le es reprochable un quehacer personal suyo perpetrado con dolo o culpa.¹³

Afirmando, igualmente, en múltiples sentencias, que el principio de culpabilidad es una de las bases fundamentales del derecho penal, que consolida el principio de “dignidad humana”, en la medida que en este pueden incluirse diferentes límites del *ius puniendi*, en el sentido de exigir la concurrencia de todos aquellos presupuestos que permiten “culpar”, esto es, imputar a alguien el daño del delito, y tales presupuestos afectan a todas las categorías del concepto del delito.¹⁴

Como caso destacado en el ámbito de este principio, pueden mencionarse las inaplicabilidades asociadas al artículo 195 bis, inciso primero, introducido en la Ley de Tránsito por la Ley 20.770, conocida como “Ley Emilia”, sobre el delito de negativa injustificada “de un conductor a someterse a las pruebas respiratorias u otros exámenes científicos destinados a establecer la presencia de alcohol o de sustancias estupefacientes o psicotrópicas en el cuerpo”.

Si bien el Tribunal rechazó el requerimiento, refrendó que el principio de culpabilidad es una de las bases fundamentales del derecho penal, que constituye una exigencia absoluta que encuentra base constitucional en el artículo 19, n.º 3, de la Carta Fundamental, al expresar que “la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal”, y que consolida el principio de “dignidad humana”, en la medida en que, en un sentido amplio, bajo la expresión “principio de culpabilidad” pueden incluirse diferentes límites del *ius puniendi*, que tienen en común el exigir, como presupuesto de la pena, que pueda “culpase” a quien la sufra por el hecho que la motiva. *El principio de culpabilidad tiene un alcance limitador, en el sentido de exigir la concurrencia de todos aquellos presupuestos que permiten “culpar”, esto es, imputar*

¹² Tribunal Constitucional, STC 11.753, considerando 30.

¹³ Tribunal Constitucional, STC 3199, considerando 15; en el mismo sentido, STC 3256, considerando 15, STC 3296, considerando 15, STC 3381, considerando 15, STC 4381, considerando 59.

¹⁴ Así Tribunal Constitucional, STC 2936, considerando 9; en el mismo sentido, STC 2983, considerando 9; STC 3177, considerando 10; STC 3053, considerando 10; STC 2995, considerando 10; STC 3174, considerando 10; STC 3173, considerando 10; STC 3172, considerando 10; STC 3127, considerando 10; STC 3135, considerando 12; STC 3134, considerando 12; STC 3120, considerando 12; STC 3109, considerando 12; STC 3095, considerando 12; STC 3062, considerando 12; STC 3293, considerando 12.

a alguien el daño del delito, y tales presupuestos afectan a todas las categorías del concepto del delito.¹⁵

El Tribunal, en atención a lo anterior, precisó que el precepto impugnado describe una conducta típica definida por la negativa de realizar una obligación impuesta por el legislador para proteger el bien jurídico seguridad vial, no estando en presencia de una presunción de culpabilidad, sino de una sanción impuesta a la negativa de cumplimiento de una obligación que se inserta en un tipo penal, debiendo el órgano acusador probar la ejecución de la conducta punible, de forma tal que no puede existir incompatibilidad con la prohibición constitucional de presumir la responsabilidad penal.¹⁶

Igualmente, se ha determinado también que se vulnera la prohibición de presumir la inocencia al presumirse la voluntariedad del acto, la cual, como elemento esencial del hecho delictivo, debe justificarse y no puede ser presumida en términos tales que se impida acreditar los supuestos de la responsabilidad penal. En la norma cuestionada se le atribuye responsabilidad penal a una persona por la sola circunstancia de haber sido sancionada anteriormente, *omitiendo la atribución de un acto culpable*.¹⁷

1.4. *Non bis in idem*

El Tribunal Constitucional chileno ha reconocido:

... es una base esencial de todo ordenamiento penal democrático el principio de que *por un mismo hecho delictivo* el responsable no puede sufrir más de una pena o ser objeto de más de una persecución criminal, conocido como el “*non bis in idem*”. Esta interdicción del juzgamiento y la sanción múltiples se sustenta, respectivamente, en la aplicación de principios relativos al debido proceso y la proporcionalidad.¹⁸

Añadiendo:

Su fundamento constitucional deriva de la dignidad personal y del respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, cualidad que le es reconocida universalmente. Su transgresión constituye, pues, un atropello de las bases de la institucionalidad, así como de las garantías de un procedimiento e investigación racionales y justos, consagradas en el capítulo sobre igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. Como se ha

¹⁵ Cfr., *inter alia*, Tribunal Constitucional, STC 2936, considerando 9.

¹⁶ Entre otras, Tribunal Constitucional, STC 2936, considerando 10.

¹⁷ Así Tribunal Constitucional, STC 2045, considerando 7; en el mismo sentido, STC 2896, considerandos 12, 14 y 24, y STC 3000, considerando 8.

¹⁸ Tribunal Constitucional, STC 2045, considerando 4.

dicho reiteradamente, tales garantías no se restringen a la observancia de la ritualidad formal de un proceso, sino que alcanzan a los elementos materiales o sustanciales del trato que surge de la aplicación de la norma procesal, en orden a asegurar la justicia de la decisión jurisdiccional. En ese sentido, el procedimiento que permite juzgar y sancionar más de una vez por el mismo hecho desafía toda noción de justicia.¹⁹

Igualmente, el Tribunal

... ha señalado reiteradamente que uno de los principios básicos de un procedimiento racional y justo lo constituye el “*ne bis in idem*”, en cuanto prohíbe aplicar a un mismo sujeto una doble sanción *por los mismos hechos*, y que aunque la Constitución no consagre este principio en términos explícitos, se entiende que forma parte del debido proceso consagrado en el inciso sexto, del numeral 3 del art. 19 constitucional, en que se impone al legislador la obligación de establecer procedimientos racionales y justos.²⁰

Así mismo, ha razonado el Tribunal que es posible advertir que el principio de *non bis in idem* puede ser estimado como una “regla de doble reconocimiento” de un derecho convencional expreso (art. 14.7 del PIDCyP y art. 8.4 de la CADH) que se asocia a uno constitucional igualmente explícito (art. 19, n.º 3, CPR), cumpliendo la exigencia del ordenamiento interno, esto es, que se trate de “derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales” (art. 5.º de la Constitución).²¹

Dentro de las normas constitucionales internas, se ha indicado que el primer estándar material del *non bis in idem* implica que no es posible sancionar a una persona dos veces en lo mismo. De este modo, “ningún delito se castigará con otra pena”. Este es un mandato al legislador penal que el mismo puede vulnerar cuando establece otras penas por los mismos sujetos, hechos y fundamentos, vulnerando el principio de legalidad penal. Esta vertiente material puede complementarse interpretativamente como una infracción al principio de tipicidad cuando el dilema radica en la configuración normativa de los ilícitos.²²

Planteando, luego, la Magistratura que el punto fundamental en causas con procedimientos distintos, en donde se combinan reglas punitivas superpuestas, es saber precisar cuándo nos encontramos frente a “lo mismo”. Aquella se da cuenta de que es esencial, antes de analizar la prohibición del “*bis*”, despejar el “*idem*”. “Lo mismo” o el “*idem*” se equipara a la triple identidad de sujetos, hechos y fundamento. Basta

¹⁹ Tribunal Constitucional, STC 2045, considerando 4.

²⁰ Tribunal Constitucional, STC 6528, considerando 9.

²¹ Tribunal Constitucional, STC 3385, considerando 17, cap. I.

²² Tribunal Constitucional, STC 3385, considerando 20, cap. I.

que falte una de ellas para que los supuestos punitivos operen con independencia y no se anulen constitucionalmente por el principio del *non bis in idem*.

Entonces: i) el sujeto debe ser el mismo. ii) En cuanto a la identificación de los hechos, se entiende que existe uno solo cuando la actuación corresponda a una misma manifestación de voluntad (criterio finalista) y sea valorado unilateralmente en un tipo (criterio normativo). iii) El mismo fundamento corresponderá cuando el bien jurídico tutelado sea de idéntico tenor en ambos ordenamientos, penal y administrativo, que orientan la punición. Con todo, sobre este último punto se recalca que el criterio así formulado impide dilucidar casos complejos, y en tal situación lo conveniente es pensar, como un aspecto indiciario, que haya identidad del bien jurídico protegido cuando se deriva de la misma ley sectorial. Pero aun así, la doctrina sugiere analizar cómo, mediante el castigo, se logra sancionar toda la ilicitud y reprochar todo el daño ocasionado al bien jurídico (identidad de lesión al bien jurídico).²³

1.5. Irretroactividad de la ley penal y su excepción de retroactividad benigna

En un señero pronunciamiento, el Tribunal Constitucional sostuvo:

Es cierto que el artículo 9.º del Código Civil establece que la ley sólo puede disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo; pero, tratándose de un precepto legal, el principio de la irretroactividad de la ley es obligatorio para el juez y no para el legislador, el que puede dictar leyes retroactivas, ya que está sólo subordinado a la Carta Fundamental. No obstante, esta atribución del legislador tiene dos limitaciones: una de carácter civil y la otra de naturaleza penal. En materia civil, no puede, por medio de la retroactividad de la ley, violar la garantía constitucional del derecho de propiedad en sus diversas especies que consagra en la actualidad el artículo 19, n.º 24, de la Constitución vigente. *Y en materia penal, tiene la limitación establecida en el artículo 19, n.º 3, inciso penúltimo, que prescribe que ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que la nueva ley favorezca al afectado.* Como ya lo ha expresado este tribunal, en ciertos casos el legislador resuelve el conflicto que produce o pueda producir la aplicación de leyes que versen sobre la misma materia, acudiendo al *sistema de las disposiciones transitorias*.²⁴

En la misma línea anterior, se ha fallado que una nueva ley es más favorable para el procesado no solo cuando suprime o disminuye directamente la punibilidad del hecho por el que se lo juzga, sino también cuando consagra eximentes de

²³ Cfr. Tribunal Constitucional, STC 3385, considerandos 23 a 30, cap. I.

²⁴ Tribunal Constitucional, STC 15, considerando 3.

responsabilidad penal o atenuantes que lo benefician, cuando suprime agravantes que lo perjudican, cuando reduce los plazos de prescripción o modifica la forma de computarla de manera que resulta alcanzado por ella, o cuando altera la descripción del delito (el tipo delictivo), agregándole exigencias que no concurrían en la conducta por la cual se lo procesa.²⁵

Ha añadido el Tribunal:

Los requisitos de la punibilidad y las consecuencias penales deben, en todos los casos, siempre haber estado previstos en la ley antes de que el hecho sea cometido, lo que encuentra consagración en nuestro sistema jurídico tanto en el artículo 1.º del Código Penal, por cuanto “es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley”, como en el ya mencionado artículo 19 n.º 3, inciso penúltimo, de la Constitución. *La ley penal, como regla general, ha de regir hacia lo futuro y su aplicación retroactiva está prohibida de generar consecuencias desfavorables, salvo que permitan favorecer a la persona que va a enfrentar su aplicación.*²⁶

Y ha resuelto, igualmente:

Conforme a este principio de prohibición en la aplicación retroactiva de la ley penal, la pena y sus consecuencias jurídicas se determinan de acuerdo con la ley vigente al momento de la comisión del hecho. Así, de producirse una modificación legislativa con posterioridad a que el hecho sea ejecutado, pero antes de que sea dictada condena por el juez competente en lo penal, *debe aplicarse la ley más favorable desde la perspectiva del autor, lo que se conoce como principio de lex mitior, y sobre el cual se ha razonado latamente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en las sentencias Roles n.º 2673-14; 2957-16; 3252-16; 3844-17; 6717-19; 7181-19; 6985-19; 8108-20; 8816-20; y 9406-20. En nuestro sistema jurídico el principio de lex mitior tiene valor constitucional, por cuanto debe justificarse el trato punitivo diferenciado entre la ley antigua y la ley nueva.*²⁷

Finalmente, cabe señalar que, en el ámbito de estos principios, la Magistratura constitucional ha asentado –y esto es relevante– lo siguiente:

... no es problemático que leyes derogadas sean aplicadas en lo penal por un juez conociendo un caso con ocurrencia bajo su vigencia, pero que debe ser juzgado con posterioridad a su pérdida de pertenencia formal al sistema jurídico. *Para ello deben aplicarse estas reglas constitucionales tanto por el*

²⁵ Tribunal Constitucional, STC 2673, considerando 57; en el mismo sentido, STC 7181, considerando 9.

²⁶ Tribunal Constitucional, STC 12.125, considerando 17.

²⁷ Tribunal Constitucional, STC 12.125, considerando 18.

*legislador, al normar el derecho penal intertemporal en disposiciones transitorias, como por el juez, al decidir el estatuto aplicable.*²⁸

Conclusión

Si bien el Tribunal Constitucional ha reconocido que en materia de política criminal el legislador goza de un espacio de maniobra relativamente amplio, también ha determinado que la actividad legislativa penal está sujeta a *límites constitucionales*, tanto formales como sustantivos, que no pueden ser desconocidos. Aquellos constituyen exigencias y prohibiciones de alcance global y que la Constitución chilena reconoce en forma expresa o implícita.

En este sentido, no puede desconocerse la labor que el Tribunal Constitucional chileno ha realizado, en orden a mantener la vigencia de límites constitucionales frente al legislador penal democrático. Es especialmente a través de la acción de inaplicabilidad que dicha Magistratura ha conocido múltiples casos en que se ha cuestionado la aplicación de normas sustantivas penales, de cara a los principios constitucionales señalados.

Como se pudo apreciar, en esta apretada síntesis, el Tribunal Constitucional, en el ejercicio de sus funciones, ha realizado una importante labor con el objeto de que en nuestro ordenamiento jurídico exista una efectiva y real sumisión de la ley penal a los principios del orden penal establecidos en la Constitución. Labor que se ha materializado en numerosas sentencias, a algunas de las cuales hemos aludido y que por su claro contenido fundamental constituyen un acervo cuya consideración podría ser relevante respecto del proceso constitucional que se encuentra en curso en Chile.

Bibliografía

Doctrina

MATUS ACUÑA, Jean Pierre. “Los aspectos esenciales del Programa Penal de la Constitución en Chile”. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata*, año 18, n.º 51 (2021): 593-609.

Jurisprudencia

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC 15.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC 616.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC 664.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC 1065.

²⁸ Tribunal Constitucional, STC 12.125, considerando 19.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC 2045.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC 2673.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC 2896.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC 2936.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC 2983.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC 2995.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC 3000.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC 3053.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC 3062.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC 3095.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC 3109.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC 3120.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC 3127.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC 3134.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC 3135.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC 3172.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC 3173.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC 3174.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC 3177.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC 3199.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC 3256.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC 3293.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC 3296.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC 3381.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC 3385.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC 3731.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC 6528.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC 7181.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC 11.424.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC 11.753.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC 12.125.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC 12.305.
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC 12.731.

Isbela Bustillo Hernández* (Honduras)
Luis Fernando Padilla Castellanos** (Honduras)
Wagner Vallecillo Paredes*** (Honduras)
Francisca Villela Zavala**** (Honduras)

Constitucionalización del derecho penal hondureño a partir del nuevo Código Penal (Dec. 130-2017). Preocupaciones y oportunidades

Constitutionalization of Honduran criminal law based on the new Criminal Code (Decree No. 130-2017). – concerns and opportunities

Die Konstitutionalisierung des honduranischen Strafrechts durch das neue Strafgesetzbuch (Dekret 130-2017). – Vorbehalte und Chancen

Introducción

El tema propuesto en el presente trabajo es el abordaje jurisprudencial, por parte de la Corte Suprema de Justicia de Honduras, de los principios de legalidad y retroactividad de las leyes penales, planteando la normatividad constitucional y convencional atinente; así mismo, se seleccionan precedentes¹ representativos de la tutela judicial efectiva –en sus vertientes de acceso a la justicia y garantía jurisdiccional– de dos de las salas que integran ese alto Tribunal, a saber: 1) La Sala de lo Penal, a través del

* Magistrada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Honduras.

** Magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Honduras.

*** Magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Honduras.

**** Magistrada de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Honduras.

¹ Siguiendo aquí los postulados de Karl Larenz, quien, discutiendo sobre la importancia de la jurisprudencia para la práctica jurídica, afirma la exigencia de que esta, en tanto ciencia, fundamente y asegure sus enunciados con métodos hermenéuticamente admisibles de pensamiento orientado a valores; y que, en cambio, se abstenga de juicios de valor y decisiones no fundamentables. Véase Karl Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2.^a ed. Buenos Aires: Ariel Derecho, 2010, 226.

recurso extraordinario de casación, y 2) La Sala de lo Constitucional, por la vía de la acción de revisión,² que en Honduras tiene carácter de garantía iusfundamental, al tenor del artículo 186 de la Carta Política (Dec. 131 de 11 de enero de 1982).³

Nuestro punto de partida es la afirmación del proceso de constitucionalización del derecho penal hondureño, a partir del denominado Nuevo Código Penal (NCP, contenido en el Decreto 130-2017, de 10 de mayo de 2019); el cual, más allá de la controversia doctrinal suscitada en la academia por el planteamiento del Neoconstitucionalismo, la Nueva Interpretación Constitucional y el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano,⁴ se encuentra y armoniza ampliamente con los postulados del garantismo jurídico penal, preconizados por Luigi Ferrajoli en Italia y reconducidos a la categorización de garantismo constitucional, en la heurística expresión de Alberto Dalla Via.⁵

Compartimos con el autor citado la postura de acuerdo con la cual

... el paradigma del modelo garantista –[como] señala Ferrajoli– no es otra cosa que la doble sujeción del derecho al derecho, que afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, o si se quiere, la racionalidad formal y la racionalidad material.⁶

Preocupaciones y oportunidades que se expresan en la tensión constante entre la demanda de seguridad jurídica y la necesidad de una política criminal efectiva; la cual no puede resolverse en desmedro de los derechos fundamentales y las garantías del imputado.

Asimismo, debe tenerse en cuenta la antigua codificación penal (Dec. 144-83, de 12 de marzo de 1985), descrita por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) como “una de las menos comprometidas” en América Latina con la problemática de la magnitud de las penas, por el hecho de tener proscritas la pena

² La nomenclatura usual de esta garantía, en nuestro país, es la de “recurso de revisión”, por la cual optaremos en su recensión constitucional, en razón tanto de su facilidad de uso como de su empleo preponderante en la jurisprudencia nacional.

³ Artículo 186, párr. primero: “Ningún poder ni autoridad puede avocarse causas pendientes ni abrir juicios fenecidos, salvo en causas juzgadas en materia penal y civil que pueden ser revisadas en toda época a favor de los condenados, a pedimento de estos, de cualquier persona, del Ministerio Público o de oficio”.

⁴ Para una visión comprensiva de las primeras dos vertientes enunciadas, véase Luis Roberto Barroso, *El Neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas / UNAM, 2008), 10 y ss.

⁵ Conceptualizado por Dalla Via, como “el universo de la tutela constitucional de los derechos como conjunto y sistema”, citado por Raúl Gustavo Ferreyra, *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, Prólogo de Germán J. Bidart Campos, 2.^a ed. (Buenos Aires: Ediar, 2008), 128.

⁶ Ferreyra, *Notas sobre derecho constitucional y garantías*, 129.

de muerte y las penas de libertad perpetua, disponiendo, para esa fecha (1986), como pena máxima, la de “veinte años de reclusión”.⁷

Ello con relación al cumplimiento y ámbito de vigencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (arts. 3 y 5), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 6 y 7) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 4 y 5).

El NCP, ante una serie de medidas penales, sustancialmente exasperadas, a lo largo de las últimas décadas, que propendían a instaurar un derecho penal autoritario,⁸ las abrogó con su entrada en vigor, dando lugar a la aplicación garante de los extractos jurisprudenciales, enunciados con posterioridad.

Cabe también mencionar que el Estado de Honduras es suscriptor de la CADH, la cual, una vez entrada en vigor, forma parte de nuestro derecho interno, por lo que el Estado se compromete a respetar los derechos y las libertades allí reconocidos, así como la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH); la cual, en lo concerniente a nuestro tema, ha sostenido que “en un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo”.⁹

Para tal efecto, la Corte Suprema de Justicia sigue la jurisprudencia consultiva de la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-06 sobre la expresión “Leyes” en la CADH, por medio de la cual determinó que dicha expresión, en sentido formal, es la norma jurídica emanada del Poder Legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, con las formas requeridas por la Constitución; mientras que “Leyes”, en sentido material, sería una acepción, o sinónimo, de ordenamiento jurídico, prescindiendo del procedimiento de elaboración y del rango normativo que le pudiera corresponder en el escalonamiento jerárquico respectivo.¹⁰

Así las cosas, nuestro aporte se dedica a exponer cómo operan las garantías de legalidad y retroactividad en la jurisprudencia penal y constitucional hondureña, mediante la recensión de fallos relevantes o emblemáticos. Al respecto, no se puede menos que compartir la aspiración a que las líneas jurisprudenciales desarrolladas

⁷ Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (Informe final)*, coord. por Eugenio R. Zaffaroni (Buenos Aires: Depalma, 1986), 67-68.

⁸ Soslayando lo señalado por el propio Zaffaroni respecto a que “la secular tradición legitimante del ejercicio estructuralmente discriminatorio del poder punitivo operó como fisura absolutista en el Estado constitucional de derecho, introduciendo en su marco un elemento disolvente que, en algún trágico momento del pasado de triste memoria, se daría en llamar entre nosotros *doctrina de seguridad nacional*” (Eugenio Raúl Zaffaroni, *El enemigo en el derecho penal* [Buenos Aires: Ediar, 2012], 9).

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia RP539-2020, de 13 de enero de 2022, 10.

¹⁰ Corte IDH, “La expresión ‘Leyes’ en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, Opinión Consultiva OC-6/86, de 9 de mayo de 1986.

por las y los magistrados de las altas cortes siempre se han caracterizado por –y siempre deben ostentarlo– un sello de protección a la democracia, a la separación de poderes y al Estado de derecho en los países latinoamericanos.

1. Normativa iusfundamental de la República de Honduras referente al principio de legalidad y a la retroactividad de las leyes penales

El principio de legalidad se encuentra fundamentado en las siguientes normas, que se incluyen dentro del ordenamiento jurídico hondureño:

- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José):
Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad: Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.¹¹
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:
Artículo 15
 1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional e internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.
 2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.¹²
- Constitución de la República de Honduras (Dec. 131 de 11 de enero de 1982):
- Artículo 96. La ley no tiene efecto retroactivo, excepto en materia penal, cuando la nueva ley favorezca al delincuente o procesado.

¹¹ Florentín Meléndez, *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia* (Tegucigalpa: Corte Suprema de Justicia de Honduras, 2005), 327.

¹² Meléndez, *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia*, 129.

2. Análisis jurisprudenciales de la Corte Suprema de Honduras referentes al principio de legalidad y a la retroactividad de las leyes penales

La Sala de lo Penal de la Corte Suprema, en primer lugar, se ha manifestado en reiterada jurisprudencia, desarrollando el principio de legalidad de conformidad con la normatividad anteriormente mencionada y estableciendo algunos estándares propios de aplicación de este.

Así, en pronunciamientos realizados en 2023, la Sala ha señalado:

El Principio de Legalidad exige que toda medida limitativa de derechos fundamentales se encuentre prevista en la ley. Tradicionalmente se le denomina con el aforismo “*nullun crimen, nulla poena sine lege scripta, stricta, praevia et certa*”; en el ámbito internacional se encuentra consagrado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 11.2) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 9); De igual modo en la Constitución Política de Honduras en el artículo 84 que dice: “Nadie podrá ser arrestado o detenido sino en virtud de mandato escrito de autoridad competente, expedido con las formalidades legales y por motivo previamente establecido en la Ley”. Norma constitucional desarrollada en el Código Penal en el artículo 1: “Nadie puede ser castigado por acción u omisión que en el momento de su perpetración o comisión no está prevista como delito o falta”. En consecuencia, para la vigencia de este principio en materia penal, se establece que la ley debe ser *scripta, stricta, certa, praevia* y válida, de lo contrario transgrediría el principio de legalidad.¹³

El principio de legalidad le prohíbe al legislador promulgar leyes con efecto retroactivo, que declaren prohibida una acción que era permitida al momento de su realización o que se apliquen penas retroactivas más severas a las que al momento del hecho estaban establecidas para el caso determinado, ya que de lo contrario quedaría al arbitrio del legislador contemplar cuáles hechos ocurridos en el pasado, a su conciencia, deben de ser castigados, por considerarlos *post factum* lesivos, creando los delitos y las penas para ello.- Los tipos de retroactividad de la ley que son contrarios al principio constitucional de legalidad (Roxin, Claus: Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. 1997, Editorial Civitas S.A., España, pg. 141) son: 1. Cuando un hecho que no era punible en el momento de su comisión sea declarado así retroactivamente; 2. Cuando una acción que ya es legalmente

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencias CP9219, de 8 de mayo de 2023, 6; CP10319, de 6 de junio de 2023, 9-10, y SP107-2019, de 23 de junio de 2023, 10 y 11. En igual o idéntico sentido: Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia RP539-2020, de 13 de enero de 2022, considerandos 10, 7 y 8.

punible sea reformada retroactivamente con una clase de pena más grave (por ejemplo, prisión en vez de pena de multa); o 3. Cuando se agrava la pena señalada para una conducta con otra de la misma clase (por ejemplo, subir de cinco a diez años de prisión una pena). Ahora bien, la retroactividad de la ley solo es prohibida cuando es *in malam partem*, es decir solo cuando la aplicación retroactiva de la norma pueda acarrear un perjuicio para el sujeto activo del hecho, pudiendo aplicarse cuando resulte un beneficio para el mismo[;] esto es debido a que cuando un hecho es despenalizado o desvalorado disminuyendo su pena o sustituyendo su pena por otra menos gravosa, es debido a que la norma derogada o reformada ha perdido vigencia por considerársele excesiva, inefectiva y/o innecesaria. La nueva ley penal más apacible no solo se debe de aplicar a los procesos penales que se encuentren en curso, sino a aquellos en donde ya se haya emitido una sentencia [,] aun en los casos de que ésta tenga el estado de firme, o cuando la persona se encuentre todavía cumpliendo la pena.¹⁴

En el texto del Artículo 96 de la Constitución Política de Honduras se establece que “la Ley no tiene efecto retroactivo, excepto en materia penal, cuando *la nueva ley favorezca al delincuente o procesado*.”¹⁵

Dándose los requisitos señalados, el juzgador podrá aplicar retroactivamente la nueva ley a un hecho ocurrido previo a su existencia, ello por ser más favorable a la persona juzgada o condenada, pero bajo la prevención de darse las siguientes condiciones: a. Las leyes en conflicto temporal, es decir la ley que regulaba el hecho al momento de su acometimiento y la ley emitida posteriormente deben de ser de carácter penal sustantivo. No es posible la aplicación retroactiva de leyes de naturaleza no penal; b. Que el juzgador, al momento de hacer el estudio de la ley penal más favorable, lo realice de manera integral, sin que le sea permitido discriminar de cada una de las leyes en conflicto temporal los aspectos más beneficiosos, pues ello como se ha señalado implicaría una aplicación parcial de dos normas penales, que es lo mismo que la creación de una nueva norma penal por parte del juzgador; y c. La retroactividad podrá ser aplicada al momento de emitirse la sentencia definitiva, en el proceso de impugnación de esta o inclusive cuando la sentencia haya adquirido el carácter de firme, pero antes del cumplimiento total de la pena. Ergo no es posible la aplicación retroactiva de leyes penales: i.- Durante el proceso penal, salvo que se trate de la despenalización de una figura delictiva; y ii.- En los casos en que las penas impuestas hayan sido cumplidas de manera completa por la persona, aun cuando no se haya emitido declaratoria de extinción de la pena.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencias CP9219, de 8 de mayo de 2023, 6 y 7, y CP10319, de 6 de junio de 2023, 10.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencias CP9219, de 8 de mayo de 2023, 7; CP10319, de 6 de junio de 2023, 10-11; SP107-2019, de 23 de junio de 2023, 11.

Reglas de Ponderación de la Norma Más Favorable en el Código Penal 130-2017. Tal y como manda el principio de identidad, los delitos y faltas cometidos previo a la entrada en vigencia del Código Penal [contenido en el Decreto] 130-2017 (25/06/2020), se juzgarán conforme las normas del Código Penal [contenido en el Decreto] 144-1983[,] salvo que las normas del nuevo Código sean más favorables en su conjunto, en cuyo caso se aplicarán éstas, conforme dispone el principio excepcional de retroactividad de la ley penal más favorable (Art. 615, 1^{er} párrafo NCP).¹⁶

Corresponde a cada Tribunal, al momento de emitir la sentencia definitiva [,] resolver la aplicación retroactiva o no del nuevo Código Penal (Art. 615, 2do párrafo NCP), y en los casos en donde la sentencia haya sido objeto de recurso devolutivo, la ponderación de la aplicación retroactiva estará a cargo del órgano jurisdiccional competente para resolver éste (Art. 624.3 NCP). El Órgano jurisdiccional, en el proceso de ponderación, deberá tener presente que es prohibida la fragmentación de normas (Art. 616 1er párrafo NCP), por ello la comparación de las normas penales no se reduce a la mera comparación de los artículos que contienen los tipos penales; la comparación abarca todas las normas del Código Penal 144-1983 con las del Código 130-2017 (Art. 616 CP): Determinación de la pena concreta conforme [al] CP-144-83; circunstancias atenuantes, agravantes, pena abstracta y beneficios penitenciarios; Determinación de la pena concreta conforme [al] CP-130-2017; circunstancias atenuantes, agravantes, pena abstracta y beneficios penitenciarios; y Elección de la pena más favorable al caso concreto y, con ella, elección de la legislación a aplicar. Cuando en la sentencia impugnada por un recurso devolutivo se aprecie una *pena no concursada*, se procederá a la comparación de la pena concreta impuesta conforme [al] CP-144-83 con la pena abstracta conforme [al] CP-130-2017, bajo las siguientes reglas: Si la pena privativa de la libertad (reclusión/prisión) está contemplada como sanción en ambas legislaciones: i.- no procederá la aplicación retroactiva cuando la nueva legislación prevea una pena más grave que la anterior legislación; ii.- no procederá la aplicación retroactiva cuando la pena individualizada impuesta conforme el CP-144-83 se encuentre dentro del margen abstracto del CP-130-2017; iii.- procederá la aplicación retroactiva cuando la pena individualizada sea más grave en comparación con el margen abstracto previsto en la nueva legislación; o Si la sanción impuesta conforme el CP-144-83 es de distinta naturaleza a la prevista en el CP 130-2017, se procederá a hacer una ponderación en atención al caso concreto, incluyendo la situación personal del acusado, para determinar cuál de ellas le es más beneficiosa y con ello si procede o no la aplicación retroactiva

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencias CP9219 de 8 de mayo de 2023, 7 y 8; CP10319 de 6 de junio de 2023, 11, y, parcialmente, la Sentencia SP107-2019, de 23 de junio de 2023, 12.

de la nueva legislación penal. En caso de requerirse estudios para determinar cuál de las sanciones es más beneficiosa, éstos deberán de ser ordenados por el Tribunal previo a la decisión.¹⁷

Es importante insistir que la ponderación de la norma más favorable deberá de realizarse al momento del juzgamiento en primera instancia, en segunda instancia o en única instancia; por ello no es procedente aplicación retroactiva en estadios previos del proceso, como ser la audiencia de declaración de imputado, la audiencia inicial, la audiencia preliminar o en la etapa de saneamiento de la etapa de juicio. El órgano jurisdiccional, en el proceso de ponderación, deberá tener presente que es prohibida la fragmentación de normas (Art. 616 1er párrafo NCP), por ello la comparación de las normas penales no se reduce a la mera comparación de los artículos que contienen los tipos penales; la comparación abarca *todas las normas* del Código Penal 144-1983 con las del Código 130-2017; a tal consideración se le suman las siguientes: 1. *Penas Conjuntas*: No procede la ponderación parcial de penas principales; la ponderación deberá de realizarse tomando en consideración todas las penas conjuntas impuestas por los mismos hechos (Art. 617 NCP); 2. *Penas Privativas de Libertad*: No se realizará aplicación retroactiva del NCP cuando la pena privativa de la libertad (reclusión) con todas sus circunstancias, impuesta de conformidad con el VCP 144-83, fuese también imponible con arreglo al NCP 130-2017 (Art. 616).- Ello ocurre cuando la pena concreta impuesta se encuentre dentro del marco abstracto de la pena que para el mismo hecho se deba de imponer de conformidad con el NCP 130-2017 (Art. 621); 3. *Pena de Multa*: No se realizará aplicación retroactiva del NCP cuando la pena impuesta de conformidad con el VCP 144-83 sea la de multa y la que corresponda imponer conforme al NCP 130-2017, igualmente sea una pena de multa. La aplicación retroactiva se realizará excepcionalmente cuando: a. No se hubiese hecho abono alguno de la pena de multa impuesta de conformidad al VCP 144-83; y b. la concreta cuantía impuesta conforme al VCP 144-83 no fuese posible de imponer de acuerdo con el NCP 130-2017 desde una perspectiva abstracta (Art. 619); 4. *Penas Privativas de Derechos*: Las penas principales de inhabilitación absoluta y especial se compararán atendiendo a la duración de la pena concreta impuesta en la sentencia y la máxima que pueda imponerse de conformidad con el NCP 130-2017 (Art. 620); 5. *Medidas de Seguridad*: Respecto a las medidas de ejecución impuestas de acuerdo con el VCP 144-83 que estén pendientes de ejecución o que estén siendo ejecutadas, deberán de ser objeto de revisión y

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia CP9219, de 8 de mayo de 2023, 8; y, parcialmente, lo establecido en la Sentencia CP10319, de 6 de junio de 2023, 11. Asimismo, véase la Sentencia SP107-2019, de 23 de junio de 2023, 12.

adecuación de conformidad con las normas que regulan las mismas en el NCP 130-2017 (Art. 625).¹⁸

Ahora bien, en segundo lugar, la Sala de lo Constitucional también ha estudiado la aplicación del principio de legalidad y la retroactividad de las leyes penales en diferentes decisiones.¹⁹ A continuación, se destacan algunos extractos relevantes:

CONSIDERANDO (6): Que el Código Penal publicado mediante Decreto Legislativo No. 130-2017, en el Diario Oficial “La Gaceta” [,] el 10 de mayo de 2019, vigente a partir del 25 de junio del año dos mil veinte (2020) en su Artículo 615 dispone: *Retroactividad de la ley penal más favorable*. “Los delitos y faltas cometidos hasta el día de entrada en vigencia del presente Código se juzgan conforme a las normas penales que se derogan, excepto si las disposiciones del presente Código resultan más favorables tomadas en su conjunto, en cuyo caso se aplican estas”. Así el Artículo 1 párrafo cuarto del mismo cuerpo legal establece: “*PRINCIPIO DE LEGALIDAD*. La ley penal se aplica de forma retroactiva en las disposiciones más favorables al imputado o reo, así como al penado...”. *CONSIDERANDO (7):* Que el texto del artículo 96 de la Constitución de la República de Honduras establece que “La Ley no tiene efecto retroactivo, excepto en materia penal, cuando la nueva ley favorezca al delincuente o procesado”, recogiendo así los requisitos básicos: a. Que una persona haya realizado un hecho definido como delito y sancionado de manera previa por una ley penal vigente; b. Que posterior a la fecha de la ejecución del delito, el legislador realice una modificación legislativa que prevea que ese mismo hecho tenga una consecuencia legal distinta a aquella prevista en la ley penal anterior; y c. Que el cambio legal le signifique a la persona procesada o condenada, considerando sus circunstancias personales, una consecuencia legal menos gravosa en comparación a aquella que preveía la ley penal anterior. Dándose los requisitos señalados, podrá aplicarse retroactivamente la nueva ley a un hecho ocurrido previo a su existencia, ello por ser más favorable a la persona juzgada o condenada, pero bajo la prevención de darse las siguientes condiciones: a. Las leyes en conflicto temporal, es decir la ley que regulaba el hecho al momento de su acometimiento y la ley emitida posteriormente [,] deben ser de carácter penal sustantivo; no es posible la aplicación retroactiva de leyes de naturaleza no penal. b. Que el juzgador, al momento de hacer el estudio de la ley penal más favorable, lo realice de manera integral, sin que le sea permitido discriminar, de cada una de las leyes en conflicto temporal,

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia SP107-2019, de 23 de junio de 2023, 12 y 13.

¹⁹ Véanse las siguientes decisiones de garantía en revisión penal: Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, sentencias RP539-2020, de 13 de enero de 2022; RP539-2020, de 13 de enero de 2022, y RP631-2020, de 13 de enero de 2022, *inter alia*.

los aspectos más beneficiosos, pues ello como se ha señalado implicaría una aplicación parcial de dos normas penales, que es lo mismo que la creación de una nueva norma penal por parte del juzgador. c. La retroactividad podrá ser aplicada al momento de emitirse la sentencia definitiva, en el proceso de impugnación de ésta, o inclusive cuando la sentencia haya adquirido el carácter de firme, pero antes del cumplimiento total de la pena. *CONSIDERANDO (8): CRITERIOS PARA DETERMINAR LA LEY MÁS FAVORABLE.* Artículo 616 del Código Penal: “Para determinar cuál sea la Ley más favorable se comparará la pena que hubiere podido corresponder al concreto hecho sometido a enjuiciamiento, con la aplicación de las normas completas de la legislación derogada y de la que entra en vigor. En ese sentido no es admisible como más beneficiosa la aplicación fragmentando las dos (2) normas, tomando en cuenta una de ellas que considere que le favorece y rechazando lo que le perjudique. Para realizar la valoración se tienen en cuenta las disposiciones correspondientes consideradas taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial. La comparación ha de hacerse en concreto tomando en consideración todas las circunstancias concurrentes y en particular, los distintos beneficios penitenciarios que existen en una u otra legislación...”. *CONSIDERANDO (9):* Que Honduras es suscriptor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,²⁰ la que una vez en vigor forma parte del derecho interno;²¹ al suscribir tan importante instrumento de protección de derechos humanos, el Estado se compromete a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella. La precitada Convención establece en el Artículo 9 el Principio de Legalidad y de Retroactividad que dispone: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”. Es así que la Corte Interamericana ha sostenido que “en un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo”.²²

²⁰ Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, entró en vigor en julio de 1978, siendo publicada en *La Gaceta* n.º 22287 de 1 de septiembre de 1977.

²¹ Artículo 16, segundo párrafo, de la Constitución de la República de Honduras.

²² Véase Corte IDH, Caso Vélez Loor vs. Panamá, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 218, párr. 183; Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Sentencia de 2 de febrero 2001, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 72, párr. 107.

3. El valor de los precedentes jurisprudenciales

- a) *Recurso de casación penal por infracción de ley o de doctrina legal* (que da origen a las sentencias CP). En cuanto a este respecto es destacable que los principios contenidos en los extractos de jurisprudencia de la Sala de lo Penal, una vez reiterados en tres sentencias conformes, sobre un mismo asunto, adquieren carácter de doctrina legal, reconocida como tal por la Corte Suprema de Justicia, acorde a lo estipulado en el artículo 360 del Código Procesal Penal.
- b) *Recurso de revisión penal ante la Sala de lo Constitucional* (que da origen a las sentencias RP). En cuanto a esta garantía constitucional, la Ley sobre Justicia Constitucional (Dec. 144-2003), su reconocimiento y favorabilidad al procesado emanan del plexo constitucional en materia de derechos fundamentales, en su marco abstracto;²³ y, en su aplicación concreta, por la remisión que vía implicancia hace la ley penal adjetiva.

En efecto, si bien de su examen jurisprudencial *prima facie*, aparecería tal recurso como clasificable en el marco conceptual de la denominada “jurisprudencia indicativa”, a la que hace referencia doctrinaria López Medina,²⁴ salvan esta consideración criterios complementarios y sustantivos que la ley penal hondureña establece, en caso de que “se produzca un *cambio de doctrina legal que favorece al reo*”.

Conclusiones

A la vista de los *recursos extraordinarios de casación penal y revisión penal*, planteados ante las salas de lo Constitucional y de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, respectivamente, se pueden resaltar dos extractos jurisprudenciales, que denotan de manera clara, transparente y explícita las máximas, o razones jurisprudenciales, que rigen el quehacer de la Sala de lo Penal, en su carácter tutelar del derecho de recurrir del fallo, como “una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal”,²⁵ de conformidad con los mandatos de la Corte IDH; así como de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de la República de Honduras, en su misión iusfundamental de efectivizar la garantía jurisdiccional de revisión penal. Veamos:

²³ Para una panorámica de las teorías de los derechos fundamentales y la interpretación constitucional, véase María Luisa Balaguer Callejón, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Prólogo de Peter Häberle (Madrid: Tecnos, 1997), 21-29.

²⁴ Véase Diego Eduardo López Medina, *El derecho de los jueces*, 2.ª ed. (Bogotá: Universidad de Los Andes / Legis, 2006), 109 y ss.

²⁵ Corte IDH, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 107, párr. 158.

CONSIDERANDO NUEVE (9): Que la Corte Interamericana en su interpretación sobre el principio de retroactividad ha establecido en la sentencia Ricardo Canese vs. Paraguay:²⁶ “el principio de la retroactividad de la ley penal más favorable se encuentra contemplado en el artículo 9 *in fine* de la Convención, al indicar que, si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el condenado se beneficiará de ello. Dicha norma debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta el objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de la persona humana, así como mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos. En este sentido, debe interpretarse como ley penal más favorable tanto a aquella que establece una pena menor respecto de los delitos, como a la que comprende a las leyes que desincriminan una conducta anteriormente considerada como delito, crean una nueva causa de justificación, de inculpabilidad, y de impedimento a la operatividad de una penalidad, entre otras. Dichos supuestos no constituyen una enumeración taxativa de los casos que merecen la aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más favorable. Cabe destacar que el principio de retroactividad se aplica respecto de las leyes que se hubieren sancionado antes de la emisión de la sentencia, así como durante la ejecución de esta, ya que la Convención no establece un límite en este sentido.”²⁷

CONSIDERANDO: Que esta Sala debe acotar que el Recurso de Revisión es un recurso extraordinario de carácter excepcional, al estar dirigido contra una sentencia firme con carácter de cosa juzgada pronunciada en un juicio ordinario y como tal, no se constituye como una instancia más del procedimiento. El objeto de la revisión [...] sería en todo caso demostrar de manera *concluyente* el acontecimiento, después de la condena, de nuevos hechos o elementos de prueba que solos o unidos a los ya examinados en el proceso penal, hagan *evidente* que el hecho no existió, que el condenado no lo cometió o que el hecho cometido *no es punible* o *encuadra en una norma más favorable* [,] o [*que*] se produzca un cambio de doctrina legal que favorece al reo.²⁸

²⁶ Corte IDH, Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, Sentencia de 31 de agosto de 2004, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 111, párrs. 178 y 179.

²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, sentencias RP539-2020, de 13 de enero de 2022, 13 y 14, y RP631-2020, de 13 de enero de 2022, 13 y 14.

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia RP500-2021, de 25 de noviembre de 2021, 2.

Bibliografía

Doctrina

- BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Prólogo de Peter Häberle. Madrid: Tecnos, 1997.
- BARROSO, Luis Roberto. *El Neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas / UNAM, 2008.
- CORTE IDH. “La expresión ‘Leyes’ en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. Opinión Consultiva OC-6/86, de 9 de mayo de 1986.
- FERREYRA, Raúl Gustavo. *Notas sobre derecho constitucional y garantías*. Prólogo de Germán J. Bidart Campos. 2.^a ed. Buenos Aires: Ediar, 2008.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (IIDH). *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (Informe final)*, coord. por Eugenio R. ZAFFARONI. Buenos Aires: Depalma, 1986.
- LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. 2.^a ed. Buenos Aires: Ariel Derecho, 2010.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*. 2.^a ed. Bogotá: Universidad de Los Andes / Legis, 2006.
- MELÉNDEZ, Florentín. *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia*. Tegucigalpa: Corte Suprema de Justicia de Honduras, 2005.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar, 2012.

Legislación, convenciones y jurisprudencia

- CÓDIGO PENAL (Dec. 144-83, de 12 de marzo de 1985).
- CÓDIGO PENAL (Dec. 130-2017, de 10 de mayo de 2019).
- CÓDIGO PROCESAL PENAL (9-99 E, de 30 de diciembre de 1999).
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE HONDURAS. Decreto n.º 131 de 11 de enero de 1982.
- CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, entró en vigor en julio de 1978, siendo publicada en *La Gaceta* n.º 22287 de 1 de septiembre de 1977.
- CORTE IDH. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, Sentencia de 2 de febrero 2001, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, No. 72.
- CORTE IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C, núm. 107.
- CORTE IDH. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, No. 111.
- CORTE IDH. Caso Vélez Loor vs. Panamá, Sentencia de 23 de noviembre de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, núm. 218.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal. Sentencia CP9219, de 8 de mayo de 2023.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal. Sentencia CP10319, de 6 de junio de 2023.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal. Sentencia SP107-2019, de 23 de junio de 2023.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Constitucional. Sentencia RP539-2020, de 13 de enero de 2022.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Constitucional. Sentencia RP631-2020, de 13 de enero de 2022.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Constitucional. Sentencia RP500-2021, de 25 de noviembre de 2021.

LEY SOBRE JUSTICIA CONSTITUCIONAL (Dec. 144-2003).

Paola Andrea Meneses Mosquera* (Colombia)

El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional colombiana

The right to health in Colombia's constitutional jurisprudence

Das Recht auf Gesundheit in der kolumbianischen
Verfassungsrechtsprechung

Introducción

Debo empezar esta ponencia haciendo dos aclaraciones: primero, que mis comentarios no comprometen el criterio de la Corte Constitucional de Colombia; segundo, que, como abogada, me encuentro en una condición de déficit epistémico frente a las cuestiones técnicas de la medicina y la salud. Los comentarios expuestos aquí, en consecuencia, estarán desprovistos de rigor técnico, por lo que me referiré, indistintamente, a lo “clínico”, “los tratamientos”, “las cirugías”, “los procedimientos”, “las patologías” y “las enfermedades”, según las nociones socialmente aceptadas de aquellos conceptos científicos.

En ese contexto, me concentraré en las principales líneas jurisprudenciales sobre el derecho a la salud, sin pretender abarcarlas todas. Propongo, entonces, seguir la siguiente metodología: en primer término, mencionar los rasgos característicos del sistema de salud de Colombia; luego, mencionar las líneas generales sobre las que el derecho a la salud se ha desarrollado en la jurisprudencia constitucional; finalmente, dejar sobre la mesa algunas conclusiones que, espero, promuevan fecundas reflexiones.

* Especialista en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid; especialista en Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Javeriana de Colombia. Magistrada de la Corte Constitucional de Colombia.

1. Generalidades

En Colombia coexisten, de un lado, un régimen general de salud y, del otro, algunos regímenes especiales, como el de los profesores públicos o el de los militares y policías, de los que no me ocuparé en este artículo. Basta con señalar que la jurisprudencia a la que me voy a referir ha sido replicada, en su gran mayoría, al abordar los regímenes especiales, lo que supone que hay un alto grado de similitud entre los dos ámbitos.

Ahora bien, en el régimen general se garantiza la cobertura de las prestaciones económicas (incapacidades) y de salud propiamente dichas. En lo que respecta a la salud, se garantiza la prestación del servicio al grueso de la población, sin ninguna discriminación y durante todas las etapas de la vida. Para tales fines, las personas son asignadas a uno de dos subregímenes, según si tienen o no ingresos fijos. Por un lado, tenemos el *régimen contributivo*, que se financia con aportes del Estado y de los trabajadores y pensionados; los dos últimos contribuyen con un porcentaje de sus ingresos mensuales. Por otro lado, tenemos el *régimen subsidiado*, que está concebido para la población vulnerable. Este, a diferencia del primero, no recibe ingresos de los afiliados, pues estos carecen de ingresos formales. En el régimen contributivo se protege a todo el núcleo familiar, así el aportante sea uno solo de sus miembros. En el régimen subsidiado no es necesario distinguir entre el aportante y el beneficiario. En el régimen contributivo, además, los afiliados deben asumir pagos pequeños al hacer uso de los servicios de salud, que, según la capacidad económica del aportante, oscilan entre uno y diez dólares. En ambos regímenes, el servicio de salud es prestado por particulares o por el Estado.

En los dos mencionados subregímenes, las autoridades competentes fijan un plan de prestaciones básicas, que es una suerte de catálogo de servicios de salud al que tienen derecho todos los pacientes, sin discriminación alguna. El listado es actualizado por el Ministerio de Salud con cierta periodicidad. Estos servicios de salud son asumidos con cargo a los recursos estatales y los aportes de las personas que tienen capacidad contributiva. Los conflictos sobre estos servicios “incluidos” no son muy comunes y, mayoritariamente, son resueltos por una autoridad administrativa a la que la ley le otorgó funciones jurisdiccionales, esto es, la Superintendencia Nacional de Salud.

Aunque el catálogo de servicios es bastante amplio, hay algunas prestaciones que no están incluidas allí. Además, existen servicios de salud que la ley excluye expresamente del financiamiento con cargo a los recursos del sistema. Lo primero acontece con los tratamientos estéticos o los tratamientos de reproducción asistida, entre otros. Lo segundo ocurre, por ejemplo, con los tratamientos experimentales o los que tengan que ser prestados fuera del territorio nacional. Sin embargo, los pacientes suelen requerir la prestación de estos y de aquellos. La *judiciabilidad* de dichos casos le ha correspondido a los jueces de amparo (tutela), incluida la Corte Constitucional, durante los últimos treinta años. A continuación me referiré, brevemente, a los rasgos principales de dicha “judiciabilidad”, y, al hacerlo, buscaré

darle fundamento y demostrar que, a pesar de que la jurisprudencia constitucional colombiana ha garantizado la protección del derecho a la salud en estos casos especiales, lo cierto es que lo ha hecho de forma excepcional, dado el carácter limitado de los recursos y la prevalencia del interés general.

2. Primera línea general

Durante las dos primeras décadas de la jurisprudencia constitucional, la Corte Constitucional construyó y moldeó las reglas jurisprudenciales idóneas para superar las “no inclusiones” e inaplicar las “exclusiones” del plan básico de servicios. Estas reglas han sido acogidas y reiteradas por los jueces de amparo a lo largo del país. Inicialmente, la Corte señaló que se debía autorizar la práctica de un tratamiento excluido del Plan Obligatorio de Salud (POS) en dos eventualidades: primero, cuando se vulnerara el principio de continuidad en la prestación de los servicios de salud, lo que ocurre, por ejemplo, al suspender abruptamente un tratamiento que se venía practicando, sin razones médicas o científicas; segundo, cuando el tratamiento fuera necesario para proteger la vida o la integridad personal del paciente. Es necesario tener en cuenta que, hasta el año 2008, la salud no era considerada como un derecho fundamental autónomo, lo que exigía que los jueces de tutela verificaran la “conexidad” con un derecho fundamental, lo que se hacía casi siempre con referencia a los derechos a la vida y a la integridad personal.

Una vez se declaró que el derecho a la salud es de carácter fundamental,¹ empresa a la que aportó la jurisprudencia interamericana, la Corte Constitucional precisó las reglas de acceso a los servicios de salud requeridos por los pacientes, cuando estos no están incluidos en el plan básico de beneficios; particularmente, señaló que esto es procedente cuando:

... (i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie;² (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.³

¹ Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008.

² Debo aclarar aquí que en Colombia es posible contratar planes de medicina complementarios, pero la lógica que rige este servicio es la del contrato de seguro.

³ Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008.

Con algunos matices, estos cuatro criterios se han mantenido vigentes.

Adicionalmente, la Corte Constitucional ha accedido a autorizar servicios no incluidos en el plan básico de servicios, respecto de sujetos de especial protección, particularmente, personas: i) farmacodependientes,⁴ ii) portadoras del VIH⁵ y iii) enfermas de cáncer.⁶ Esta postura se mantiene hasta el día de hoy en la jurisprudencia colombiana.⁷

Entonces, una *primera conclusión* es que solo ante la configuración de los cuatro mencionados requisitos, o ante la presencia de los referidos sujetos, es viable que se autorice un tratamiento no incluido en el plan básico de servicios. Si no están debidamente probadas las cuatro exigencias o si no se trata de una de las personas señaladas, el juez debería negar la autorización, puesto que los recursos del sistema no son ilimitados y, por ende, la sostenibilidad financiera del mismo se podría ver afectada.

3. Segunda línea general

La exigibilidad del derecho a la salud no se puede ligar a la vida en términos biológicos, esto es, no se puede exigir a los pacientes que prueben que la prestación de salud es necesaria para no morir. De la mano de la jurisprudencia interamericana y la doctrina del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, la Corte Constitucional ha precisado, desde sus albores,⁸ que el derecho a la salud se debe entender en un contexto amplio, debido a que la salud constituye un estado de completo bienestar físico, mental y social, no consistiendo solamente en la ausencia de afecciones o enfermedades. Desde esa perspectiva, la garantía del derecho a la salud no se puede limitar al “riesgo de muerte” del paciente, toda vez que su derecho a la salud involucra, entre otros, el derecho fundamental a tener una “vida digna” o a que se garantice su “proyecto de vida”. Esta línea general de la jurisprudencia constitucional es la puerta de varias sublíneas que mencionaré en seguida.

La *segunda conclusión*, entonces, es que, cuando el paciente logra probar que el servicio de salud que requiere está relacionado con su bienestar físico, mental y social, también es viable que se autorice dicho tratamiento, a pesar de que el mismo no esté incluido en el plan básico de servicios. Si esto no está debidamente demostrado, lo procedente es negar la autorización, insisto, porque los recursos del sistema de salud son limitados.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-438 de 2009.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-1175 de 2008.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-090 de 2008.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-232 de 2022.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-597 de 1993.

4. Desagregación de la jurisprudencia

La jurisprudencia constitucional sobre la protección del derecho a la salud, como se pudo ver, tiene tres características esenciales: primero, la salud es concebida como un estado de completo bienestar físico, mental y social, no solamente como la ausencia de afecciones o enfermedades; segundo, la imposibilidad de autorizar tratamientos no incluidos o excluidos del plan de beneficios básicos no es una prohibición absoluta, ya que admite excepciones; tercero, tales excepciones están limitadas por el deber de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema de salud. Desde esa perspectiva, diferentes salas de revisión de la Corte Constitucional han desarrollado y moldeado subreglas especiales para valorar algunos casos especiales, a los que me referiré brevemente a continuación.

4.1. Tratamientos de fertilidad (Sentencia SU-074 de 2020)

Los derechos sexuales y reproductivos suponen la facultad de todas las personas para decidir libremente sobre su sexualidad y reproducción, lo que, correlativamente, implica la obligación del Estado de brindar los recursos necesarios para la efectividad de tales determinaciones. Aunque hoy está en fase de adopción la reglamentación requerida, en su momento la Corte Constitucional se vio obligada a establecer el alcance de las condiciones para acceder a los tratamientos de fertilidad, las cuales son aplicables, al menos, hasta que la mencionada reglamentación sea una realidad. Principalmente, es necesario valorar: i) la edad de la persona o pareja infértil, pues se debe tener una edad en la que resulte viable el tratamiento de fertilización; ii) la condición de salud de la pareja infértil; iii) con sujeción al principio de sostenibilidad financiera, se reconoce un término máximo de tres intentos por persona o pareja, mediante la financiación parcial con cargo a los recursos públicos; iv) la capacidad económica de la pareja, esto es, que no tenga los recursos necesarios para sufragar los costos derivados del tratamiento de fertilidad, lo cual debe haberle impedido acceder a este a través de cualquier otro sistema o plan de salud; y v) la frecuencia de los ciclos de fertilización y el tipo de infertilidad.

Adicionalmente, las personas tendrán que demostrar, sumariamente, circunstancias objetivas, verificables y graves que den cuenta de que la ausencia del procedimiento vulnera o pone en riesgo sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a los derechos reproductivos, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar, a conformar una familia, a la igualdad y, potencialmente, a la salud.

4.2. Procesos de reafirmación sexual (Sentencia T-199 de 2023)

La plataforma jurisprudencial sobre la que los jueces de tutela desarrollan aquellos casos en los que se pide la autorización de los *procedimientos de reafirmación sexual* está constituida por las dos líneas generales a las que me he referido previamente.

Sin embargo, existen unas subreglas particulares que complementan dicha plataforma, las cuales han sido desarrolladas por la Corte Constitucional a partir del año 2012. Estas reglas contienen criterios orientadores que parten del supuesto de que al garantizar el derecho a la salud se protegen otros derechos fundamentales íntimamente ligados al mismo, como la vida digna, el libre desarrollo de la personalidad o las identidades sexual y de género. Particularmente, las autoridades respectivas deben tener en cuenta: i) que los servicios de salud previamente prescritos por el especialista de la salud se presten de manera oportuna, eficaz e integral; ii) que no se impongan obstáculos de carácter administrativo que impidan al sujeto manifestar su identidad de género, desarrollar su plan de vida y llevar a buen término el procedimiento médico; iii) que no se consideren los procedimientos médicos ordenados por los profesionales de la salud que tengan como fin lograr la afirmación, como si estos fueran de carácter simplemente estético, y (iv) que no se pierda de vista que el diagnóstico de estas personas es de gran importancia, porque tienen derecho a ser valoradas de manera adecuada y completa y a ser informadas sobre los procedimientos y tratamientos que se deben adelantar para lograr la respectiva afirmación, en el marco del derecho al diagnóstico.

4.3. Cirugías plásticas o estéticas (Sentencia T-490 de 2020)

Estas cirugías no están dentro del plan básico de beneficios, por lo que, en principio, no es posible que el sistema de salud asuma su costo. Esto, debido a que dichas cirugías buscan mejorar un aspecto físico con el cual una persona no está conforme. Sin embargo, si dicho procedimiento tiene fines funcionales o de “mantenimiento de la capacidad” se entiende como incluido en el plan de beneficios, por lo que el sistema debe asumirlo. La carga de la prueba, de todos modos, recae en el prestador del servicio, a quien le corresponde mostrar el carácter estético y no funcional del procedimiento.

4.4. Tratamientos odontológicos (Sentencia T-208 de 2017)

Al menos desde la Sentencia T-1276 de 2001, la Corte ha diferenciado entre los tratamientos odontológicos estéticos (p. ej., blanqueamiento) y los tratamientos odontológicos relacionados que buscan conjurar una deficiencia funcional del paciente. Ante esta situación, pese a que la vida del paciente no está en riesgo, se puede hablar de afectaciones sustanciales a las funciones y actividades básicas de las personas, así como a su integridad psicológica. Por lo anterior, en estos casos los procedimientos no se consideran estéticos y, por ende, están incluidos en el plan de beneficios y deben ser asumidos por el sistema, pero siempre que el paciente logre probar que no tiene capacidad económica para asumir directamente los costos respectivos.

4.5. Cirugías bariátricas (Sentencia T-322 de 2018)

El reconocimiento de estos procedimientos, cuyo objeto es el tratamiento de la obesidad mórbida en personas a quienes se les ha dificultado bajar de peso por medios convencionales, se ha dado en dos fases. Antes de la Sentencia T-414 de 2008, solo se autorizaba el *bypass* gástrico, pero, luego de ese fallo, la Corte también ha reconocido la *derivación biliopancreática con cruce duodenal* y la *gastrectomía en manga*. Esto y aquello porque tales procedimientos no son estéticos cuando los requieren personas en condición de obesidad y, en consecuencia, deben estar incluidos en el plan básico de beneficios.

4.6. Otros gastos relacionados con los servicios de salud

La Corte Constitucional ha dictado algunas decisiones en las que ha establecido que el sistema de salud debe asumir diversos gastos asociados con la prestación de los servicios de salud, directa e indirectamente. Me voy a referir brevemente a algunas de ellas. De un lado, es de resaltar que se reconoce que el sistema debe asumir los costos de un *cuidador* para el paciente, siempre que se verifique: (i) que existe certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir el servicio y (ii) que el cuidado no puede ser asumido por el núcleo familiar del paciente, debido a una imposibilidad material.⁹ De otro lado, es importante destacar que también se han reconocido gastos respecto de prestaciones que han generado “alta litigiosidad”, como las sillas de ruedas de impulso manual y los pañales.¹⁰ En lo que respecta a los gastos de transporte del paciente, incluso de estadía, cuando el tratamiento se presta en una ciudad diferente a la de su domicilio, es necesario demostrar: i) que el procedimiento o tratamiento es indispensable para garantizar el derecho a la salud de la persona (en su concepción amplia); ii) que ni el paciente ni sus familiares cercanos disponen de los recursos suficientes para pagar el valor del traslado, y iii) que de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario.¹¹ Adicionalmente, tratándose de transporte dentro de la ciudad o municipio, se deben cumplir estos requisitos: i) que el paciente esté en situación de dependencia total respecto de un tercero para moverse, ii) que el paciente necesite de cuidado permanente, y iii) que ni el paciente ni su familia cuenten con recursos para solventar los gastos de transporte.¹²

⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-353 de 2023.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia SU-508 de 2020.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-264 de 2023.

¹² Corte Constitucional, Sentencia T-459 de 2022.

4.7. Exoneración del copago (Sentencia T-513 de 2020)

En las referencias iniciales mencioné que algunos afiliados deben asumir pagos pequeños al hacer uso de los servicios de salud (1 a 10 dólares). Adicionalmente, en circunstancias especiales, algunas de ellas mencionadas con anterioridad, los pacientes o sus familiares deben concurrir con un pago un poco más elevado. Con todo, la Corte Constitucional también ha reconocido que es posible que los pacientes sean exonerados de dichos pagos, cuando demuestren que no tienen capacidad económica; o, eventualmente, que sean beneficiarios de facilidades o acuerdos de pago, cuando tengan capacidad económica, pero no en el momento en el que requieren los servicios; lo que no supone, claro está, que estas facilidades o acuerdos puedan ser invocados como una limitación de la prestación de los servicios de salud.

Para terminar, cabe señalar que, actualmente, la Corte Constitucional está trabajando en la construcción y el perfeccionamiento de unas reglas para aplicar en los casos de los niños autistas, particularmente, respecto de la viabilidad de autorizar el cubrimiento de los apoyos que requieren durante el proceso educativo.

Conclusiones

Las breves reflexiones que he presentado aquí me permiten compartir algunas conclusiones y, sobre todo, dejar en evidencia los retos que en el futuro debe afrontar la Corte Constitucional en lo que respecta al derecho fundamental a la salud.

- El derecho a la salud no se puede entender circunscrito a la ausencia de enfermedades o patologías, esto es, teniendo como referente los aspectos meramente físicos y funcionales del cuerpo. Es indispensable que el mismo también incluya el bienestar psíquico, emocional y social de las personas.
- La jurisprudencia constitucional es garantista a la hora de amparar el derecho a la salud, particularmente, cuando se trata de casos no incluidos en el plan básico de beneficios. Sin embargo, el reconocimiento de tales prestaciones no deja de ser excepcional. Esto, en mi criterio, no es contrario a la Constitución Política, debido a que los recursos del sistema de salud no son ilimitados. En ese sentido, un mal aprovechamiento de estos puede generar problemas estructurales de cobertura y universalidad.

Bibliografía

Jurisprudencia

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-597 de 1993.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1276 de 2001.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-090 de 2008.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-760 de 2008.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1175 de 2008.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-438 de 2009.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-208 de 2017.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-322 de 2018.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-074 de 2020.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-508 de 2020.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-490 de 2020.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-513 de 2020.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-232 de 2022.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-459 de 2022.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-199 de 2023.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-264 de 2023.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-353 de 2023.

Paul Enrique Franco Zamora* (Bolivia)

La tutela del derecho colectivo al agua y su tratamiento en la jurisdicción constitucional boliviana

Protection of the collective right to water and how it is addressed by Bolivia's constitutional jurisdiction

Der Schutz des kollektiven Rechts auf Wasser und seine Umsetzung in der bolivianischen Verfassungsrechtsprechung

Introducción

La degradación del medio ambiente provoca que los países experimenten severas dificultades en la provisión de agua a sus habitantes. La protección de los recursos hídricos es una temática que involucra a todos los sectores de la sociedad pues, con el transcurrir del tiempo, los porcentajes mundiales de agua potable van disminuyendo, con el consiguiente peligro para el bienestar de los seres vivos.

Producto de la deforestación, la contaminación u otras actividades humanas que dañan el hábitat se produce un deterioro en el agua, ya que los desechos provenientes de fábricas o industrias tienen como paradero final las vertientes de los ríos, lagos y lagunas, en flagrante vulneración de los derechos de la población asentada en sus alrededores, así como de la que depende de aquellos como fuente de provisión de agua potable.

Estos factores de afectación han impulsado a la ciudadanía a activar la vía constitucional para la tutela de sus derechos. Como consecuencia de las restricciones impuestas en el acceso al servicio básico de agua potable, así como de la contaminación hídrica sobre fuentes de donde proviene tan importante recurso natural, la justicia constitucional ha dictado pronunciamientos en los que ha diferenciado

* Ph.D. en Derecho y abogado por la Universidad Mayor, Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca. Presidente del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.

su dimensión individual y su dimensión colectiva, considerando su provisión un derecho fundamental y un derecho humano, ambos debidamente consagrados en la Ley Suprema del país.

Los siguientes apartados contienen un estudio doctrinal-legal respecto al resguardo jurídico que actualmente se le brinda al agua, para luego analizar el tratamiento otorgado por la jurisdicción constitucional, en especial, a través de casos emblemáticos en que la contaminación de ríos, arroyos, lagos o manantiales ha afectado el bienestar común del pueblo.

1. Desarrollo

1.1. Paradigmas enfocados en la protección jurídica del agua

En una primera etapa histórica del siglo XIX, caracterizada por un marcado predominio de la corriente liberal, se propugnaba que el agua contemplaba un uso común y un uso especial, pero siempre enfocado hacia el abastecimiento de la población.

En ese marco, la doctrina inducía a que el agua mereciera una regulación a partir de los códigos civiles, por cuanto los juristas entendían que la categoría de bienes inmuebles también abarcaba a los lagos, los manantiales y las corrientes de agua.

La legislación civil estableció hechos jurídicos relacionados con el uso del agua, por ejemplo, fueron insertados artículos referidos a la caída de aguas pluviales, el aluvión, la avulsión y el cambio de curso de las aguas; asimismo, en los capítulos relativos a la propiedad inmueble, los códigos civiles incluyeron secciones respecto a las aguas existentes en fundos, aquellas que delimitaban o atravesaban un fundo, la recepción de aguas y todo conflicto que involucrara al derecho propietario.

Entonces, el paradigma liberal concebía que el destino material del agua formaba parte de la esfera privada. Es decir, representaba una categoría concreta del derecho civil debido a que, desde la época romana, fueron presentándose escenarios de discusión acerca de la existencia o no de facultades de dominio sobre el agua, su uso, aprovechamiento, las servidumbres derivadas de ellas, entre otros aspectos similares que ameritaron un razonamiento de los jurisconsultos para reconocerle o no el atributo de cosa susceptible de propiedad, llamada por los romanos “*res*”.¹

Entonces, la tendencia liberal-civilista se sustentaba, por una parte, en el uso común del agua, mediante el cual cada persona satisfacía una de sus necesidades básicas de vida; y, por otra, la teoría concebía el uso especial, que consistía en el aprovechamiento de los recursos hídricos en actividades productivas de contenido patrimonial, como el pastoreo, el riego, la limpieza, la otorgación de servicios o cualquier otro rubro susceptible de procurar una ganancia económica.

¹ Juan David Terrazas Ponce, “La tutela jurídica del agua en el derecho romano”, *Revista Chilena de Derecho* 39, n.º 2 (2012): 407. <https://doi.org/10.4067/S0718-34372012000200007>.

No obstante, con la masificación de la provisión de bienes y servicios, los actos de comercio que dependían del agua colapsaron. Más que el consumo directo del agua como medio de subsistencia, empezaron a incrementarse sus usos especiales en desmedro del bienestar de la colectividad. Fábricas dedicadas a procesar alimentos mediante el uso intensivo de agua, parques industriales que funcionan con derroche de fuentes naturales, u otras utilidades inapropiadas obtenidas a partir, entre otras, del agua, indujeron reclamos de la comunidad internacional para racionalizar los usos especiales de los recursos hídricos y fortalecer su uso común.²

De esta forma, en el siglo XX surge el segundo paradigma de protección, que ubica el acceso al agua en el catálogo de derechos fundamentales, siendo desarrollado en posteriores años a la luz del derecho convencional.

Los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc) son la base del posterior reconocimiento jurídico internacional de este importante recurso natural. Dichos artículos, que conminan a los Estados a prever el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado (incluyendo alimentación, vestido y vivienda), motivan el diseño de programas, planes o políticas de erradicación del hambre, orientados a garantizar una distribución equitativa de los alimentos a través de líquidos de consumo necesario.

Así pues, empezó a discutirse la existencia del derecho fundamental de acceso al agua, cuyo contenido fuera debatido en múltiples encuentros de los Estados, pero especialmente originó la Declaración de Mar del Plata de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua de 1977, la Declaración de Dublín sobre Agua y Desarrollo Sostenible de 1992 y la Declaración Ministerial del Tercer Foro Mundial del Agua de Kyoto de 2003.

Durante este período, el año 2002 constituye un hito histórico en la temática, por cuanto el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) de la Organización de las Naciones expidió la Observación General n.º 15 sobre el derecho al agua (arts. 11 y 12 del Pidesc), respaldando, a través de este documento, que el recurso natural agua tiene la calidad de bien público fundamental para la vida y la salud de las personas.

Respecto al fundamento jurídico del agua, la Observación señala que su asignación debe concederse dando prioridad al derecho de utilizarla para fines personales y domésticos, además de evitar el hambre o reducir la propagación de enfermedades. Con esta visión proteccionista, el agua adquiere la categoría de un bien social y cultural, desterrando el uso económico a ella asignado por la corriente liberal que terminaba propiciando desigualdades en la población, peor aún cuando la globalización del mercado apuntaba a reducir el suministro de

² Mauricio Pinto y Liber Martín, “Origen, evolución y estado actual del derecho al agua en América Latina”, *Bioderecho.es*, vol. 1, n.º 1 (2014): 10.

agua para priorizar la comercialización de servicios o productos elaborados con este líquido vital.³

El contenido normativo del agua, con base en lo propugnado por dicha Observación, está representado por libertades (entre ellas, las de mantener el acceso a un suministro de agua necesario para abastecerse o a no sufrir cortes arbitrarios del suministro), además de varios derechos (como el derecho a la no contaminación de los recursos hídricos o a un sistema de abastecimiento y gestión del agua, que ofrezca a la población iguales oportunidades de disfrutar de este recurso).

Gracias a la influencia de este segundo paradigma, comenzaron a regularse el derecho fundamental y el derecho humano de acceso al agua, pasando a gozar de reconocimiento constitucional en varios países de la región que también apostaron por tutelarlos. Bolivia, a través de los parágrafos I de sus artículos 16 y 29 de la Constitución Política del Estado (CPE), instituyó que toda persona tiene derecho al agua y a la alimentación, pero además se le reconoce que goza del derecho al acceso universal y equitativo a los servicios básicos de agua potable.

Con un criterio de resguardo de los recursos naturales con los que cuenta el territorio boliviano, el artículo 373.I de la CPE establece que el agua es un derecho fundamentalísimo para la vida en el marco de la soberanía del pueblo, debiendo promoverse su uso y acceso sobre la base de principios de solidaridad, complementariedad, reciprocidad, equidad, diversidad y sustentabilidad.⁴

El tercer y último paradigma está fundamentado por los daños ambientales que pudieran ocasionarse en los recursos hídricos, con efectos colaterales en el pueblo, originando así una dimensión colectiva del derecho al agua; no obstante, lo más llamativo es que la contaminación afecta, en mayor proporción, a grupos poblacionales que comparten una misma identidad o cultura.

En otras palabras, las tendencias ecologistas actuales ubican a los elementos de la naturaleza (entre ellos, al agua) como sujeto de derechos. A consecuencia de la degradación del hábitat que centró la atención de instancias internacionales, desde el derecho surgió un paradigma de protección medioambiental, basado en los derechos de la naturaleza y la personalidad jurídica de los ecosistemas.⁵

La Asamblea General de las Naciones Unidas, a través de la Resolución 64/292 de 3 de agosto de 2010, efectuó un reconocimiento del agua potable y el saneamiento

³ Óscar Recabarren Santibáñez, “El estándar del derecho de aguas desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos y del medio ambiente”, *Estudios Constitucionales* 14, n.º 2 (2016): 322. <https://doi.org/10.4067/So718-52002016000200010>.

⁴ Estado Plurinacional de Bolivia, “Constitución Política del Estado de 7 de febrero de 2009”. *Gaceta Oficial de Bolivia* (2009). <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/app/webroot/archivos/CONSTITUCION.pdf>.

⁵ Ricardo Ignacio Bachmann Fuentes y Valentín Navarro Caro, “Derechos de la naturaleza y personalidad jurídica de los ecosistemas: nuevo paradigma de protección medioambiental: un enfoque comparado”, *Revista Internacional de Pensamiento Político* 16 (2021): 357-378. <https://doi.org/10.46661/revintpensampolit.6336>.

como derechos humanos esenciales para el pleno disfrute de la vida. Esta iniciativa convencional justificó los enfoques del ecologismo jurídico, el constitucionalismo ambiental, el ambientalismo jurídico y toda perspectiva legal sobre la protección integral del medio ambiente.

La naturaleza es un conglomerado de ecosistemas y cada ecosistema cuenta con fuentes de recursos hídricos, por tanto, la protección del medio ambiente indudablemente incluye al principal líquido vital. Mediante el desarrollo normativo y jurisprudencial se impulsa la protección del derecho al agua (en sus dimensiones individual o colectiva) y, en consecuencia, es posible resguardar a la naturaleza de actividades económicas nocivas.⁶

En este ámbito, surgieron dos concepciones filosóficas relativas a la protección del derecho al agua: la primera, el antropocentrismo, que sostiene que el ser humano es el centro principal de resguardo, debiendo precautelarse que este pueda acceder al derecho al agua y satisfacer sus necesidades comunes; la segunda, el biocentrismo, que defiende los derechos de los seres vivos y el medio ambiente incluyendo, en esta categoría, al agua.⁷

Puede concluirse que las etapas históricas de la protección jurídica del agua estuvieron sujetas a paradigmas que ubicaron al agua en la regulación civil, para dar paso a su protección en calidad de derecho que puede tutelarse en su dimensión individual y colectiva; empero, las últimas corrientes ambientalistas defienden que este recurso vital forma parte de la naturaleza y, por ende, amerita también ser considerado como sujeto de derechos.

1.2. El tratamiento de la jurisdicción constitucional para la tutela del derecho al agua

Cuando se alega la vulneración o posible lesión de un derecho consagrado en la Ley Fundamental, la ciudadanía se encuentra habilitada para recurrir a la jurisdicción constitucional e interponer un mecanismo jurídico; es el caso de las acciones de defensa. El agua se está convirtiendo en un recurso natural escaso y su contaminación ocasiona que el pueblo reclame respuestas oportunas de protección al principal líquido de vida.

El Tribunal Constitucional boliviano, así como otras entidades con similares atribuciones en la región latinoamericana (tal es el caso de las cortes constitucionales de Colombia y Ecuador), fue pronunciándose sobre el alcance y contenido del derecho

⁶ Alexander Barahona Néjer y Alan Añazco Aguilar, "La naturaleza como sujeto de derechos y su interpretación constitucional: interculturalidad y cosmovisión de los pueblos originarios", *Foro. Revista de Derecho* 34, art. 34 (2020): 55. <https://doi.org/10.32719/26312484.2020.34.3>.

⁷ Beatriz Ensabella, "Derechos de la naturaleza. Ética biocéntrica y políticas ambientales", *Eduardo Gudynas* (Reseña), *Polis* 15, n.º 43 (2016): 684. <https://doi.org/10.4067/S0718-65682016000100031>.

humano al agua, cuyo desarrollo jurisprudencial marcó la nueva era de protección judicial de los recursos hídricos.

A pesar del ámbito protector que el ordenamiento jurídico de Bolivia le otorga al agua, complementado por lo establecido en los estándares internacionales, este derecho merece un recorrido jurisprudencial para profundizar en el tratamiento que le ha brindado el juzgador constitucional, y de esta manera analizar los enfoques de tutela individual y colectiva sentados a través de las resoluciones pronunciadas en distintas facetas de dicha jurisdicción. Por ello, a continuación procede realizar un repaso de la tutela constitucional del derecho al agua.

La Constitución Política del Estado del año 1967, con las reformas introducidas en los años 1994 y 2004, no contenía un reconocimiento expreso del derecho al agua. Sin embargo, solía defenderse que el acceso a este recurso se sustentaba en el artículo 7, inciso a), donde se reconocía el derecho de toda persona a la vida, la salud, la seguridad e integridad física y moral y el libre desarrollo de la personalidad.

Aunque no figuraba literalmente el concepto de agua, lo cierto es que se relacionaba íntimamente con el derecho a la vida; empero, otro fundamento general de los juristas para respaldar que el pueblo boliviano podía asumir acciones en resguardo del derecho al agua consistía en invocar la cláusula abierta que permitía el ejercicio de otros derechos no contemplados, en los términos establecidos en el artículo 35 del Texto Constitucional abrogado.

De esta forma, el extinto Tribunal Constitucional (TC) emitió la primera Sentencia Constitucional (SC) 1332/01-R de 2001, de 14 de diciembre, disponiendo que el corte del agua realizado por motivos ajenos a lo estipulado en un contrato constituía un acto ilegal, que además atentaba contra los derechos fundamentales a la vida y la salud, establecidos en el citado artículo 7 de la Constitución abrogada. Por esta razón, el TC realizó una interpretación amplia de los alcances y contenido del derecho al agua, siguiendo el segundo paradigma descrito anteriormente, por el que el acceso a este líquido vital forma parte de los derechos fundamentales.

De esta manera, empezó a tutelarse la restricción del acceso al agua potable por intermedio de la acción de amparo constitucional en diferentes escenarios y contextos. Así, a través de la SC 0470/2003-R, de 9 de abril, el TC determinó que tampoco era posible limitar el derecho al agua mediante medidas de hecho para obtener la suscripción de acuerdos u otro tipo de objetivos, en razón de que se presentaban situaciones donde cabildos abiertos determinaban cortar dicho servicio a fin de resolver conflictos vecinales, siendo este un acto arbitrario e ilegal.

Sustentada en idénticos razonamientos, la jurisdicción constitucional consideró, conforme se detalla en la SC 1357/2005-R, de 31 de octubre, y en la SC 0611/2006, de 27 de junio, que los particulares (arrendadores o administradores de inmuebles) no están facultados para privar de este recurso elemental, pues solamente las empresas proveedoras de agua potable se encuentran autorizadas para cortar el servicio.

Las interpretaciones del TC fueron evolucionando favorablemente, pues la SC 0374/2007-R, de 10 de mayo, y la SC 0014/2007-R, de 11 de enero, precisaron que

ni siquiera a los colectivos humanos o los sindicatos campesinos se les permitía coartar el acceso al agua.

Por tanto, las resoluciones emanadas durante la primera etapa de la jurisdicción constitucional resguardaron el derecho fundamental de acceso al agua potable en su dimensión individual; más aún, cuando la línea jurisprudencial boliviana de aquella época dejó sentado que la acción de amparo (por su naturaleza extraordinaria e inmediata) representaba una vía para tutelar con prontitud los actos ilegales y omisiones indebidas en las que incurrieran los particulares involucrados en una controversia relacionada con el agua potable, mientras se dilucidaba la misma.

En la segunda fase de la justicia constitucional, identificada como etapa de transición, el TC dictó la SC 0156/2010-R, de 17 de mayo, efectuando un análisis específico del derecho al agua. Según se colige de este veredicto, el agua representa un recurso vital que permite el ejercicio de otros derechos fundamentales (entre ellos, la vida y la salud); en consecuencia, como este líquido elemental ha recibido una protección concreta en la legislación nacional e internacional, la jurisdicción tutelar respaldó sus entendimientos en la ya explicada Observación General n.º 15 del Comité DESC.

Posteriormente, la SCP 0122/2011-R, de 21 de febrero, determinó que el derecho al agua puede vulnerarse por persona física o colectiva, señalando que el sujeto pasivo del derecho al agua es el Estado; empero, en mérito a la eficacia horizontal de los derechos, los particulares (personas físicas o colectivas) también pueden constituirse en sujetos pasivos, aun cuando son quienes tienen el deber de abstenerse de realizar acciones que obstaculicen el ejercicio del derecho al agua. Esta sentencia destacó el concepto referido al derecho al agua en las comunidades y naciones indígena originario campesinas, que no puede ser interrumpido ni siquiera por los mismos comunarios.

Más tarde, la SC 0478/2010-R, de 5 de julio, señaló que el agua es un derecho tanto individual como comunitario colectivo. Por tanto, no es admisible la prevalencia del ejercicio de este derecho de un grupo colectivo por sobre el interés particular, y tampoco puede darse lo contrario. Es decir, el favoritismo del interés individual sobre el comunitario, como se puede advertir en el concepto del derecho al agua, comenzaba a repercutir aún más; empero, continuaba tutelándose el derecho al agua en su dimensión individual o colectiva a través de la acción de amparo constitucional.

Sobre este punto, cabe explicar que ciertos derechos proclamados constitucionalmente en favor de los habitantes (como sujetos particulares) son denominados derechos individuales, debido a que su titularidad corresponde a cada persona, siendo viable la interposición de la acción de amparo constitucional.

De igual forma, existen los llamados derechos colectivos, consagrados para un grupo social específico, y los derechos difusos: aunque la naturaleza de estos es de orden colectivo, su legitimación no está específicamente determinada en un grupo

social, motivo por el que son nombrados también como derechos transindividuales, y para ellos está reservada la acción popular.⁸

Esta clasificación propuesta de derechos puede coexistir armónicamente en el Estado boliviano, e incluso, son derechos que gozan de una acción de defensa particular, según se rescata de lo instituido por la SC 1018/2011-R, de 22 de junio.

La citada resolución, al desarrollar la naturaleza jurídica de la acción popular, indica que esta se encuentra configurada procesalmente por los artículos 136 y 137 de la CPE, razón por la que su conocimiento y resolución son de competencia de la justicia constitucional, porque tienen el propósito de proteger los derechos e intereses colectivos y difusos, reconocidos por la Constitución.

Así pues, la acción popular presenta una triple finalidad, al ser de carácter *preventivo* (evitando que una amenaza lesione los derechos e intereses bajo su protección), *suspensivo* (por cuanto tiene como efecto hacer cesar el acto lesivo de los derechos e intereses tutelado en la acción) y *restitutorio* (ya que se restablece el goce de los derechos colectivos afectados a su estado anterior).

Para una correcta interpretación del ámbito de tutela de la acción popular, la aludida sentencia realiza una diferenciación de los términos “colectivo” y “difuso”:

Los intereses colectivos y los difusos tienen varias similitudes: en ambos existe una pluralidad de personas y tienen como características el ser transindividuales e indivisibles, debido a que los intereses incumben a una colectividad y la lesión o satisfacción de uno de los interesados incumbe a los demás; sin embargo, se distinguen en que los colectivos son intereses comunes a un grupo o colectividad, cuyos miembros tienen una vinculación común; colectividad que, por ello, se encuentra claramente determinada; en tanto que son difusos los intereses cuya titularidad no descansa en un grupo o colectividad determinada, sino que se encuentran difundidos o diseminados entre todos los integrantes de una comunidad.

Así, por ejemplo, el derecho a la libre determinación y territorialidad, previsto en el art. 30.4) de la CPE, se constituye en un derecho colectivo, en tanto es titular del mismo una nación y pueblo indígena originario campesino; es decir, un grupo determinado cuyos miembros tienen una vinculación común. Diferente es el derecho al medio ambiente previsto en el art. 33 de la CPE, que se constituye en un derecho difuso, por cuanto la titularidad del mismo descansa en todas y cada una de las personas y, por lo mismo, no existe un grupo o una colectividad claramente determinada.⁹

⁸ Aquiles Ricardo Sotillo Antezana, “La nueva clasificación de los derechos fundamentales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Revista Ciencia y Cultura* 19, n.º 35 (2015): 179.

⁹ Tribunal Constitucional Plurinacional, “Sentencia Constitucional 1018/2011-R de 22 de junio”, *Gaceta Constitucional* (2011), 9. [https://buscador.tcpbolivia.bo/_buscador/\(Sortc3msosijtponzadp1l4p\)\)/WfrResoluciones1.aspx](https://buscador.tcpbolivia.bo/_buscador/(Sortc3msosijtponzadp1l4p))/WfrResoluciones1.aspx).

En suma, la acción popular protege derechos e intereses colectivos, además de derechos e intereses difusos, ambos contenidos bajo el *nomen iuris* “derechos colectivos”, y, por tanto, cualquier persona perteneciente a la colectividad o comunidad afectada puede presentar esta acción que, como su nombre lo indica, es popular.

Efectuada esta revisión jurisprudencial, la SC 1974/2011-R, de 7 de diciembre, por primera vez en la historia de la justicia constitucional, abordó la protección del derecho al agua a través de la acción popular, entendiendo que este recurso vital es parte del derecho al medio ambiente; por ello, se admite tutela con esta acción que se halla reservada a los derechos colectivos.

Sin embargo, sería la Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) 0176/2012, de 14 de mayo, la que formularía directrices tutelares del derecho al agua a partir de la acción popular, cuyos puntos principales pasan a sintetizarse:

- El derecho al agua es reconocido por la Constitución Política del Estado como un derecho fundamental y fundamentalísimo, pero ese reconocimiento y estatus que otorga la Norma Fundamental involucra diferentes dimensiones y contextos; vale decir, el acceso al agua potable como derecho subjetivo o individual puede tutelarse por medio de una acción de amparo constitucional.
- Cuando se busca la protección del derecho al agua potable en su dimensión colectiva (es decir, para una población o colectividad) se activa la acción popular. Este supuesto se sustenta en que el agua y los servicios básicos de agua potable (previstos en el artículo 20.I de la CPE) deben ser accesibles a todos, con mayor razón a los sectores más vulnerables, marginados y desprotegidos de la población, sin discriminación alguna.
- El derecho fundamentalísimo al agua, como derecho difuso, está íntimamente relacionado con el derecho al medio ambiente saludable, protegido y equilibrado (Preámbulo y artículo 33 de la CPE), dado que la protección de este derecho implica, igualmente, la protección, conservación, preservación, restauración, uso adecuado y sustentable de los recursos hídricos (arts. 373 y ss. de la CPE), así como de los ecosistemas asociados a ellos, sujetos a los principios de soberanía, solidaridad, complementariedad, reciprocidad, equidad, diversidad y sustentabilidad, tutelable mediante la acción popular.
- Las políticas públicas municipales vinculadas al agua no deben ser irracionales o discriminatorias, ni deben privar a las comunidades de acceder a otras fuentes de provisión de agua, y tampoco afectar a las naciones y pueblos indígena originario campesinos o amenazar el medio ambiente o el ecosistema del lugar.
- Los gobiernos autónomos municipales deben gestionar, con la debida diligencia y a través de mecanismos participativos, un programa a favor del acceso colectivo al agua potable, acorde con la preservación del medio ambiente y el derecho de las futuras generaciones.

A la luz de estos precedentes fue configurándose la tutela del derecho al agua en su dimensión colectiva, acudiendo a la acción popular. Si bien en la SCP 0176/2012 se abre la posibilidad de tutelar el derecho al agua en su dimensión difusa con la acción popular, este instituto aún no se ha desarrollado ni tratado por la jurisdicción constitucional boliviana.

En la actual fase de labores jurisdiccionales, el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) ha continuado aportando al entendimiento protector del principal líquido natural de vida.

De esta manera, la SCP 1632/2013, de 4 de octubre, precisa que el núcleo esencial del derecho al agua abarca varios elementos, entre ellos, la prohibición de la interrupción de su conexión y la prohibición de la elevación injustificada del precio, como también la protección de la contaminación del recurso en detrimento de la salud, que indudablemente afecta a las condiciones mínimas de dignidad del ser humano; extremo este por el que el amparo constitucional deberá ingresar a tutelarlos de manera directa e inmediata, prescindiendo inclusive de su carácter subsidiario, al tratarse de actos que resultan ilegítimos, por no tener respaldo legal alguno.

Este razonamiento también se encuentra en la SCP 1632/2013, de 4 de octubre, donde el TCP argumentó la posibilidad de tutelar el derecho al agua mediante el amparo constitucional, cuando su privación devenga de una vía o medida de hecho.

Por otra parte, la SCP 0604/2019-S1, de 24 de julio, señaló que el desvío del cauce del agua a una represa particular vulneraba el derecho de acceso a este recurso natural de toda una comunidad, siendo con ello afectada la dimensión colectiva del derecho al agua por cuanto se suprimieron intereses de toda una población que requiere de ese líquido, y que posibilita el ejercicio de otros derechos como la vida, la salud y la alimentación.

Finalmente, mediante la SCP 0613/2021-S3, de 6 de septiembre, emitida con ocasión de una acción popular, el TCP tuteló este derecho por un corte de agua, concretamente del desvío del río de una comunidad campesina hacia a otra. Dicha Sentencia exhortó a tres instancias estatales (Ministerio de Medio Ambiente y Agua, Gobierno Autónomo Departamental y Gobierno Autónomo Municipal) a que, en el marco de sus competencias específicas, previeran y gestionaran la realización de proyectos que posibilitaran el acceso al agua de ambas comunidades, y de las contiguas pertenecientes al mismo municipio, conforme a sus necesidades, en uso de las vertientes y quebradas aledañas existentes en la zona.

1.3. La justicia constitucional boliviana y la contaminación del lago Uru Uru

Concluido este análisis diacrónico de la tutela del agua, por el que la jurisdicción constitucional boliviana deja establecida una línea jurisprudencial sobre este derecho, corresponde referirse a una reciente experiencia que, además de enriquecer los

conocimientos en la temática que nos ocupa, permitirá destacar la fuerza jurídica de la acción popular para el resguardo del derecho a este líquido natural.

Siguiendo los paradigmas proteccionistas respecto al derecho al agua y con respaldo en la jurisprudencia dictada, se pronunció la SCP 1582/2022-S2, de 14 de diciembre, que alberga distintos entendimientos favorables para la tutela del derecho al agua, más aún, ante los contextos de degradación ambiental.

Los antecedentes fácticos de esta acción popular pueden sintetizarse en la contaminación del lago Uru Uru, ubicado en el departamento de Oruro. Según lo referido por el accionante, las aguas servidas que provienen de la ciudad de Oruro y desembocan en ese lago, en su mayoría, no son tratadas por la planta procesadora de la empresa SeLA-ORURO; además, dicha contaminación se ve agravada con las actividades mineras de la zona, con riesgo para la vida de los pobladores y sus familias, y también se ven afectados los animales y las actividades pesqueras o ganaderas que sustentan la economía de sus pobladores.

Estas prácticas contaminantes del lago Uru Uru provocaron la migración de los miembros de las comunidades y la disminución de sus ingresos, perturbando las condiciones de vida digna de aquellos, e incluso influyeron en la salud de los habitantes, quienes frecuentemente presentaban problemas gastroenterológicos, respiratorios agudos y dérmicos.

Además, no solamente se causaban lesiones a los pobladores, sino que la tierra igualmente estaba afectada por la sedimentación y el desborde de los ríos, lo que estaba ocasionando su desertificación. Las autoridades demandadas, pese a existir normativa específica que las obligaba a atenuar los efectos de la contaminación, incumplían con sus obligaciones constitucionales y legales de protección ambiental, desconociendo los derechos colectivos y difusos a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado, al agua, a la salud, a la vida y a una vida digna.

De acuerdo con la Convención Ramsar sobre Humedales de Importancia Internacional, el lago Uru Uru es considerado un lago "Ramsar". Lo anterior significa que, por la concentración de biodiversidad que alberga y por resultar determinante en el funcionamiento del ecosistema, esta reserva de agua goza de un valor natural no solo para el país, sino para el mundo, siendo por tanto una obligación estatal asumir medidas aptas para garantizar su conservación.

Bajo estas circunstancias, el TCP tuvo que realizar un estudio minucioso respecto a los alcances del derecho al agua; no obstante, su mayor desafío implicó sentar bases sólidas para tutelarlos, con fundamentos convincentes que continúen aportando a su tratamiento jurisprudencial. Además de los argumentos expuestos en los anteriores fallos, la SCP 1582/2022-S2 incursiona en valiosos aspectos jurídicos que no habían sido abordados en otras acciones populares.

Recapitulando los principales fundamentos jurídicos en que se apoya esta decisión de la justicia constitucional, corresponde exponer el desglose de los derechos de la Madre Tierra como elemento fundante del Estado Plurinacional de Bolivia.

Invocando la SCP 0206/2014, de 5 de febrero, el TCP recordó que la Madre Tierra adopta el carácter de sujeto colectivo de interés público pues, junto a las comunidades humanas, es titular de todos los derechos inherentes reconocidos en el artículo 7.I de la Ley de Derechos de la Madre Tierra, Ley 071 de 21 de diciembre de 2010, cuyo numeral 3 dispone:

I. La Madre Tierra tiene los siguientes derechos:

[...]

3. Al agua: Es el derecho a la preservación de la funcionalidad de los ciclos del agua, de su existencia en la cantidad y calidad necesarias para el sostenimiento de los sistemas de vida, y su protección frente a la contaminación para la reproducción de la vida de la Madre Tierra y todos sus componentes.¹⁰

Con esta previsión legislativa, la justicia constitucional concluyó que, frente a la tendencia de crecimiento económico que puede causar degradación ambiental, debe subsistir la convivencia en armonía y equilibrio de las personas con la naturaleza, los animales, las montañas y los lagos, primando así el respeto a la naturaleza y a la búsqueda del equilibrio en pos de aquellas medidas y acciones que tengan un menor impacto en el medio ambiente.

En un siguiente apartado, el Tribunal Constitucional Plurinacional se pronunció con relación al medio ambiente como fin y función esencial del Estado, y, desde luego, como derecho objeto de protección de la acción popular. Tomando como base los artículos constitucionales 298.I.20 y II.6, 299.II.1, 302.I.5 y 27 y otros conexos, la jurisdicción constitucional recordó la existencia de deberes por parte del Estado (en sus diferentes niveles de gobierno), de forma que no resulta suficiente que aquel no lesione el derecho al medio ambiente, sino que tiene el deber de proteger, preservar, contribuir a su protección y ejercer el control de la contaminación ambiental.

En este veredicto, el TCP nuevamente precisó que la CPE reconoce, por una parte, la protección del medio ambiente como un derecho constitucional en su vertiente individual y colectiva (cuya transgresión, en razón de la interdependencia, puede estar ligada a otros derechos como la vida, la salud y la integridad física, espiritual y cultural); y, por otra, como un deber del Estado que exige de las autoridades y de los particulares acciones dirigidas a su protección y garantía.

Finalmente, esta Sentencia hizo énfasis en el derecho al agua como derecho fundamentalísimo y en su protección mediante la acción popular, en su faceta de derecho colectivo. Entonces, para citar lo dispuesto por la SCP 0052/2012, de 5 de abril, dicha resolución enfatiza las diferencias sobre las vías de protección del derecho al agua potable, como sigue:

¹⁰ Estado Plurinacional de Bolivia, “Ley de Derechos de la Madre Tierra, Ley n.º 071 de 21 de diciembre de 2010”, *Gaceta Oficial de Bolivia* (2010): 3. <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscar/7>.

1) Cuando se busca la protección del derecho al agua potable como derecho subjetivo y por tanto depende del titular o titulares individualmente considerados su correspondiente exigibilidad; en estos casos, la tutela debe efectuarse necesariamente a través de la acción de amparo constitucional.

2) Otro supuesto, podría darse cuando se busca la protección del derecho al agua potable en su dimensión colectiva, es decir, para una población o colectividad, en cuyo caso se activa la acción popular.

3) Derecho fundamentalísimo al agua como derecho difuso: De nuestro texto constitucional puede extraerse la denominada “Constitución Ecológica”, entendida como el conjunto de postulados, principios y normas constitucionales en materia ecológica que permiten[,] entre otros[,] el uso racional de los recursos naturales renovables y no renovables, para preservar la vida no únicamente del ser humano sino del resto de los animales, plantas y otras formas de vida que conforman los diferentes ecosistemas[,] cuyo análisis supera el antropocentrismo que estableció al ser humano como la medida de las cosas y la considera como una especie más de entre las otras, no más importante sino complementaria al resto de seres vivos, la tierra y lo que se encuentre adherido a ella[,] y permite resolver las causas sometidas a este Tribunal en base al principio *pro natura* justamente porque dicha tutela a la larga no sólo busca proteger al ser humano concreto sino el derecho de existir de futuras generaciones.

[...] De lo anterior puede extraerse que el derecho al agua como derecho fundamentalísimo extralimita el interés de una persona o colectividad, que por su naturaleza de bien escaso[,] es decir limitado[,] es de interés de la humanidad entera. [...] [Y] al configurarse como derecho difuso se tutela mediante la acción popular.¹¹

Producto de una interpretación integral, el TCP decidió conceder en parte la tutela impetrada, respecto a la vulneración de los derechos al medio ambiente, a la Madre Tierra, al agua en su dimensión colectiva, a la vida digna y a la salud; asimismo, contiene una serie de disposiciones y órdenes dirigidas a distintas entidades públicas vinculadas a la afectación de los referidos derechos.

Así pues, desde la justicia constitucional boliviana se marca un hito jurisprudencial, al abordarse el derecho al agua, respetando los paradigmas, instrumentos internacionales o precedentes explicados a lo largo del documento, en cuyo marco queda demostrado el compromiso de esta jurisdicción por brindar protección a la población y al propio medio ambiente, pero igualmente prevé el resguardo de este líquido vital en cuanto integrante de la naturaleza.

¹¹ Tribunal Constitucional Plurinacional, “Sentencia Constitucional Plurinacional 1582/2022-S2 de 14 de diciembre”, *Gaceta Constitucional Plurinacional* (2022): 45. [https://buscador.tcpbolivia.bo/_buscador/\(S\(rzs5rdous4hol3qeptaxtnw1\)\)/WfrResoluciones1.aspx](https://buscador.tcpbolivia.bo/_buscador/(S(rzs5rdous4hol3qeptaxtnw1))/WfrResoluciones1.aspx).

Conclusiones

El agua, como elemento de vida, ha sido objeto de estudio por la doctrina, por lo que el análisis de su naturaleza jurídica motivó su traslado del ámbito civil a la esfera constitucional. Los pronunciamientos de la comunidad internacional fueron determinantes para alcanzar un concepto democratizador del agua, así como para ubicar a este líquido vital en la categoría de derecho fundamental y, con las nuevas tendencias, asignarle la calidad de derecho humano, vinculándolo también con la protección otorgada a la naturaleza.

Gracias a la evolución jurisprudencial, el TCP de Bolivia ha tutelado el derecho al agua en su dimensión individual (vía acción de amparo constitucional) y colectiva (vía acción popular), cumpliendo así un rol judicial preponderante en la justicia ecológica. No obstante, todavía resta conocer el tratamiento que se le brindará cuando se alegue la lesión en su ámbito de derecho e interés difuso.

Bibliografía

Doctrina

- BACHMANN FUENTES, Ricardo Ignacio y Valentín NAVARRO CARO. “Derechos de la naturaleza y personalidad jurídica de los ecosistemas: nuevo paradigma de protección medioambiental: un enfoque comparado”. *Revista Internacional de Pensamiento Político* 16 (2021): 357-378. <https://doi.org/10.46661/revintpensampolit.6336>.
- BARAHONA NÉJER, Alexander y Alan AÑAZCO AGUILAR. “La naturaleza como sujeto de derechos y su interpretación constitucional: interculturalidad y cosmovisión de los pueblos originarios”. *Foro. Revista de Derecho* 34, art. 34 (2020). <https://doi.org/10.32719/26312484.2020.34.3>.
- ENSABELLA, Beatriz. “Derechos de la naturaleza. Ética biocéntrica y políticas ambientales”. Eduardo Gudynas” (Reseña). *Polis* 15, n.º 43 (2016): 683-688. <https://doi.org/10.4067/S0718-65682016000100031>.
- PINTO, Mauricio y Liber MARTÍN. “Origen, evolución y estado actual del derecho al agua en América Latina”. *Bioderecho.es* 1, n.º 1 (2014): 1-54.
- RECABARREN SANTIBÁÑEZ, Óscar. “El estándar del derecho de aguas desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos y del medio ambiente”. *Estudios Constitucionales* 14, n.º 2 (2016): 305-346. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002016000200010>.
- SOTILLO ANTEZANA, Aquiles Ricardo. “La nueva clasificación de los derechos fundamentales en el nuevo constitucionalismo latinoamericano”. *Revista Ciencia y Cultura* 19, n.º 35 (2015): 163-183.
- TERRAZAS PONCE, Juan David. “La tutela jurídica del agua en el derecho romano”. *Revista Chilena de Derecho* 39, n.º 2 (2012): 371-409. <https://doi.org/10.4067/S0718-34372012000200007>.

Legislación y jurisprudencia

ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA. “Constitución Política del Estado de 7 de febrero de 2009”. *Gaceta Oficial de Bolivia* (2009). <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/app/webroot/archivos/CONSTITUCION.pdf>.

ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA. “Ley de Derechos de la Madre Tierra, Ley n.º 071 de 21 de diciembre de 2010”. *Gaceta Oficial de Bolivia* (2010). <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscar/71>.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. “Sentencia Constitucional 1018/2011-R de 22 de junio”. *Gaceta Constitucional* (2011). [https://buscador.tcpbolivia.bo/_buscador/\(S\(ortc3msosij1tponzadpll4p\)\)/WfrResoluciones1.aspx](https://buscador.tcpbolivia.bo/_buscador/(S(ortc3msosij1tponzadpll4p))/WfrResoluciones1.aspx).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. “Sentencia Constitucional Plurinacional 1582/2022-S2 de 14 de diciembre”. *Gaceta Constitucional Plurinacional* (2022). [https://buscador.tcpbolivia.bo/_buscador/\(S\(rzs5rdous4hol3qeptaxnw1\)\)/WfrResoluciones1.aspx](https://buscador.tcpbolivia.bo/_buscador/(S(rzs5rdous4hol3qeptaxnw1))/WfrResoluciones1.aspx).

Norbert Bernsdorff* (Alemania)

Derechos sociales fundamentales en Europa: ¿derechos exigibles o programas políticos sin función?

Fundamental social rights in Europe: Enforceable rights or political programs without a function?

Soziale Grundrechte in Europa: einklagbare Rechte oder politische Programme ohne Funktion?

Introducción

“Debajo del cielo, encima del mundo”. Esta es una inscripción en el Campamento Tejos –en el campamento alto– del Ojos del Salado, la montaña más alta de Chile, con 6893 metros. Debajo del cielo, o más bien encima del mundo, el aire es delgado; hay falta de oxígeno y mareos que se apoderan de la gente a esta –para ellos desconocida– altitud.

Lo mismo ocurre con el derecho constitucional: se caracteriza por su complejidad, la amplitud y apertura de sus normas y –nada menos– sus referencias a la filosofía política. Esta constatación puede hacer perder el equilibrio a los juristas, al igual que a los andinistas en las alturas. En efecto, muchos juristas europeos estuvieron a punto de sufrir el mal de altura –soroche– cuando, en el año 2000, se quiso incluir en un texto jurídico común varios derechos fundamentales que, a diferencia de los derechos fundamentales clásicos de libertad e igualdad, abordan cuestiones de protección social.

La Unión Europea es una organización que no tiene Constitución, ya que no es un Estado en el sentido estricto de la palabra, no es un Estado federal. En los últimos tiempos, además, la gente se pregunta qué lazos la mantienen unida ante la

* Doctor en Derecho. Profesor de la Universidad Philipps de Marburgo (Alemania) y juez jubilado del Tribunal de Apelación de lo Social (*Bundessozialgericht*); ha sido profesor visitante en la Universidad Autónoma de Chile.

crisis económica y de refugiados. Sin embargo, sí tiene una “carta de los derechos fundamentales”: la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE).¹ Esta fue y sigue siendo celebrada en Europa como un texto sobre derechos fundamentales inspirado en la *Magna Charta Libertatum* inglesa de 1215 o en la *Bill of Rights* estadounidense.

¿Por qué esta introducción? Los acontecimientos actuales en Europa han dado pie a ello: la líder del Frente Nacional francés, Marine Le Pen, ha anunciado que la Constitución francesa será “purgada” de garantías de derechos sociales fundamentales si gana las elecciones.² En Polonia podemos encontrar declaraciones con intenciones similares. Contrario a esto, el ex primer ministro de Grecia, Alexis Tsipras, ha intentado añadir derechos de protección social a la Constitución griega.³ También en Alemania se repiten intentos de este tipo.⁴

Es lógico que estos debates en Europa –debido a la cultura de la disputa que allí existe– sean encarnizados e implacables; albergan material explosivo. Por eso merece tanto más la pena echar un vistazo a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como el resultado de un compromiso negociado entre las posiciones enfrentadas y que podría servir de modelo para los debates nacionales.

1. La Unión Europea: ¿de comunidad económica a comunidad de valores y de sociedad?

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea es un documento jurídicamente vinculante desde hace casi quince años, esto es, desde diciembre de 2009. Ella fue el resultado –sobre todo– del discurso político en Europa. La Comunidad Europea se fundó en 1957, como una alianza económica centrada claramente en el mercado único europeo; en otras palabras, en la libre circulación de personas, mercancías, capitales y servicios entre los Estados. En palabras del expresidente alemán Roman Herzog, esta alianza debe ahora “insuflarse un alma”, debe alejarse de la imagen del hombre como mero “ciudadano del mercado” –como *homo aeconomicus*– y situar al hombre en primer plano en aras de su individualidad.⁵

¹ DO UE 2007, n.º C 303, 1.

² *Le Monde*, 6 de septiembre de 2016, 12.

³ Eleftheros Typos, de 1 de febrero de 2013, 19.

⁴ Véase Rainer Geesmann, *Soziale Grundrechte im deutschen und französischen Verfassungsrecht und in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union* (Berlín: Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2005), 190 ss. Véase, más recientemente, el proyecto de ley presentado por el grupo parlamentario Die Linke en el *Bundestag* alemán, de 17 de enero de 2017, para modificar la Ley Fundamental (inclusión de los derechos fundamentales sociales en la misma); BT-Drucks. 18/10860.

⁵ Referencias en Norbert Bernsdorff y Martin Borowsky, “Grundrechte in Europa”, *Deutsche Richterzeitung* (DRiZ), 2005, 188 ss.; Norbert Bernsdorff, “Die Charta der Grundrechte

El contenido y la función de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, elaborada por un órgano creado especialmente, una convención, se describen del siguiente modo: “Los derechos fundamentales confirmados y desarrollados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en Luxemburgo deben resumirse y, de este modo, hacerse más visibles”.⁶

Esta expresión es sumamente interesante, en tanto los políticos europeos solo tenían en mente un inventario de lo que ya estaba en vigor, pero no la creación de derechos sustantivamente nuevos. Esta reserva también se aplicaba a los derechos sociales fundamentales, aunque su inclusión se reclamaba con insistencia debido al principio de universalidad o indivisibilidad de tales derechos que señalaba: “Cualquier intento de reconocer explícitamente los derechos fundamentales debe incluir tanto los derechos fundamentales civiles como los sociales. Quien ignore su interdependencia pone en entredicho la protección de ambos”.⁷

La Carta de los Derechos Fundamentales debería, entonces, contener tres grupos, también llamados “generaciones” de derechos fundamentales: los derechos fundamentales clásicos de libertad, igualdad y procedimiento (primera generación), los derechos políticos (segunda generación) y los derechos sociales fundamentales (tercera generación).

2. La disputa sobre la inclusión de los derechos sociales fundamentales de “tercera generación”

El capítulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea relativo a los derechos sociales fundamentales fue el más controvertido entre los entonces quince Estados miembros de la Unión Europea, por razones que veremos a continuación.

2.1. Razones históricas

La controversia estuvo vinculada esencialmente a la evolución de la concepción internacional y nacional de los derechos humanos tras la Segunda Guerra Mundial. Es bien sabido que los creadores de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 no consiguieron garantizar los derechos civiles y políticos, por un lado, y

der Europäischen Union - Notwendigkeit, Prozess und Auswirkungen”, *Niedersächsische Verwaltungsblätter* (NdsVBl), 2001, 177 ss.

⁶ Consejo Europeo, Decisión relativa a la elaboración de una Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (“Mandato de Colonia”) de 3-4 de junio de 1999, publicada en *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* (EuGRZ), 1999, 364.

⁷ Grupo de Expertos en Derechos Fundamentales creado por la Comisión Europea, Informe “Garantizar los derechos fundamentales en la Unión Europea - Es hora de actuar”, febrero de 1999.

los derechos económicos, sociales y culturales, por otro, en un único tratado internacional. La Declaración siguió un largo proceso de negociación, durante el cual se adoptaron dos pactos de derechos humanos de la ONU, separados solo hasta 1966: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc).⁸ Desde 2013, también es posible supervisar el cumplimiento de este último a través de un procedimiento de denuncias individuales.

Todo ello ocurrió durante la fase ideológicamente acalorada de la Guerra Fría y el conflicto Este-Oeste asociado a ella. Los Estados occidentales querían, sobre todo, reforzar la garantía de los derechos de libertad clásicos como derechos de defensa; desde su punto de vista, los derechos sociales no debían reconocerse en absoluto o, como mucho, debían ser vinculantes para los Estados, sin ser “autoejecutables”. Por el contrario, los Estados socialistas hacían hincapié en los derechos sociales fundamentales y los equiparaban a auténticos derechos prestacionales; en cambio, los derechos clásicos a la libertad debían limitarse a meras obligaciones estatales. De este modo, solo a ellos correspondería asumir los derechos de libertad dentro del Estado.

A pesar de todas las reservas sobre los derechos sociales, la Carta Social Europea⁹ se adoptó con éxito en 1961. Aunque esta Carta formulaba derechos sociales fundamentales de gran alcance, no fue posible hacerlos valer ante los tribunales. Las disputas ideológicas de los años cincuenta siguieron teniendo repercusiones en este ámbito.

2.2. Las diferentes posiciones en la Convención de Derechos Fundamentales

El debate en la posterior Convención de Derechos Fundamentales fue siempre muy álgido. Aquí estaban representadas todas las posiciones imaginables, desde el rechazo total al establecimiento de derechos sociales fundamentales hasta la inclusión de tales derechos al menos como declaraciones programáticas u objetivos estatales, pasando por la formulación de los derechos sociales fundamentales como auténticos derechos de actuación frente a la Unión Europea y sus Estados miembros.

En los casos en que se favorecieron los derechos sociales fundamentales, se discutió cuántos de estos debían incluirse, qué efecto vinculante debían tener y qué calidad jurídica habían de exhibir.

2.2.1. Rechazo total

La inclusión de los derechos sociales fundamentales fue rechazada de plano por los miembros de la Convención de Derechos Fundamentales del Reino Unido, Irlanda,

⁸ Adoptados por la Asamblea General en su Resolución 2200A (XXI) de 16 de diciembre de 1966.

⁹ Serie de Tratados Europeos n.º 035.

Países Bajos y Suecia. Su argumento central era que estos derechos son puramente prestaciones y, por tanto, resultan demasiado caros para los Estados, sobrecargan a los empresarios y a las arcas públicas, y ponen en peligro a Europa como “lugar de negocios”. En tiempos de crisis, estas promesas de prestaciones tampoco podrían cumplirse por razones de costos económicos. Por el contrario, la inclusión de las libertades civiles tradicionales en la Carta de los Derechos Fundamentales se consideró neutral en cuanto a costes. Según el representante del Gobierno británico, lord Peter Goldsmith, estos derechos solo implicaban obligaciones por parte del Estado de abstenerse de hacer algo, que debían realizarse gratuita e independientemente de la situación económica y cíclica del momento.¹⁰

El proyecto de un “derecho fundamental al trabajo”, que en la mayoría de los casos se entendía como un derecho subjetivo, en el sentido de un derecho a obtener un empleo adecuado, también despertó las mayores suspicacias. En consecuencia, británicos, irlandeses, neerlandeses y suecos exigieron la supresión de los derechos sociales fundamentales sin sustituirlos. La obligación de respetar y proteger la dignidad humana contenida en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea era totalmente suficiente en este caso; obligaría a los Estados miembros a proporcionar una protección social adecuada.

Sin embargo, los supuestos reales en los que se basa este punto de vista solo son parcialmente correctos. Por ejemplo, no es cierto que la protección de las libertades civiles tradicionales como tal no cueste nada. La provisión de instituciones para la protección de la libertad –un poder judicial constitucional e independiente o la policía, por ejemplo– suele ser igual de costosa. Además, nadie ha considerado seriamente que el “derecho al trabajo” sea una exigencia de cumplimiento que pueda hacerse valer ante los tribunales. Por supuesto, este derecho debe –por vía interpretativa– despojarse de su contenido utópico; entonces no es más que una obligación estatal objetivo-jurídica, que se orienta, por ejemplo, hacia el objetivo político de crear pleno empleo.

2.2.2. Inclusión como disposiciones objetivo-vinculantes para los Estados miembros - Excurso: ¿los derechos sociales fundamentales en Alemania?

¿Qué concepto de derechos sociales fundamentales tenían en mente los convencionales alemanes? La Constitución alemana, la Ley Fundamental –*Grundgesetz*–, se ha pronunciado en contra de la regulación de un orden económico y social y, por tanto, en contra de la introducción de derechos sociales básicos. Aun si la inclusión de derechos sociales fundamentales fuera compatible con los principios

¹⁰ Vease Norbert Bernsdorff y Martin Borowsky, *Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union - Handreichungen und Sitzungsprotokolle* (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2002), 251 ss.

constitucionales fundamentales de la Ley Fundamental alemana,¹¹ aparte de las disposiciones marginales,¹² se abstiene en general de incluir normas de protección social. Solo se llega a una conclusión diferente si determinadas libertades civiles tradicionales se consideran también derechos sociales fundamentales.¹³

Hubo varias razones por las que los derechos sociales básicos no se incluyeron en la Ley Fundamental. En primer lugar, la Asamblea Constituyente¹⁴ quería evitar conflictos partidistas e ideológicos duraderos al crear la Ley Fundamental.¹⁵ En segundo lugar, esta actitud de rechazo tenía algo que ver con la historia alemana. Los ciudadanos no querían que los derechos fundamentales aparecieran –como en la Constitución de Weimar, la *Weimarer Reichsverfassung*, válida hasta entonces– como un “reflejo de los programas de los partidos políticos”; la Ley Fundamental no debía sobrecargarse de pretensiones generales que –al no hacerse valer jurídicamente– suscitarían expectativas insatisfechas y acabarían por defraudar a la ciudadanía. La Constitución de Weimar acabó fracasando por culpa de tales promesas utópicas.

Sin embargo, el rechazo de los derechos sociales fundamentales en la Ley Fundamental alemana no significa un rechazo de la idea en la que se basan: esta se encuentra en un objetivo estatal del Estado del bienestar (art. 20, apdo. 1, de la Ley Fundamental). Este artículo establece una obligación objetiva del Estado de seguir una determinada política (social). Sin derechos sociales básicos, Alemania garantiza un sistema de seguridad social a nivel de simple derecho estatutario, cuyo nivel no tiene parangón en ningún otro país del mundo.

Por ello, no es de extrañar que los miembros alemanes –y, por cierto, también austriacos– de la Convención de los Derechos Fundamentales opinaran que los derechos sociales de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea –a diferencia de los derechos clásicos a la libertad– solo podían dirigirse contra las actividades estatales de carácter político. Aunque los Estados deben compartir la

¹¹ Véase Reinhard Dörfler, *Die Vereinbarkeit sozialer Grundrechte mit dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland* (Erlangen-Núremberg: Friedrich-Alexander Universität zu Erlangen-Núrnberg, 1978), 102 ss.

¹² Garantía de protección de la maternidad: artículo 6, párrafo 4, del *Grundgesetz*; mandato para la igualdad de los hijos ilegítimos: artículo 6, párrafo 5, de la *Grundgesetz*. Véase Diego Schalper Sepúlveda, *Der Schutz der sozialen Grundrechte unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland und in der Republik Chile* (Berlín: Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften Recht, 2019), 79 ss.

¹³ Como prueba, véase Dörfler, *Die Vereinbarkeit sozialer Grundrechte mit dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland*, 39 ss.; sobre “normas no escritas de derechos sociales fundamentales”, véase Ramón Antonio Isasi-Cortázar, *Grundrechtskonkretisierung und Sozialstaatsprinzip: Das paraguayische Verfassungsrecht im Lichte der deutschen Verfassungsrechtsdogmatik* (Tesis de doctorado, Bonn, 2003), 71 ss.

¹⁴ Consejo Parlamentario.

¹⁵ Geesmann, *Soziale Grundrechte im deutschen und französischen Verfassungsrecht und in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 184 ss.

responsabilidad del trabajo y la educación, por ejemplo, solo pueden ser obligados a hacerlo hasta cierto punto por un tribunal.

2.2.3. *Derechos a prestaciones exigibles*

Guy Braibant y José Barros Moura, representantes gubernamentales de Francia y Portugal, respectivamente, se mostraron partidarios de una solución radical. Abogaron por incluir en la Convención de Derechos Fundamentales un amplio catálogo de derechos sociales que también deberían ser exigibles.¹⁶

Su lema era: solo es libre quien puede realmente hacer uso de su libertad. Según Braibant, los derechos sociales básicos tienen por objeto esencial garantizar las condiciones sociales para el ejercicio de la libertad.¹⁷

En repetidas ocasiones Braibant planteó preguntas como estas: “¿De qué sirve a los que no tienen casa que una Constitución garantice la inviolabilidad del domicilio como derecho a la libertad? ¿De qué sirve la garantía de la propiedad a los desposeídos, de qué sirve un derecho fundamental a la realización individual si no hay acceso a las instituciones educativas? Por último, ¿qué gana el desempleado con un derecho fundamental que regula la libertad de ocupación?”¹⁸

Las reacciones y comentarios en la Convención de Derechos Fundamentales fueron feroces: se dijo que los derechos sociales fundamentales eran un patetismo superfluo, meras promesas de prestaciones sin sustancia. Un miembro de la Convención, de Países Bajos, incluso se dejó llevar y dijo: “Los derechos sociales fundamentales no son vacas que se alimentan en el cielo y se ordeñan en la tierra”.

Y, en efecto, los derechos a la vivienda, a la educación y a determinadas normas sociales no pueden garantizarse como derechos subjetivos. Esto se debe a dos razones.¹⁹ En primer lugar, apenas es posible jurídicamente formular los derechos sociales básicos con tal precisión que transmitan derechos directamente exigibles y, por tanto, exigibles por los ciudadanos. Es ajeno a la naturaleza de una norma constitucional regular derechos cuantificados de asistencia social, becas de educación o pensiones. En segundo lugar, los derechos de participación social están siempre sujetos a la “reserva de lo posible”: dependen de los resultados económicos de los Estados y tendrían que adaptarse a los constantes cambios de la situación económica. El resultado serían cambios constantes en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, según la mayoría de la Convención de los Derechos Fundamentales.

¹⁶ Referenciado en Bernsdorff y Borowsky, *Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 251 ss.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ Sobre estas cuestiones véase, también, Dietrich Murswiek, “Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte”, en *Handbuch des Staatsrechts*, ed. por Josef Isensee y Paul Kirchhof (Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1992), parágrafo 112, RdNr. 40.

¹⁹ Véase, en detalle, Murswiek, “Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte”, parágrafo 112, RdNr. 49 ss.

2.3. El compromiso: el “modelo de los tres pilares”

El debate, siempre muy controvertido, terminó con un compromiso: ¡El llamado modelo de tres pilares para los derechos sociales fundamentales! Los detalles figuran a continuación.

¿Por qué fue posible este acuerdo? En abril del año 2000, el comité de seguimiento responsable de la ONU comunicó sin ambages al presidente de la Convención de Derechos Fundamentales que consideraría una anulación completa de los derechos sociales básicos como una violación del PIDESC de la ONU de 1966.²⁰

Todos los grupos políticos de la Convención, conservadores y socialdemócratas, organizaciones patronales europeas y sindicatos europeos, estuvieron de acuerdo con la vía intermedia elegida, que ahora se explicará.

3. La construcción de los derechos sociales fundamentales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

La solución de la Convención fue idea de Jürgen Meyer, profesor de Derecho de Friburgo. Meyer representó al Bundestag alemán en Bruselas. La construcción de los derechos sociales básicos desarrollada por él descansa sobre tres pilares.²¹

3.1. Primer pilar: principio de solidaridad en el preámbulo de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales

El “primer pilar” de la construcción de los derechos sociales fundamentales es una disposición del preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En ella se declara que el principio de solidaridad es el fundamento de la Unión Europea.

²⁰ “El Comité [...] quisiera señalar, en cualquier caso, que si los derechos económicos y sociales no llegasen a ser integrados en el borrador de Carta con igual nivel que los derechos civiles y políticos, se darían señales negativas en la región que serían altamente perjudiciales para la realización plena de todos los derechos humanos en la esfera internacional y en la esfera doméstica, y sería entendido como un paso regresivo que contravendría las obligaciones existentes para los Estados miembros de la Unión Europea en el marco del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”. (Traducción propia)

²¹ Jürgen Meyer y Markus Engels, “Aufnahme von sozialen Grundrechten in die Europäische Grundrechtecharta?”, *Zeitschrift für Rechtspolitik* (ZRP) (2000): 368 ss.; también Beate Rudolf, “Vorbemerkungen”, en *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, ed. por Jürgen Meyer, 4.ª ed. (Baden-Baden: Nomos Verlag, 2014), antes del Título IV “Solidaridad”, 452 ss.; así como Norbert Bernsdorff, “Soziale Grundrechte in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union - Diskussionsstand und Konzept”, *Vierteljahresschrift für Sozialrecht* (VSSR) (2001): 1 ss.

Esta disposición cumple la función²² de equiparar el principio de solidaridad a otros principios fundamentales, como los de libertad, igualdad y Estado de derecho. Por tanto, contiene un juicio de valor adicional, como el objetivo estatal del Estado del bienestar de la Ley Fundamental alemana (art. 20, apdo. 1). Por otra parte, es una ayuda a la interpretación de los derechos sociales fundamentales que le siguen, a la vez que resume su contenido.

3.2. Segundo pilar: un total de catorce derechos sociales fundamentales

Además de este primer pilar, el modelo prevé la inclusión de catorce derechos sociales básicos como segundo pilar. Con ellos, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se basa en los derechos sociales fundamentales ya reconocidos en los tratados internacionales.²³

La Carta de los Derechos Fundamentales enumera todos los derechos sociales fundamentales recogidos en los pactos internacionales y europeos de derecho social y en los convenios de la Organización Internacional del Trabajo. ¿Por qué? Porque los Estados miembros de la Unión Europea ya se han comprometido a respetarlos en esos tratados internacionales. Sin embargo, los derechos sociales fundamentales solo se formulan como las llamadas normas básicas, esto es, sin detalles superfluos.

Los derechos sociales básicos pueden clasificarse en cuatro grandes grupos según su tipo –como los de los pactos de derechos sociales–:²⁴

1. Las garantías laborales con el “derecho al trabajo” (art. 6 del Pidesc), en cierto sentido el prototipo de todos los derechos sociales fundamentales. Se completa, entre otras, con los derechos a unas condiciones de trabajo humanas, a una remuneración justa y a los derechos de protección de los niños y las mujeres (arts. 15, 29, 30, 31 y 32 de la CDFEU).
2. Las garantías del desarrollo personal intelectual y cultural con el “derecho fundamental a la educación” (art. 13 del Pidesc), que incluye principalmente el derecho a una educación escolar y universitaria no discriminatoria y, cuando sea posible, gratuita, así como la igualdad de oportunidades en la educación (arts. 14 y 22 de la CDFEU).

²² Véase Meyer y Engels, “Aufnahme von sozialen Grundrechten in die Europäische Grundrechtecharta?”, 370 ss.

²³ Por ejemplo, Christine Langenfeld, “Soziale Grundrechte”, en *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa* (VI), ed. por Detlef Merten y Hans-Jürgen Papier (Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2010), parágrafo 163, RdNr. 10 ss.

²⁴ Sobre este tipo de formación véase Murswiek, “Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte”, parágrafo 112, RdNr. 41 ss; Langenfeld, “Soziale Grundrechte”, parágrafo 163, RdNr. 11 ss.; Hans-Peter Schneider, “Grundrechte und Verfassungsdirektiven”, en *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa* (I), ed. por Detlef Merten y Hans-Jürgen Papier (Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2004), parágrafo 18, RdNr. 67 ss.

3. Las garantías de unas condiciones de vida humanas. Entre ellas se encuentran el “derecho a la salud” o a la protección de la salud (art. 12 del PIDESC) y el “derecho a un nivel de vida mínimo”; este último tiene como objetivo principal eliminar las causas de la enfermedad y prevenirla (art. 35 de la CDFEU).
4. Las garantías de seguridad social (art. 9 del PIDESC). Estas se complementan con el derecho a la provisión de sistemas de seguridad estatales, por ejemplo, en caso de vejez o enfermedad (art. 34 de la CDFEU).

Sin embargo, cabe preguntarse cómo garantiza la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea el cumplimiento legal de estos derechos, y si son realmente algo más que una lista de buenas intenciones o de programas políticos sin función.

La respuesta a ello es que ocurre igual que en el caso de los derechos de los pactos de derechos sociales, que Bruno Simma, catedrático germano-austriaco de derecho internacional, describió en una ocasión como “derechos olvidados” debido a su desconocimiento en todo el mundo.²⁵ No son derechos “autoejecutables”, sino que requieren su aplicación y organización a través de la legislación de los Estados miembros de la Unión Europea.

Las obligaciones del Estado surgen –como en el caso de los pactos internacionales de derechos sociales– en tres niveles: “respetar” (obligación de respetar), “proteger” (obligación de proteger) y “proporcionar” (obligación de facilitar).²⁶

En el nivel del “respeto”, existe la clásica obligación estatal de reconocer un derecho social fundamental y no violarlo mediante acciones activas. En este nivel, los Estados miembros solo están obligados a abstenerse de interferir. A nivel de “protección”, los Estados miembros deben tomar medidas. Deben garantizar que terceros particulares no pongan en peligro los derechos sociales fundamentales. En ese sentido, existe una obligación de proteger. Se podría hablar aquí de un efecto de terceros sobre los derechos sociales básicos.

Por último, el nivel “proporcionar” incluye los mandatos legislativos a los Estados miembros, por ejemplo, para apoyar a las personas que no pueden ejercer sus derechos fundamentales por sí mismas. Sin embargo –y esto debe subrayarse para evitar malentendidos–, ello no incluye los derechos individuales exigibles a prestaciones sociales (asistencia social, becas de estudios, pensiones). Sin embargo, esto también se juzga de forma diferente en la jurisprudencia europea en el ámbito de

²⁵ Bruno Simma, “Die vergessenen Rechte: Bemühungen zur Stärkung des UN-Sozialpakts”, en *Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats: Festschrift für Hans F. Zacher zum 70. Geburtstag*, ed. por Franz Ruland, Bernd Baron von Maydell y Hans-Jürgen Papier (Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1998), 867 ss.

²⁶ En detalle, Rudolf, “Vorbemerkungen”, 453 ss.; también Bernsdorff, “Soziale Grundrechte in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union”, 12.

las normas mínimas elementales, el nivel mínimo de subsistencia y la creación de igualdad de oportunidades de participación.²⁷

Un breve ejemplo lo encontramos con la consagración del “derecho al trabajo”.²⁸ Según el concepto de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, esto no incluye el derecho a la provisión de un puesto de trabajo adecuado para todos. El objeto de la obligación no es la creación de nuevos puestos de trabajo, sino únicamente la protección de los ya existentes. En cuanto a su obligación de respeto –primer nivel–, los Estados deben examinar, por ejemplo, si se pueden imponer prohibiciones laborales. Este es un tema importante en Alemania, sobre todo en lo que concierne a los permisos de trabajo para los solicitantes de asilo. La protección –segundo nivel– significa, verbigracia, que el Estado debe impedir los despidos arbitrarios o socialmente inaceptables por parte de los empresarios como terceros. El tercer nivel –promoción– podría implicar que el Estado establezca un servicio eficaz de colocación laboral.

3.3. Tercer pilar: cláusula de preservación de derechos con prohibición de regresión en materia de derechos humanos

Lo que hay que explicar ahora es el “tercer pilar” del modelo de derechos sociales fundamentales. Al igual que los otros dos pilares, no puede eliminarse sin debilitar la estática de toda la construcción de los derechos sociales fundamentales.

Una disposición general sobre el “nivel de protección” (art. 53 de la CDFEU) al final de la Carta estipula que ninguno de los derechos sociales fundamentales contenidos en ella puede rebajar las normas sociales nacionales o internacionales existentes. En este sentido, la Carta apuesta por la llamada prohibición de regresión de los derechos humanos con una cláusula de preservación jurídica o de protección mínima.²⁹

Conclusión: ¿“valor añadido” jurídico o político de los derechos sociales fundamentales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea?

Los derechos sociales básicos no están precisamente “de moda”. A veces se consideran peligrosos en Europa porque están relacionados con la participación en los bienes económicos. Sin embargo, su distribución es limitada, y escapan al control del

²⁷ Véase, por ejemplo, Jacques Robert y José Manuel Cardoso da Costa, “El principio de la dignidad humana”, en Consejo de Europa, *Principio*, 1999, 43 ss., 50 ss.

²⁸ Para este ejemplo, véase Meyer y Engels, “Aufnahme von sozialen Grundrechten in die Europäische Grundrechtecharta?”, 370.

²⁹ Langenfeld, “Soziale Grundrechte”, parágrafo 163, RdNr. 23: Principio de interpretación a favor del derecho internacional.

Estado. El Estado no suele influir en que los inversionistas privados creen puestos de trabajo y/o plazas de formación, por ejemplo.³⁰

A pesar de este dilema, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ha encontrado una buena solución que puede resumirse en las siguientes tres tesis:

1. Los catorce derechos sociales fundamentales de la Carta no garantizan a los ciudadanos europeos más derechos que los que ya tienen.
2. La Carta recodifica en cierta medida el conjunto de derechos sociales existentes; se limita a nombrarlos sin modificar su contenido jurídico. ¿Dónde se reconocen ya estos derechos? Surgen como obligaciones estatales de los tratados internacionales. Internacionalmente: del Pacto de Derechos Sociales de la ONU de 1966 y de los convenios de la Organización Internacional del Trabajo; regionalmente: de la ya mencionada Carta Social Europea de 1961.
3. Los derechos sociales fundamentales no contienen ni una sola promesa utópica de prestaciones. Por una parte, porque se centran claramente en la defensa y la protección; por otra, porque solo protegen la participación en los servicios existentes. No existen derechos exigibles a la provisión o incluso a la financiación de dichos bienes comunes.

Así que el mensaje central es claro: ¡la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea no crea nada nuevo con sus derechos sociales fundamentales!

Sin embargo, en Europa se plantea repetidamente la siguiente pregunta: ¿qué utilidad jurídica tienen los derechos sociales fundamentales si solo “multiplican” la protección social sin mejorarla? Esta pregunta está justificada. La respuesta³¹ es que los derechos sociales fundamentales no contienen ningún derecho exigible a prestaciones, pero son algo más que programas políticos sin función. Sobre todo, tienen dos efectos jurídicos:

- Obligan a los Estados miembros –a sus poderes legislativo y ejecutivo– a esforzarse al menos por mejorar las condiciones del marco social del país paso a paso y en la medida de sus posibilidades. Este proceso, que es político, debe ser impulsado por ellos. Si actúan diametralmente en contra de esta obligación o permanecen completamente inactivos, esto puede “violar” los derechos sociales fundamentales.
- Además, los derechos sociales básicos sirven como directrices para la interpretación de la ley y como directrices para el ejercicio de la discrecionalidad.

³⁰ Murswiek, “Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte”, párrafo 112, RdNr. 57 ss.

³¹ Para más detalles, véase Rudolf, “Vorbemerkungen”, 464 ss.

Además del valor añadido jurídico, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea tiene también un valor añadido político. Los derechos sociales fundamentales contribuyen –a modo de paréntesis– a reforzar el sentimiento de unión (la cohesión, la solidaridad) de los ciudadanos en Europa. También pretenden promover la reputación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea más allá de las fronteras de Europa y servir de ejemplo para otros países, por ejemplo, en los procesos de reforma en el ámbito de las constituciones nacionales.

En este sentido –según el expresidente Federal alemán Roman Herzog³²– los derechos sociales básicos de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea no son ni un “tigre de papel sin dientes” ni un “caballo de Troya del marxismo”.

Bibliografía

- BERNSDORFF, Norbert. “Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union - Notwendigkeit, Prozess und Auswirkungen”, *Niedersächsische Verwaltungsblätter* (NdsVBl), 2001.
- BERNSDORFF, Norbert. “Soziale Grundrechte in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Diskussionsstand und Konzept”, *Vierteljahresschrift für Sozialrecht* (VSSR), 2001.
- BERNSDORFF, Norbert y Martin BOROWSKY. *Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union - Handreichungen und Sitzungsprotokolle*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2002.
- BERNSDORFF, Norbert y Martin BOROWSKY. “Grundrechte in Europa”, *Deutsche Richterzeitung* (DRiZ), 2005.
- CONSEJO EUROPEO. Decisión relativa a la elaboración de una Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (“Mandato de Colonia”) de 3-4 de junio de 1999, publicada en *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* (EuGRZ), 1999.
- DÖRFLER, Reinhard. *Die Vereinbarkeit sozialer Grundrechte mit dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland*. Erlangen-Nüremberg: Friedrich-Alexander Universität zu Erlangen-Nürnberg, 1978.
- GEESMANN, Reiner. *Soziale Grundrechte im deutschen und französischen Verfassungsrecht und in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2005. Berlín: Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2005.
- GRUPO DE EXPERTOS EN DERECHOS FUNDAMENTALES. Informe “Garantizar los derechos fundamentales en la Unión Europea - Es hora de actuar”, febrero de 1999.
- ISASI-CORTÁZAR, Ramón Antonio. *Grundrechtskonkretisierung und Sozialstaatsprinzip: Das paraguayische Verfassungsrecht im Lichte der deutschen Verfassungsrechtsdogmatik*. Tesis doctoral. Bonn, 2003.

³² Con referencia a Simma, “Die vergessenen Rechte”, 868.

- LANGENFELD, Christine. “Soziale Grundrechte”, en *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa* (VI). Editado por Detlef MERTEN y Hans-Jürgen PAPIER. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2010.
- MEYER, Jürgen, ed. *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2014.
- MEYER, Jürgen y Markus ENGELS. “Aufnahme von sozialen Grundrechten in die Europäische Grundrechtecharta?”, *Zeitschrift für Rechtspolitik* (ZRP), 2000.
- MURSWIEK, Dietrich. “Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte”, en *Handbuch des Staatsrechts*. Editado por Josef ISENSEE y Paul KIRCHHOF. Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1992.
- ROBERT, Jacques y José Manuel CARDOSO DA COSTA. “El principio de la dignidad humana”, en Consejo de Europa, *Principio*, 1999.
- RUDOLF, Beate. “Vorbemerkungen”, en *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*. Editado por Jürgen MEYER. 4.^a ed. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2014.
- SCHALPER SEPÚLVEDA, Diego. *Der Schutz der sozialen Grundrechte unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland und in der Republik Chile*. Berlín: Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften Recht, 2019.
- SCHNEIDER, Hans-Peter. “Grundrechte und Verfassungsdirektiven”, en *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa* (I). Editado por Detlef MERTEN y Hans-Jürgen PAPIER. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2004.
- SIMMA, Bruno. “Die vergessenen Rechte: Bemühungen zur Stärkung des UN-Sozialpakts”, en *Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats: Festschrift für Hans F. Zacher zum 70. Geburtstag*, ed por Franz RULAND, Bernd BARON VON MAYDELL y Hans-Jürgen PAPIER. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1998.

Eje 1. La interacción del derecho constitucional, la economía, la administración pública y el derecho privado

- David Miguel Dumet Delfín (Perú)
Bien común, legitimidad del poder y el derecho fundamental a la buena administración. Apuntes en clave constitucional
- Carlos Arturo Duarte Martínez (Colombia)
Más de diez años de la reforma sobre la sostenibilidad fiscal en Colombia: el retroceso de tres derechos sociales y el papel de la Corte Constitucional
- Paul Enrique Franco Zamora (Bolivia)
Derecho constitucional y derecho económico, un vínculo indisoluble
- José Ignacio Hernández G. (Venezuela)
Derecho constitucional y economía: las fallas del constitucionalismo transformador en Venezuela y las lecciones para Chile
- Jorge Tomás Broun Isaac (República Dominicana)
La gobernanza digital como garantía del derecho fundamental a la buena Administración pública: ventajas y desafíos constitucionales contemporáneos
- William Fernando Buitrago Valderrama (Colombia)
Garantías constitucionales y principios protectores en el ámbito laboral colombiano
- Jhonathan Ávila Romero (Perú)
La independencia judicial en el contexto del iliberalismo constitucional
- Raul A. Ruiz Aguirre (Venezuela)
Sebastián Zabaleta (Venezuela)
El amparo constitucional contra el arbitraje: una perspectiva venezolana

David Miguel Dumet Delfín* (Perú)

Bien común, legitimidad del poder y el derecho fundamental a la buena administración. Apuntes en clave constitucional

RESUMEN

Desde hace ya un buen tiempo, el derecho fundamental a la buena administración viene siendo reconocido en Europa y en algunos países latinoamericanos. Sin embargo, en Perú no ha encontrado acogida en la doctrina y la jurisprudencia, y menos todavía en el legislador. En este artículo se pretende justificar la necesidad del reconocimiento expreso de tal derecho "continente", cuya materialización corresponde a la administración pública, a partir de la relación que se presenta entre el Estado y su legitimidad, conseguida con el cumplimiento de su fin que, como en todo tiempo y lugar, ha de ser el bien común. Bien común que hoy se traduce, de acuerdo con lo señalado por la Constitución peruana, en el servicio al interés general, la garantía de los derechos fundamentales y la promoción del bienestar general.

Palabras clave: bien común; legitimidad del poder; derecho fundamental a la buena administración.

The common good, the legitimacy of power, and the fundamental right to good administration. Notes from a constitutional perspective

ABSTRACT

The fundamental right to good administration has long been recognized in Europe and some Latin American countries. However, in Peru, it has not been embraced by

* Abogado de la Universidad de San Martín de Porres, magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú, máster en Gerencia Pública de la Eucim y candidato a doctor de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla. Docente universitario en pre y posgrado así como en la Academia de la Magistratura, y servidor de la Nación. ddumet@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0009-0004-6185-6731>.

doctrine and jurisprudence, and much less so by the legislator. This article intends to justify the need to expressly recognize this “continent” right, whose realization corresponds to the public administration, based on the relationship that exists between the state and its legitimacy, achieved through the fulfillment of its purpose, which, in every time and place, must be the common good—common good, which today translates to, as stated in the Peruvian Constitution, service to the general interest, the guarantee of fundamental rights, and the promotion of the general welfare.

Keywords: Common good, legitimacy of power, fundamental right to good administration.

Gemeinwohl, legitime Machtausübung und das Grundrecht auf eine gute Verwaltung. Anmerkungen aus verfassungsrechtlicher Perspektive

ZUSAMMENFASSUNG

Das Grundrecht auf eine gute Verwaltung wird seit geraumer Zeit in Europa und einigen Ländern Lateinamerikas anerkannt. Dagegen wurde es in Peru bisher weder von der Rechtsdoktrin und der Rechtsprechung noch vom Gesetzgeber aufgegriffen. Im vorliegenden Artikel soll die ausdrückliche Anerkennung eines solchen „kontinentalen“ Rechts begründet werden, dessen materielle Umsetzung im Spannungsverhältnis von Staat und durch die Erfüllung der staatlichen Aufgaben - in deren Mittelpunkt jederzeit das Gemeinwohl zu stehen hat - erworbener Legitimität Aufgabe der öffentlichen Verwaltung ist. Nach den Bestimmungen der peruanischen Verfassung setzt sich das Gemeinwohl aus dem Einsatz für das allgemeine Interesse, der Garantie der Grundrechte und der Förderung des allgemeinen Wohlergehens zusammen.

Schlüsselwörter: Gemeinwohl; legitime Machtausübung; Grundrecht auf eine gute Verwaltung

1. El derecho a la buena administración en el derecho internacional

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹ establece:

Artículo 41. Derecho a una buena administración. 1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. 2. Este derecho incluye en particular: a) el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente.

¹ Proclamada el 7 de diciembre de 2000 y en vigor, junto con el Tratado de Lisboa, desde el 7 de diciembre de 2009.

Del mismo modo, hace casi 10 años se aprobó en Latinoamérica un documento denominado “Carta Iberoamericana de los Derechos del Ciudadano en relación con la Administración Pública”,² que, aun cuando no tiene fuerza jurídica vinculante, sí es considerado orientativo y referencial, y cuyo artículo 25 establece:

Los ciudadanos son titulares del derecho fundamental a la buena Administración Pública, que consiste en que los asuntos de naturaleza pública sean tratados con equidad, justicia, objetividad, imparcialidad, siendo resueltos en plazo razonable al servicio de la dignidad humana.

A manera de ejemplo podemos mencionar, en el ámbito latinoamericano, a México, República Dominicana y Ecuador como países que ya han incorporado este instrumento a nivel legal y jurisprudencial.

En México, en la Constitución Política de la Ciudad de México, el artículo 7 expresamente establece:

Artículo 7. Ciudad democrática. A. Derecho a la buena administración pública. 1. Toda persona tiene derecho a una buena administración pública, de carácter receptivo, eficaz y eficiente, así como a recibir los servicios públicos.

Y a nivel jurisprudencial ya hay pronunciamientos al respecto, como el que señala:

La buena administración pública es un derecho fundamental de las personas y un principio de actuación para los poderes públicos, el cual se vincula e interrelaciona con otros; con sustento en él deben generarse acciones y políticas públicas orientadas a la apertura gubernamental, para contribuir a la solución de los problemas públicos a través de instrumentos ciudadanos participativos, efectivos y transversales.³

En República Dominicana, desde el año 2013 se tiene la Ley 107-13 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo (G. O. 10722 de 8 de agosto de 2013), cuyo artículo 4 dispone: “Derecho a la buena administración y derechos de las personas en sus relaciones con la Administración Pública. Se reconoce el derecho de las personas a una buena Administración Pública, que se concreta, entre otros, en los siguientes derechos subjetivos de orden administrativo”, pasando a continuación a listar 32 derechos que integran su contenido.

² Adoptada por la XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno en la Ciudad de Panamá, los días 18 y 19 de octubre de 2013.

³ México. Cuarto Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito, Tesis: I.40.A.14 A (11a.), Amparo directo 315/2021, Ruby Hurtado Bernal, 9 de diciembre de 2021.

A su turno, el Tribunal Constitucional dominicano ha “constitucionalizado” este derecho, reconociendo la “existencia actual a lo que se ha configurado como un derecho fundamental nuevo entre nosotros, denominado ‘derecho al buen gobierno o a la buena administración’”.⁴

Mientras que en Ecuador, el Código Orgánico Administrativo, aprobado en 2017, establece: “Artículo 31. Derecho fundamental a la buena administración pública. Las personas son titulares del derecho a la buena administración pública, que se concreta en la aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales, la ley y este Código”.

2. El derecho fundamental a la buena administración en Perú

En Perú no existe, a nivel legal, un reconocimiento expreso del derecho fundamental a la buena administración. Como tampoco lo hay jurisprudencialmente, ni por obra de la justicia ordinaria ni de la constitucional se ha dado este reconocimiento expreso. Es decir que no aparece de forma literal como “derecho fundamental”, si bien, como veremos más adelante, varios de los contenidos que lo conforman tienen ya un desarrollo constitucional, legal y jurisprudencial, y en algunos casos, de larga data. A nivel de tribunales administrativos tampoco hemos encontrado referencias en ese sentido, salvo una muy reciente resolución emitida por el Consejo de Apelación de Sanciones del Ministerio de la Producción,⁵ en la que, en una especie de *obiter dicta*, se desarrolla este derecho fundamental y se lo relaciona con la tutela administrativa efectiva, la cual sí tiene reconocimiento jurisprudencial y convencional.

Ahora bien, es cierto que existe el reconocimiento de un principio constitucional de buena administración, producto de la labor hermenéutica de los tribunales. Pese a que no existe como tal en el ordenamiento jurídico peruano, este reconocimiento se ha introducido como resultado de la actividad jurisdiccional, especialmente del Tribunal Constitucional. Así es como el supremo intérprete de la Constitución ha dicho, desde el año 2004, que este principio se encuentra implícitamente constitucionalizado en el Capítulo IV, Título I de esta carta. Afirmación expresada del siguiente modo:

... el principio constitucional de buena administración, implícitamente constitucionalizado en el Capítulo IV del Título II [sic] de la Constitución.

⁴ República Dominicana. Tribunal Constitucional, Sentencia TC/0322/14, de 22 de diciembre.

⁵ Perú. Ministerio de Producción, Consejo de Apelación de Sanciones, Resolución 041-2023-PRODUCE-CONAS-CP, de 10 de mayo de 2023. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/4543194/RCONAS-00041-2023-PRODUCE-CONAS-CP.pdf?v=1683813093>.

En lo que aquí interesa poner de relieve, dicho principio quiere poner en evidencia no sólo que los órganos, funcionarios y trabajadores públicos sirven y protegen al interés general, pues “están al servicio de la Nación” (artículo 39.º de la Constitución), sino, además, que dicho servicio a la Nación ha de realizarse de modo transparente.⁶

Poco tiempo después, el Tribunal, remitiéndose a esta postura, reiteró lo afirmado respecto a lo que denominó como principio constitucional de buena administración.⁷ Más allá de lo expuesto, el Tribunal Constitucional no ha ampliado o desarrollado el principio, salvo referirse a dichas antiguas sentencias.⁸

No obstante, es preciso resaltar que el Tribunal vinculó el principio constitucional de buena administración con la lucha contra la corrupción, señalando:

No solo cabe considerar que el buen funcionamiento de la Administración Pública constituye un bien de índole constitucional cuya protección podría justificar la intervención del Derecho penal, sino que el propio combate contra toda forma de corrupción goza también de protección constitucional, lo que este Tribunal ha deducido de los artículos 31 y 41 de la Constitución [...], así como del orden democrático previsto en el artículo 43 de la Constitución [...]. Ello resulta coherente con el Preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción.⁹

Este reconocimiento de la buena administración como principio es relevante porque los principios constitucionales no son un mero enunciado aspiracional, sino que tienen también carácter normativo; y ello pese a que tienen una forma abierta y están formulados de manera más general que, por ejemplo, las reglas. De esta manera, los principios han sido empleados como estándar interpretativo o referente al que se puede recurrir como directriz o criterio tanto en el desempeño administrativo como en las respuestas a las demandas de la justicia. El carácter abierto de los principios les proporciona flexibilidad, multiplicando así las posibilidades de aplicación. Como su designación sugiere, un principio es algo que inicia, que requiere desarrollo y especificación. En efecto, según la sexta definición del *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española, un principio es una “norma o

⁶ Perú. Tribunal Constitucional, Exp. STC 02235-2004-AA/TC, f. j. 10.

⁷ Véase la sentencia recaída sobre el Exp. STC 02234-2004-AA/TC.

⁸ Así, por ejemplo, se ha referido a los mencionados expedientes en las sentencias recaídas en los procesos de inconstitucionalidad 0007-2008 y 0009-2008.

⁹ Perú. Tribunal Constitucional. Exp. STC 00017-2011-AI/TC, f. j. 16. Criterio repetido en Pleno, Sentencia 201/2022, Exp. 00002-2021-PI/TC, Caso del cuestionamiento de los procesos de decisión en el ámbito de la Administración pública (la forma de referenciar esta sentencia difiere de las anteriores por cuanto el Tribunal Constitucional ha cambiado radicalmente la manera de hacerlo).

idea fundamental que guía el pensamiento o comportamiento”, pero también es el primer intento o la directriz considerada como la primera, la causa o el origen de algo, según se establece en sus primeras cuatro definiciones. Al respecto, Alcalde, citando a Oelckers, señala:

Los principios actúan ante la norma jurídica como fundamento, razón, clave o argumento de interpretación, ya que responden a un modo más amplio y general de actuación. También responden a un fundamento para el cambio de criterio jurisprudencial o legal; también como fundamento de excepción de la ley o de nuevas leyes[,] y por último como criterio de actuación en casos particulares, constituyéndose aquí como límites a la arbitrariedad.¹⁰

Los principios se fundan en los valores y constituyen un paso adelante en la concreción de estos. Como dice García Toma, “están destinados a asegurar la consagración y eficacia normativa de los valores y fines constitucionales, así como la eficacia y eficiencia del corpus constitucional”,¹¹ al tiempo que establecen criterios para la interpretación y aplicación de las normas: de ahí que se constituyan en verdadera fuente formal y material del ordenamiento.

A nuestro juicio, ya están dadas las condiciones para empezar a reconocer de manera expresa, entre nosotros, el derecho fundamental a la buena administración, y así lo hemos expresado recientemente.¹² Es necesario hacerlo en la legislación, en la jurisprudencia, en las resoluciones administrativas e incluso en el lenguaje que usamos, para que cale. Pero la realidad es que en Perú recién está siendo abordado este asunto, todavía tímidamente, por la doctrina.¹³

Hemos señalado que la Constitución peruana no se refiere de forma expresa a la buena administración. Sin embargo, ello no obsta para que se aluda a ella como principio constitucional *relacionado* con la Administración pública, que, al tiempo de constituir un mandato de organización y actuación para las organizaciones estatales, se erige también, en mayor o menor medida, en derecho subjetivo de los administrados; esto último a partir del ya anotado carácter normativo de los principios constitucionales.

¹⁰ Enrique Alcalde Rodríguez, “Relación entre valores y principios generales de derecho en la interpretación constitucional de los derechos fundamentales en Chile”, *Revista Chilena de Derecho* 35, n.º 3 (2008), 465, nota 6. <https://doi.org/10.4067/so718-34372008000300004>.

¹¹ Víctor García Toma, “Valores, principios, fines e interpretación constitucional”, *Derecho & Sociedad* n.º 21 (2003): 192.

¹² David Dumet Delfin, “El derecho fundamental a la buena administración y su concreción en la tutela administrativa efectiva. Llegó la hora de su reconocimiento expreso en el Perú”, *Gaceta Constitucional*, n.º 184 (2023): 207-221.

¹³ Alberto Castro Barriga, “Principles of good governance and the ombudsman. A comparative study on the normative functions of the institution in a modern constitutional State with a focus on Peru” (Tesis doctoral, Universidad de Utrecht, 2019). phdthesis.finaldraft.acb.library.050819.

Lo anterior equivale a decir que existen vínculos entre los principios constitucionales y los derechos fundamentales de los administrados. Así, estos derechos anclados en principios son suficientes para poder afirmar que la relación entre los principios constitucionales y la Administración pública en Perú resulta de vital importancia para garantizar el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos, la eficacia y eficiencia en el ejercicio de las funciones públicas, y la consolidación de un sistema democrático sólido y participativo.

Al tener ya un conjunto de derechos fundamentales que estructuran la relación entre la Administración pública y los administrados, y un principio constitucional de buena administración, consideramos que aquellos pueden ser considerados como el contenido de un derecho continente, que vendría a ser, justamente, el derecho fundamental a la buena administración.

3. Principios constitucionales y derechos fundamentales

Uno de los principios constitucionales que rige la actuación de la Administración pública en Perú es el de legalidad, establecido en el artículo 51 de la Constitución y que impone a los órganos de la Administración la obligación de actuar en el marco de las normas vigentes y someterse a ellas. Así pues, la actuación de la Administración pública debe ceñirse al principio de legalidad, garantizando que sus acciones y decisiones se encuentren fundamentadas en la Constitución y la ley, evitando el ejercicio arbitrario del poder. Así lo ha expresado el Tribunal Constitucional hace ya bastante tiempo:

Este deber de respetar y preferir el principio jurídico de supremacía de la Constitución también alcanza, como es evidente, a la administración pública. Esta, al igual que los poderes del Estado y los órganos constitucionales, se encuentra sometida, en primer lugar, a la Constitución de manera directa y, en segundo lugar, al principio de legalidad, de conformidad con el artículo 51.º de la Constitución. De modo tal que la legitimidad de los actos administrativos no viene determinada por el respeto a la ley –más aún si esta puede ser inconstitucional– sino, antes bien, por su vinculación a la Constitución.¹⁴

Otro principio constitucional relevante en la relación entre la Administración pública y los ciudadanos es el de igualdad ante la ley, reconocido también como derecho fundamental en el artículo 2, inciso 2 de la Constitución. Este principio establece que todos los ciudadanos tienen los mismos derechos y obligaciones ante la ley, y que no pueden ser discriminados por razón de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o cualquier otra circunstancia. La Administración

¹⁴ Perú. Tribunal Constitucional, Exp. STC 03741-2004-AA/TC, f. j. 6.

pública debe garantizar que sus actuaciones y decisiones se adopten de manera imparcial y sin discriminación, atendiendo a los intereses de todos los ciudadanos en igualdad de condiciones.

De otro lado, se encuentra el principio de eficacia y eficiencia. Si bien este no se encuentra expresamente consagrado en la Constitución, es claro que, por ejemplo, mediante el principio de equilibrio presupuestario es posible deducir que la asignación, programación y ejecución presupuestaria debe responder a criterios de eficiencia, así como que existe el deber de actuación con responsabilidad en la ejecución del gasto público; siendo este uno de los pilares fundamentales de la actuación de la Administración pública. Este principio exige que los órganos de la Administración pública adopten decisiones y realicen acciones de manera óptima, buscando maximizar los recursos disponibles y garantizar resultados favorables para los ciudadanos.

Asimismo, se tiene el principio de participación ciudadana, reconocido también como derecho fundamental en el artículo 31 de la Constitución, que señala que los ciudadanos tienen el derecho y el deber de participar en el gobierno de su país, y que la Administración pública debe promover y facilitar la participación ciudadana en la toma de decisiones y en la fiscalización de sus actuaciones.

Por su parte, el principio de publicidad y transparencia, reconocido también como derecho fundamental en el artículo 2, inciso 5 de la Constitución, establece que toda persona tiene derecho a solicitar información pública sin expresar causa, y a recibirla de cualquier entidad pública en un plazo razonable. Correlativamente, la Administración pública debe garantizar el acceso a la información y fomentar la transparencia en sus actuaciones, lo que contribuye a la rendición de cuentas y al control ciudadano sobre el ejercicio del poder.

El principio de responsabilidad en la función pública es otro pilar fundamental en la relación entre la Administración pública y los ciudadanos. De acuerdo con el artículo 39 de la Constitución, todos los funcionarios y servidores públicos son responsables por sus actos y omisiones en el ejercicio de sus funciones.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano también ha destacado la importancia del principio de debido proceso en el ámbito administrativo, el cual, por asimilación, se encuentra consagrado en el artículo 139, inciso 3 de la Constitución. La alta corte ha señalado que el debido procedimiento administrativo es una garantía de los ciudadanos frente a la actuación de la Administración pública, y que esta debe observar las garantías de imparcialidad, motivación, contradicción y defensa en sus procedimientos administrativos.

Acabamos de mencionar algunos principios constitucionales que vinculan a la Administración pública, pero es evidente que varios de ellos, incluso de manera explícita, forman parte del conjunto de derechos fundamentales reconocidos por la Carta Fundamental, como son el derecho a la igualdad o el derecho de acceso a la información pública, o los derechos de participación y control políticos ciudadanos. Y también hay otros derechos cuya fundamentalidad ha sido reconocida por la jurisprudencia y aplicable ya no solo a los procesos judiciales, sino también incluso

a los administrativos, como el de obtener una decisión de la Administración en un plazo razonable, o el del debido procedimiento administrativo, que, en sí mismo, contiene un conjunto de derechos para los administrados. Todos los nombrados, al tiempo que constituyen principios de organización y actuación, y, por consiguiente, deberes de la Administración, también son, al menos en su mayoría, derechos oponibles y exigibles por parte de los administrados, incluso a través de los procesos constitucionales instaurados para la defensa de los derechos constitucionales.¹⁵

En última instancia, los derechos constitucionales son concreciones de principios y valores constitucionales. Así lo ha señalado la Corte Constitucional colombiana: “Los derechos fundamentales son, como todas las normas constitucionales, emanación de los valores y principios constitucionales, pero su vinculación con estos es más directa, más inmediata, se aprecia con mayor evidencia. Todo derecho fundamental debe ser emanación directa de un principio”.¹⁶

En esa línea, al principio de buena administración debería corresponderle el derecho fundamental a la buena administración, de la misma manera en que ha ocurrido con los distintos derechos en que este se concreta y tal como postulamos en el presente trabajo.

4. El contenido del derecho fundamental a la buena administración

Dado que ya ha sido reconocido un principio (implícito) constitucional de la buena administración, del texto de la Carta es posible desprender otros principios e incluso derechos fundamentales que en otros países ya se tienen consolidados como parte del contenido del denominado derecho fundamental a la buena administración. Baste nombrar, como ejemplo, el Código Orgánico Administrativo ecuatoriano, que trae una larga lista de derechos; o la Ley 107-13 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo, de la República Dominicana, cuya lista llega a 32 derechos; casos estos a los que ya hemos hecho referencia.

A la luz de lo señalado, ¿podríamos entonces empezar a hablar de ese derecho en Perú? El contenido del derecho fundamental a la buena administración está compuesto por un conjunto de derechos que no son para nada nuevos y que, más bien, se trata unir en un derecho continente. Así por ejemplo, el derecho a la tutela administrativa efectiva trae consigo el derecho al debido procedimiento, que a su vez contiene un conjunto de derechos ya conocidos, como el de ser oído, el de defensa, el de recurrir, el de motivación, etc. Pero el derecho a la buena administración es más que eso, más allá de lo que puede implicar un procedimiento administrativo

¹⁵ Principalmente procesos constitucionales de amparo, *habeas data* y de cumplimiento.

¹⁶ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992, párr. 15.

en forma. Incluye también el derecho de acceso a la información pública, el derecho de petición, el derecho de participación, el derecho de audiencia, el derecho a exigir la responsabilidad de los funcionarios, el derecho a que se actúe con transparencia, etc. Rodríguez-Arana, reconocido como el artífice la Carta Iberoamericana de los Derechos del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, ya citada, menciona en una larga lista estos y otros muchos derechos, tales como el derecho a una indemnización justa en los casos de lesiones de bienes o derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios de responsabilidad pública, el derecho a servicios públicos y de interés general de calidad, el derecho a elegir los servicios de interés general de su preferencia y el derecho a opinar sobre el funcionamiento de los servicios de responsabilidad administrativa.¹⁷

5. Bien común: fundamento del poder basado en su eficiencia y efectividad para el cumplimiento de sus fines

Si hay algo que puede resumir en última instancia, en cualquier tiempo y lugar, lo que constituyen los fines del Estado, es el bien común. Meilán Gil señala que, cualquiera que haya sido la manera en que se ha formulado a lo largo de la historia la justificación del poder público, está ligada al cometido de la organización política:

Dicho de una manera rápida, con técnica pictórica impresionista, el ejercicio del poder público se justifica por y para la procura del bien común, el *vivere bene* de los miembros de la sociedad política en expresiones clásicas de Aristóteles y Tomás de Aquino, la felicidad de los súbditos y el bienestar en la época y la Ilustración y el despotismo ilustrado, el reconocimiento de derechos individuales de los ciudadanos en la onda de la Revolución francesa y la conservación del orden público en la concepción liberal burguesa, en garantizar los derechos fundamentales de la persona, servicios esenciales y la calidad de vida en el constitucionalismo contemporáneo.¹⁸

Claro, tanto ahora como antes, en cada etapa y espacio del desarrollo de las sociedades, el significado y contenido del bien común ha variado, pues ha terminado dependiendo de las circunstancias históricas, sociales, políticas y económicas, y de los valores comunes (o que pretendieron serlo), en cada lugar. Todos estos aspectos

¹⁷ Jaime Rodríguez-Arana, “El derecho fundamental de la persona y la buena administración (principios y derechos integrantes)”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, n.º 11 (2017): 316.

¹⁸ José Luis Meilán Gil, “Intereses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español”, *A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, 1 de abril (2010): 174-175. <https://doi.org/10.21056/aec.v10i40.527>.

vienen a ser, finalmente, aquellas condiciones que han dotado a los individuos de la posibilidad de alcanzar la plenitud.¹⁹ De cualquier modo, como expresa Sánchez Agesta, citado por Basave:

El bien común ha de ser “bien” y ha de ser “común”. Que sea “bien” quiere decir que dé satisfacción a las necesidades del hombre en su entera naturaleza espiritual, moral y corporal, proporcionándole la paz, la virtud, la cultura y las cosas necesarias para el desenvolvimiento de su existencia; que sea “común” ha de entenderse en el sentido de que el esfuerzo y el disfrute de estos bienes ha de compartirse en la proporción de la justicia.²⁰

Históricamente, la concepción del bien común como propósito primordial del Estado ha experimentado una transformación significativa. Esta idea, que originalmente se anclaba en la sacralidad y la divinidad, ha evolucionado gradualmente para abrazar ideales más terrenales de felicidad, progreso y prosperidad públicos, sustentada en una visión pragmática y eficiente de la acción estatal. Este cambio de paradigma es particularmente palpable en los estados donde se estableció el absolutismo ilustrado, un hecho que Bravo Lira describe con claridad.²¹

Para ello, el autor selecciona tres figuras que personifican esta forma particular de gobierno: Federico II de Prusia, Pedro Leopoldo de Toscana y José II de Austria. Federico II de Prusia se muestra como un gobernante consciente de su papel al afirmar: “sucede que el soberano lejos de ser amo absoluto de los pueblos que están bajo su dominio, no es sino su primer sirviente, y que (en cuanto tal es) instrumento de su felicidad, (con lo que) los príncipes no están en este mundo sino para hacer felices a los hombres”. Por su lado, Pedro Leopoldo de Toscana articula su visión de una sociedad justa al expresar que “en una sociedad bien constituida, todos y cada uno de sus miembros tienen igual derecho a la felicidad, bienes, seguridad y propiedad”, y que “el único fin de las sociedades y de los soberanos es la felicidad de sus individuos”, relegando el papel del gobernante a la mera función de facilitar “la dicha y felicidad de los individuos”. Finalmente, José II de Austria se dirige a sus subordinados en su declaración: “He tratado de inspirar a todos los servidores del Estado el amor que tengo al bien general y el celo que me anima a procurar su consecución”.²² Estos ejemplos subrayan la evolución histórica del concepto de

¹⁹ Carlos E. Delpiazzo, “Centralidad del administrado en el actual derecho administrativo: impactos del Estado constitucional de derecho”, *Revista de Investigações Constitucionais* 1, n.º 3 (2014): 27. <https://doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40514>.

²⁰ Agustín Basave Fernández del Valle, *Teoría del Estado: fundamentos de filosofía política*, 10.ª ed. (México, D.F.: Trillas, 2005), 110.

²¹ Bernardino Bravo Lira, “El absolutismo ilustrado en España e Indias bajo Carlos III (1759-1788). De la visión judicial a la visión administrativa del gobierno con motivo de un bicentenario”, *Revista Chilena de Historia del Derecho* (Santiago), n.º 14 (1991): 16-17.

²² Bravo Lira, “El absolutismo ilustrado en España e Indias”, 17.

bien común, su desacralización y su incorporación en un marco más pragmático y terrenal dentro del absolutismo ilustrado.

En última instancia, podemos considerar que el bien común es un concepto jurídico indeterminado, pero determinable en cada tiempo y lugar. A este se encuentra irremediamente atada la legitimidad del poder, que se vincula a su vez a los fines estatales, a la idea que se tenga del propio Estado, a la forma en que se encuentra estructurada la sociedad y al sistema de ideas, creencias y valores del grupo humano en que se presenta este fenómeno.²³ Así, llegamos al punto de considerar, con Sánchez Agesta, cuanto sigue:

El Estado es una comunidad ética teleológica que encuentra su razón de ser en su fin, el bien común; este bien común vincula la existencia, el contenido y los límites del poder del Estado. La supremacía del poder del Estado se define por su fin; el Estado tiene una potestad suprema en su esfera, esto es, en la comunidad en que radica; y en su orden, esto es, en la medida de su fin.²⁴

Quienes, en las relaciones de poder, se encuentran en la posición subordinada, lo legitiman a partir del reconocimiento de la efectividad en el cumplimiento de sus fines, a los que consideran valiosos, pues a través de él logran el bienestar que es aspiración de las personas que viven en comunidad.²⁵ Es evidente que cuanto mayor sea el grupo humano al que se dirige el poder, mayor será el desafío de encontrar fines valiosos comunes, sin embargo, es necesario. La legitimidad del poder concedida por el grupo, todo el grupo o la mayoría de este, es un indicador de la eficacia de su ejercicio.

6. Buen gobierno y bien común: la legitimidad a través de la Administración pública

Hay un vínculo directo entre la eficacia del ejercicio del poder y su legitimidad, al margen de cuál sea el principio de legitimidad de ese poder (voluntad, naturaleza o historia²⁶). Esta solo se adquiere a partir del cumplimiento de aquella, cuando realiza su cometido, actúa y alcanza sus fines. Todo acto estatal, que no es otra cosa que el ejercicio de su poder, se legitima a partir de su vinculación con sus fines, hasta

²³ Adriano Moreira, “Los fines del Estado”, *Revista de Estudios Políticos*, 161 (1968): 136-166.

²⁴ Luis Sánchez Agesta, “Los orígenes de la teoría del Estado en el pensamiento español del siglo XVI”, *Revista de Estudios Políticos*, n.º 98 (1958): 91.

²⁵ Rainer-Olaf Schultze, “El bien común”, en *Fundamentos, teoría e ideas políticas*. Volumen 1, ed. por Herminio Sánchez de la Barquera y Arroyo (México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016), 157.

²⁶ Norberto Bobbio, *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política* (México: Fondo de Cultura Económica, 1996), 120.

el punto de que el valor o error de la política de un Estado solo puede ser juzgado a partir de los fines de este; así, “[t]odo juicio político, pues, es un juicio de valor teleológico”.²⁷ De este modo, se produce una conexión entre la obediencia y el buen gobierno. En tanto se produzca este, se cumplirá aquella.

Asís Roig establece una distinción relevante y sutil entre dos conceptos diferentes pero relacionados: el deber o la obligación de gobierno y el deber o la obligación de “buen gobierno”.²⁸ Ambos conceptos son esenciales para entender las responsabilidades de los gobernantes y las expectativas que la sociedad tiene hacia ellos, particularmente frente a la consiguiente legitimidad y obediencia que se espera de estos.

La primera categoría, el deber o la obligación de gobierno, surge cuando las personas deciden unirse bajo un poder común para formar una entidad política. En ese momento se generan un conjunto de deberes morales que los gobernantes deben cumplir para llevar a cabo el gobierno, considerado como algo intrínsecamente bueno. Este deber de gobierno abarca la responsabilidad de mantener la convivencia pacífica y establecer un sistema jurídico-político sólido, independientemente del tipo de poder ejercido. La formulación clásica de esta idea se encuentra en Platón, aunque fue Locke quien la expuso de manera más clara al enumerar varias obligaciones para los gobernantes, indispensables para la continuidad de la comunidad.²⁹ Su principal objetivo era preservar el pacto social y mantener la cohesión y seguridad de la sociedad. De esta manera, Locke nos dice que “el deber o la obligación de gobierno se justifica, en principio, solo por el objetivo de mantener la sociedad o, si se prefiere, la seguridad, sin tener en cuenta las libertades”. Es más bien que, “con el tiempo y los cambios en las estructuras políticas y sociales, este deber ha evolucionado hacia un deber de organización del poder y protección de las libertades fundamentales”.³⁰

De otro lado, el deber o la obligación de “buen gobierno” mejora y amplía el concepto del deber de gobierno. No solo se enfoca en establecer las condiciones necesarias para la gobernabilidad, sino también en implementarlas de manera efectiva y orientarlas hacia objetivos específicos. En términos clásicos, este deber también se conoce como “deber de recto gobierno”.³¹ Así, lo que en un inicio consistía solo en

²⁷ Georg Jellinek, *Teoría general del Estado* (México: Fondo de Cultura Económica, 2004), 239.

²⁸ El autor nos recuerda que el término “deber de buen gobierno” es empleado, por ejemplo, por Bentham, quien lo identifica con el procurar placeres y evitar penas o con la producción de la felicidad. También Platón habla de recto gobierno como aquel que usa su ciencia con miras a conservar y mejorar la ciudad. Y Francisco Suárez afirma que “cuando el poder ha sido dado inmediatamente por los mismos hombres, es evidéntísimo que no ha sido dado para utilidad del príncipe sino para el bien común de los que lo han dado”. Así en Rafael de Asís Roig, “Deberes y obligaciones en la Constitución” (Tesis doctoral, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 1990), 591. <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/15827>.

²⁹ De Asís Roig, “Deberes y obligaciones en la Constitución”, 592.

³⁰ John Locke, *Ensayo sobre el gobierno civil*, trad. de A. Lázaro Ros (Madrid: Aguilar, 1980).

³¹ De Asís Roig, “Deberes y obligaciones en la Constitución”, 591.

procurar la gobernabilidad, en el mundo moderno va adquiriendo la connotación de un deber de organización del poder y de defensa de las libertades. Ahora ya se encuentra orientado hacia unos fines determinados, de tal modo que

... sería aquel que estuviese destinado hacia los valores de libertad e igualdad, con todo lo que ello significa. Así, el concepto “buen”, significa en este caso, aquello que es considerado como bueno por la comunidad dialógica, y [...] donde mejor va a encuadrar es dentro de un Poder democrático.³²

De este modo, la distinción entre el deber de gobierno y el deber de buen gobierno termina siendo crucial para comprender las responsabilidades y expectativas que recaen sobre los gobernantes. El deber de gobierno se enfoca en mantener la paz, la estabilidad y la cohesión social, pero ya resulta insuficiente, no colma las expectativas, los intereses generales lo sobrepasan, por lo que el deber de buen gobierno va un paso más allá al orientarse hacia la promoción de la libertad, la igualdad y el bienestar de todos los ciudadanos en un marco democrático.

Los intereses y valores que sustentan la legitimidad deberían, idealmente, incluir a todos los sectores y grupos de la sociedad, reforzar las instituciones democráticas y garantizar los derechos fundamentales. Solo de esta manera se logrará su acatamiento y obediencia mayoritaria, pacífica en principio, y solo excepcionalmente se necesitará el uso de coacción.³³ Solo así podemos hablar de “bien común”. Como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos], como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana.³⁴

³² De Asís Roig, “Deberes y obligaciones en la Constitución”, 597.

³³ Como señala Lucio Levi, “Gobierno”, en *Diccionario de política*, ed. por Norberto Bobbio, Nicola Matteucci y Gianfranco Pasquino (2.^a ed. México: Siglo Veintiuno, 1983), 711: “el uso de la fuerza (o la amenaza de recurrir a ella) ha sido siempre el medio específico que han tenido a su disposición las autoridades del gobierno para garantizar la supremacía de su poder. Sin embargo, puede decirse que un gobierno será fuerte si se funda en el consenso, mientras que ningún gobierno podrá subsistir a la larga si está constreñido a imponerse siempre por la fuerza”.

³⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), solicitada por el Gobierno de Costa Rica, de 13 de noviembre de 1985, párr. 66.

El brazo ejecutor del Estado, la Administración pública, es el instrumento clave para la realización de estos fines, resumidos en el concepto de “bien común”; de carácter vicarial, al servicio de los ciudadanos para la satisfacción de sus necesidades y en beneficio del interés general. De ella depende, en gran medida, el nivel de legitimidad percibida por los ciudadanos. Debe ser una Administración activa y eficaz, no una entidad que se limita al *laissez-faire*. En otras palabras, ha de ser una “buena administración”, más allá del simple cumplimiento de las normas o el mero respeto al principio de legalidad;³⁵ una Administración que refleje el ejercicio del poder público orientado fundamentalmente a cumplir con el deber, a garantizar y hacer efectivos los derechos fundamentales de los ciudadanos. Como afirmó el Tribunal Constitucional peruano:

Los poderes públicos, en general, tienen un deber especial de protección de los derechos fundamentales de la persona. Tal deber de protección exige la actuación positiva de aquéllos. Tratándose de órganos administrativos, tal función comprende todas aquellas actuaciones positivas que la Constitución o las leyes le atribuyen para tal protección de los derechos fundamentales, tanto frente a actos del propio Estado como respecto a los provenientes de particulares. En consecuencia, si un órgano administrativo omite el cumplimiento de la actuación positiva destinada a la protección de derechos fundamentales de la persona frente a actos del propio Estado o de particulares, habrá incurrido en la omisión de su deber de protección de derechos fundamentales y, en consecuencia, los habrá afectado. Como se aprecia, la lesión de derechos fundamentales del órgano administrativo tiene lugar aquí no como consecuencia de una acción, sino por la “omisión” de una actuación positiva.³⁶

Se trata de una Administración pública que obre en favor del interés general, o también del interés público, el cual se refiere al conjunto de acciones y bienes que, mediante un criterio consensuado, la mayoría de los ciudadanos considera esencial, valioso y relevante para la convivencia social. En otras palabras, engloba todo lo que, por consenso generalizado, se percibe como útil, valioso y trascendental para la cohesión social, hasta el punto de exigir que el Estado lo incorpore como uno de sus objetivos primordiales. Como expresó la alta corte peruana: “Por tal imperativo, el cuerpo político jamás podrá tener como objetivo la consagración de intereses particulares”.³⁷

Años después, el Tribunal Constitucional amplió y aclaró el concepto de interés público, asumiendo que se trata de un concepto equivalente al de interés general,

³⁵ Graciela Ruocco, “La ‘buena administración’ y el ‘interés general’”, *A&C. Revista de Derecho Administrativo & Constitucional* 12, n.º 49 (2012): 34.

³⁶ Perú, Tribunal Constitucional, Exp. STC 0537-2006-AA, f. j. 11.

³⁷ Perú, Tribunal Constitucional, Exp. STC 3283-2003-AA/TC, f. j. 33.

y que, como fin del Estado, le corresponde a la Administración pública su cumplimiento. Así, expresó:

El interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa. La administración estatal, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, asume el cumplimiento de los fines del Estado teniendo en cuenta la pronta y eficaz satisfacción del interés público.³⁸

La legitimidad del Estado y su poder se fundamentan en la búsqueda y garantía del bien común, un concepto que ha evolucionado y se ha adaptado a las circunstancias históricas, sociales, políticas y económicas. A su vez, este bien común está, como hemos visto, intrínsecamente ligado al interés general, que contiene las aspiraciones y necesidades de la colectividad, y que motiva la acción y la organización de la Administración pública.

El ejercicio del poder del Estado se legitima únicamente cuando se alinea con estos fines, y la eficacia de su ejercicio se mide por su capacidad para lograrlos. En ese sentido, la Administración pública, como brazo ejecutor del Estado –no el único, pero sí uno muy importante–, tiene la responsabilidad crucial de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos y de trabajar activamente para la realización del bien común y el interés general. Así, la legitimidad del Estado no solo depende de su capacidad para realizar estos fines, sino también de la percepción de los ciudadanos sobre su eficacia y su compromiso con estos ideales.

La buena administración aparece aquí como un elemento clave para la realización del bien común y del interés general, conceptos que constituyen, como se ha dicho, el fin último del Estado. Ella se refiere a la capacidad del Estado, mediante la Administración pública, para actuar de manera eficaz y eficiente en la consecución de sus fines y en la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Su importancia radica en la capacidad de traducir los ideales abstractos del bien común y el interés general en políticas y acciones tangibles que beneficien a la sociedad en su conjunto.

En términos más concretos, la buena administración desempeña un papel crucial en la legitimación del Estado y su autoridad. Esto se debe a que la legitimidad del Estado no solo se basa en su soberanía o en su capacidad para mantener el orden, sino también en su capacidad para promover el bienestar de sus ciudadanos, cumplir con sus expectativas y responder a sus necesidades y demandas de manera justa y equitativa. Así, una Administración que no es capaz de cumplir con estos requisitos corre el riesgo de perder su legitimidad ante los ojos de los ciudadanos.

³⁸ Perú. Tribunal Constitucional, Exp. STC 0090-2014-AA/TC, f. j. 11.

Por otro lado, la buena administración tiene un papel significativo en la promoción de la cohesión social y la armonía. A través de la efectiva implementación del bien común y el interés general, la Administración pública puede facilitar la integración social y la cooperación entre diferentes grupos y sectores de la sociedad, reduciendo así las tensiones y los conflictos sociales. Además, una Administración eficiente implica la promoción de la transparencia, la rendición de cuentas y la participación ciudadana en el proceso de toma de decisiones. Al hacerlo, no solo se asegura que las políticas y acciones del Gobierno estén alineadas con las necesidades colectivas y el interés público, sino que también se fortalece la confianza de los ciudadanos en el Estado y sus instituciones. En última instancia, la buena administración es un instrumento vital para la realización de los ideales de justicia, equidad y bienestar social, que están en el corazón de los conceptos de bien común e interés general. Su éxito en la realización de estos ideales es, por lo tanto, un indicador clave de la efectividad y legitimidad del Estado.

A manera de conclusión

El bien común siempre ha sido el fin del Estado y su poder, el elemento que lo ha dotado de legitimidad. No obstante, a lo largo de la historia su significado no ha sido el mismo. Vida buena, felicidad, seguridad, orden, libertad, derechos fundamentales, entre otros, es lo que, dependiendo del tiempo y el lugar, se ha entendido por bien común.

Hoy, a estas alturas del siglo XXI, cuando el Estado constitucional de derecho tiene varias décadas a cuestas, resulta claro que la justificación de su poder ya no solo recae en el mantenimiento de la seguridad y la paz o la felicidad. Eso hace tiempo que devino insuficiente. Ahora, junto con ello, es necesario que se garanticen la libertad y los derechos fundamentales, que se satisfaga aquello que la comunidad, hoy, en este tiempo y lugar, considera valioso y esencial para la cohesión social y de interés general; aquello que, en última instancia, constituye el fin último del cometido estatal: el bien común.

Ese bien común, cuya realización dota de legitimidad al Estado, solo es posible con la intervención del brazo ejecutor del Estado por excelencia, esto es, la Administración pública. Pero, como no se pueden lograr buenos fines sin buenos medios, para alcanzar aquellos la Administración debe actuar bien, cumplir su misión vicarial, de servicio al ciudadano, y no servirse de él. En una palabra, ha de ser una buena administración.

A partir de allí, la buena administración se erige primero como un principio de anclaje constitucional, que vertebrata la organización y el actuar de las entidades públicas, a partir del cual se desprenden tantos otros principios de manera implícita o explícita en el texto fundamental. Algunos de esos constituyen ya también derechos fundamentales: derechos al debido procedimiento, al acceso a la información

pública, a la presunción de inocencia, a la ley más favorable, al plazo razonable, etc. Y aplicados en las relaciones jurídicas de la Administración con los administrados. Lo que falta allí es reconocer que todos ellos (y otros más) no son otra cosa que el contenido de aquel derecho fundamental continente denominado derecho fundamental a la buena administración; derecho que, en Perú, la jurisprudencia todavía no se anima a reconocer, a diferencia de lo que, desde hace ya varios años, viene ocurriendo en el hemisferio.

Bibliografía

Doctrina

- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique. “Relación entre valores y principios generales de derecho en la interpretación constitucional de los derechos fundamentales en Chile”. *Revista Chilena de Derecho* 35, n.º 3 (2008): 463-484. <https://doi.org/10.4067/s0718-34372008000300004>.
- BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, Agustín. *Teoría del Estado: fundamentos de filosofía política*. 10.ª ed. México: Trillas, 2005.
- BOBBIO, Norberto, Nicola MATTEUCCI y Gianfranco PASQUINO. *Diccionario de política*. 2.ª ed. México: Siglo Veintiuno, 1983.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- BRAVO LIRA, Bernardino. “El absolutismo ilustrado en España e Indias bajo Carlos III (1759-1788). De la visión judicial a la visión administrativa del gobierno con motivo de un bicentenario”. *Revista Chilena de Historia del Derecho* (Santiago), n.º 14 (1991): 11-34.
- CASTRO BARRIGA, Alberto. “Principles of good governance and the ombudsman. A comparative study on the normative functions of the institution in a modern constitutional State with a focus on Peru”. Tesis doctoral, Universidad de Utrecht, 2019. phdthesis.finaidraft.acb.library.050819.
- CORTE IDH. OPINIÓN CONSULTIVA OC-5/85, La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), solicitada por el Gobierno de Costa Rica, de 13 de noviembre de 1985.
- DE ASÍS ROIG, Rafael. “Deberes y obligaciones en la Constitución”. Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 1990. <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/15827>.
- DELPIAZZO, Carlos E. “Centralidad del administrado en el actual derecho administrativo: impactos del Estado constitucional de derecho”. *Revista de Investigações Constitucionais* 1, n.º 3 (2014): 7-32. <https://doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40514>.
- DUMET DELFIN, David. “El derecho fundamental a la buena administración y su concreción en la tutela administrativa efectiva. Llegó la hora de su reconocimiento expreso en el Perú”. *Gaceta Constitucional*, n.º 184 (2023): 207-221.

- GARCÍA TOMA, Víctor. “Valores, principios, fines e interpretación constitucional”. *Derecho & Sociedad*, n.º 21 (2003): 190-209.
- JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2004.
- LEVI, Lucio. “Gobierno”, en *Diccionario de política*. Editado por Norberto BOBBIO, Nicola MATTEUCCI y Gianfranco PASQUINO, 2.ª ed. México: Siglo Veintiuno, 1983.
- LOCKE, J. *Ensayo sobre el gobierno civil*. Traducción de A. Lázaro Ros, Madrid: Aguilar, 1980.
- MEILÁN GIL, José Luis. “Intereses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español”. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, 1 de abril (2010): 171-198. <https://doi.org/10.21056/aec.v10i40.527>.
- MOREIRA, Adriano. “Los fines del Estado”. *Revista de Estudios Políticos*, 161 (1968): 136-166.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*. 3.ª ed. Madrid: Tecnos, 1988.
- RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. “El derecho fundamental de la persona y la buena administración (principios y derechos integrantes)”. *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* 11 (2017): 283-319.
- RUOCCO, Graciela. “La ‘buena administración’ y el ‘interés general’”. *A&C. Revista de Direito Administrativo & Constitucional* 12, n.º 49 (2012): 27-45.
- SÁNCHEZ AGESTA, Luis. “Los orígenes de la teoría del Estado en el pensamiento español del siglo XVI”. *Revista de Estudios Políticos*, n.º 98 (1958): 85-110.
- SCHULTZE, Rainer-Olaf. “El bien común”, en *Fundamentos, teoría e ideas políticas*. Volumen 1. Editado por Herminio SÁNCHEZ DE LA BARQUERA Y ARROYO, 157-165. México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

Normatividad y jurisprudencia

CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA.

CARTA IBEROAMERICANA DE LOS DERECHOS DEL CIUDADANO EN RELACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, adoptada en la XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno en la Ciudad de Panamá, los días 18 y 19 de octubre de 2013.

COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992.

ECUADOR. Código Orgánico Administrativo, de 2017.

MÉXICO. Constitución Política de la Ciudad de México.

REPÚBLICA DOMINICANA. Ley 107-13 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo. G. O. 10722 de 8 de agosto de 2013.

MÉXICO. Cuarto Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito, Tesis: I.40.A.14 A (11a.), Amparo directo 315/2021, Ruby Hurtado Bernal, 9 de diciembre de 2021.

PERÚ. Ministerio de Producción, Consejo de Apelación de Sanciones, Resolución 041-2023-PRODUCE-CONAS-CP, de 10 de mayo de 2023. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/4543194/RCONAS-00041-2023-PRODUCE-CONAS-CP.pdf?v=1683813093>.

PERÚ. Tribunal Constitucional. Exp. STC 3283-2003-AA/TC.

PERÚ. Tribunal Constitucional. Exp. STC 02235-2004-AA/TC.

PERÚ. Tribunal Constitucional. Exp. STC 03741-2004-AA/TC.

PERÚ. Tribunal Constitucional. Exp. STC 0537-2006-AA.

PERÚ. Tribunal Constitucional. Exp. 0007-2008-PI/TC.

PERÚ. Tribunal Constitucional. Exp. 0009-2008-PI/TC.

PERÚ. Tribunal Constitucional. Exp. STC 00017-2011-AI/TC.

PERÚ. Tribunal Constitucional. Exp. STC 0090-2014-AA/TC.

PERÚ. Tribunal Constitucional. Sentencia 201/2022, Exp. 00002-2021-PI/TC.

REPÚBLICA DOMINICANA. Tribunal Constitucional. Sentencia TC/0322/14, de 22 de diciembre.

Carlos Arturo Duarte Martínez* (Colombia)

Más de diez años de la reforma sobre la sostenibilidad fiscal en Colombia: el retroceso de tres derechos sociales y el papel de la Corte Constitucional**

RESUMEN

El Acto Legislativo 03 de 2011 reformó la Constitución colombiana de 1991 para incluir la sostenibilidad fiscal como un criterio orientador de la actividad económica del Estado. Frente a las decisiones de las altas cortes colombianas creó el incidente de impacto fiscal, a fin de modular su cumplimiento, y previno que su aplicación no podía llevar a menoscabar los derechos fundamentales. Más de diez años después, este escrito demuestra que, aunque la Corte Constitucional, en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad, ha dicho que la sostenibilidad fiscal es una herramienta subordinada al Estado social de derecho, en sentencias de tutela ha retrocedido en relación con tres derechos pensionales, lo cual afecta los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social. Se encuentra así que el rol de la Corte Constitucional al aplicar la sostenibilidad fiscal ha sido contrario a la misma reforma constitucional.

Palabras clave: Estado social; sostenibilidad fiscal; derechos sociales.

More than ten years after Colombia's fiscal sustainability reform: the rollback of three social rights and the role of the Constitutional Court

ABSTRACT

Legislative Act 03 of 2011 amended Colombia's 1991 Constitution to include fiscal sustainability as a guiding criterion for the state's economic activity. It created the

* Abogado y especialista en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Bucaramanga (UNAB), magíster en Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia y estudiante del doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Docente investigador de la UNAB. cduarte3@unab.edu.co. Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-7443-8510>.

** El presente texto es fruto de la investigación realizada para la clase Teoría General de la Política, del profesor Jorge Bercholc, en los cursos intensivos válidos para el doctorado de la Universidad de Buenos Aires.

fiscal impact incident, with the aim of modulating the enforcement of the decisions of Colombia's high courts, and stipulated that its application could not lead to the erosion of fundamental rights. More than ten years later, this article shows that, although the Constitutional Court, while exercising abstract constitutional control, has stated that fiscal sustainability is a tool subordinated to the social state under the rule of law, it has regressed in tutela rulings on three pension rights, which affects the fundamental rights to the vital minimum and social security. Thus, the role of the Constitutional Court in the application of fiscal sustainability has been contrary to the constitutional reform itself.

Keywords: Social state; fiscal sustainability; social rights.

Zehn Jahre nach der Reform der fiskalischen Nachhaltigkeit in Kolumbien: Rückschritte bei drei sozialen Rechten und die Rolle des Verfassungsgerichts

ZUSAMMENFASSUNG

Das Verfassungsänderungsgesetz (Acto Legislativo) 03 von 2011 reformierte die kolumbianische Verfassung von 1991 durch die Einfügung der fiskalischen Nachhaltigkeit als Kriterium zur Orientierung der staatlichen Wirtschaftstätigkeit. Mit Blick auf die Entscheidungen der obersten Gerichte Kolumbiens führte es den Aspekt der fiskalischen Auswirkungen mit dem Ziel einer stufenweisen Umsetzung ein und stellte sicher, dass seine Anwendung nicht zu einer Einschränkung der Grundrechte führen würde. Mehr als zehn Jahre später macht dieser Beitrag deutlich, dass das Verfassungsgericht im Rahmen seiner abstrakten Normenkontrolle trotz seiner Feststellung, es handle sich bei der fiskalischen Nachhaltigkeit um ein nachgeordnetes Instrument des sozialen Rechtsstaates, in seinen Rechtsschutzentscheidungen bei drei Rechtsansprüchen in Rentenfragen zurückgewichen ist, wodurch die Grundrechte auf ein unverzichtbares Mindesteinkommen und soziale Sicherheit beeinträchtigt werden. Damit steht das Verfassungsgericht bei der Umsetzung der fiskalischen Nachhaltigkeit im Widerspruch zur Verfassungsreform.

Schlüsselwörter: Sozialstaat; fiskalische Nachhaltigkeit; soziale Rechte.

Introducción

A finales del siglo XX, los cambios constitucionales en Latinoamérica llevaron a adaptar la cláusula de Estado social de derecho. Colombia lo hizo en 1991, en un contexto de desigualdad económica que llevó a la constitucionalización de los derechos sociales y a que el Estado asumiera la intervención en la economía para satisfacerlos. El desarrollo progresivo se ha hecho con una importante participación de la Corte Constitucional, debido a que la población ha acudido a esta jurisdicción en búsqueda de la protección judicial de los derechos sociales. El tribunal constitucional colombiano ha desarrollado, desde los años noventa, tesis favorables que pueden ser

aplicadas por cualquier juez del país para asegurar la eficacia de tales derechos. Ello ha resultado en la emisión de órdenes judiciales que implican gastos económicos inicialmente no contemplados por los poderes Ejecutivo y Legislativo del Estado.

Durante la segunda década de vigencia de la Carta Política de 1991 se promovieron reformas para regular esos impactos económicos, hasta la aprobación por el Congreso de la República del Acto Legislativo 03 de 1 de julio de 2011, con el cual se modificó el artículo 334 de la Constitución que atribuye al Estado la dirección general de la economía. En adelante, todas las ramas del poder público deben tener una orientación hacia la sostenibilidad fiscal, de modo que las erogaciones del erario estén soportadas en un marco fiscal “como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho”.

Para las sentencias de las altas cortes (Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado y Comisión Nacional de Disciplina Judicial) cuyo cumplimiento tenga un impacto considerable “en las finanzas públicas”, el acto legislativo creó el incidente de impacto fiscal (en adelante, IIF), que se tramita a solicitud del Gobierno nacional o de la Procuraduría General de la Nación y busca que, a partir del “plan concreto para su cumplimiento”, el tribunal respectivo llegue a “modular, modificar o diferir los efectos”. Al propio tiempo, se prohíbe “invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar los derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva”.

Las críticas al Acto Legislativo 03 de 2011 han sido intensas. En efecto, Quinche lo incluye dentro de las reformas que en su criterio hacen un “asalto directo a las garantías dispuestas en la Constitución”, pues la sostenibilidad fiscal y el IIF fueron “diseñados para eludir el cumplimiento de los derechos sociales”.¹ Por su parte, Arango lo concibe como el puente para transitar de un Estado social a un “Estado fiscal”, porque la sostenibilidad lleva a que se prefieran las razones de conveniencia económica y presupuestal por sobre las razones jurídicas a favor de la protección de los derechos fundamentales.² Barbosa, de su lado, destaca que con la reforma constitucional se elimina la fuerza de cosa juzgada de las sentencias de las altas cortes y la independencia que deben tener frente al Gobierno nacional.³ Mientras que Bazán no duda en reconocer que el IIF “es una figura potencialmente restrictiva de [los] derechos [sociales], en tanto impide el cumplimiento directo y efectivo de las sentencias judiciales”.⁴ A su turno, Novoa expone que en realidad se trata de una reforma a la justicia y en contra de las sentencias estructurales de la

¹ Manuel Quinche, *Reformismo constitucional* (Bogotá: Ibáñez, 2017), 182.

² Rodolfo Arango, “Sustitución del Estado social de derecho por un Estado fiscal”, *Revista Zero* 27, n.º 1 (2010): 71.

³ Francisco Barbosa, “La sostenibilidad fiscal: desafío al Estado social de derecho en Colombia”, *Revista de Derecho Público*, 33 (2014): 9-15.

⁴ Víctor Bazán, “La efectivización de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, frente a casos de crisis financieras y/o económicas”, *Revista da Ajuris*, n.º 150 (2021): 461.

Corte Constitucional.⁵ Y Quiroga-Villamarín relaciona la sostenibilidad fiscal con una herramienta para limitar los efectos económicos, en especial de las decisiones de la Corte Constitucional, que históricamente ha asumido un “rol activista y progresista” en la garantía de los derechos sociales.⁶ Roa, para concluir con la galería de reparos a la reforma, pone de relieve que alrededor de la sostenibilidad fiscal se encuentra el debate sobre la legitimidad de los jueces constitucionales para adoptar decisiones con consecuencias económicas, pero no duda de que el IIF conduce a “la infraaplicación judicial de la Constitución”.⁷

Al buscar estudios sobre la aplicación del Acto Legislativo 03 de 2011 se encuentran algunos que son parciales: se centran en reflexiones teóricas,⁸ en poner de presente el limitado desarrollo legal que tuvo el IIF,⁹ en los problemas que el trámite del IIF puede tener¹⁰ y en el impacto regresivo sobre determinados derechos sociales.¹¹

En el presente documento se aborda la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la sostenibilidad fiscal a fin de establecer si han resultado ser ciertas las advertencias que diferentes doctrinantes hicieron durante los primeros años de vigencia del Acto Legislativo 03 de 2011. En particular, se busca determinar si esa reforma constitucional ha llevado a privilegiar los argumentos de sostenibilidad fiscal por encima de los argumentos de protección de los derechos fundamentales.

Este texto abre la oportunidad para demostrar o desvirtuar de manera objetiva las críticas atrás enunciadas, y es necesario porque la mayoría de ellas se hicieron en

⁵ Armando Novoa, “El Estado social de derecho y la sostenibilidad fiscal: reforma a la justicia y derechos”, en *Memorias para la democracia y la paz: veinte años de la Constitución Política de Colombia*, comp. por Camilo González (Bogotá: Alcaldía de Bogotá, 2002), 321-323.

⁶ Daniel Quiroga-Villamarín, “Recontextualizando la globalización. El ‘espacio intermedio’ de la sostenibilidad fiscal en Colombia”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 22* (Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2016), 559.

⁷ Jorge Roa Roa, “Activismo judicial, legitimidad democrática de la protección judicial de los derechos e incidente de impacto fiscal”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 23* (Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2017), 470-472.

⁸ Germán López-Daza, “Los derechos sociales en Colombia y el principio de sostenibilidad fiscal”, *Revista Dixi* 14, n.º 15 (2012): 28-32.

⁹ Jairo Castaño, *Las cláusulas de disciplina fiscal en las constituciones del Estado social de derecho* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019), 213-220; Bazán, “La efectivización de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales”, 463; Quiroga-Villamarín, “Recontextualizando la globalización”, 462-463.

¹⁰ Roa Roa, “Activismo judicial”, 476-477.

¹¹ María Jaimes, “El precedente de descongestión de la Ley 1437 de 2011 como fuente de regresividad de los derechos pensionales en la aplicación de la Ley 100 de 1993 en el sector público” (tesis de abogada, Universidad Autónoma de Bucaramanga, 2020), 42-49 y 54-58; Wilmer Sierra, “El incidente de impacto fiscal en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado”, *Misión Jurídica* 13, n.º 19 (2020): 208-226; Dubier Celis, “Prácticas discursivas y justiciabilidad de los derechos sociales. Usos discursivos de los derechos sociales en la justicia constitucional colombiana”, *Estudios de Derecho* 72, n.º 160 (2015): 158-162.

un tiempo cercano a la aprobación de la reforma constitucional. Pero más de una década después ya es posible evaluar si la jurisprudencia de la Corte Constitucional incurrió en las consecuencias advertidas o, por el contrario, supo evitarlas.

El trabajo hace una verificación empírica del accionar de la Corte Constitucional desde la entrada en vigencia del Acto Legislativo 03 de 2011. Se analizan 66 sentencias de constitucionalidad, de tutela y de unificación, identificadas con el buscador de relatoría de la Corte, filtrando como temas “sostenibilidad fiscal” e “incidente de impacto fiscal”. Se incluyen también autos que son relevantes por negar la nulidad de algunas de las sentencias analizadas.

Se exponen los argumentos de las sentencias desde cuatro problemas jurídicos que la Corte Constitucional ha tenido que resolver sobre la relación derechos sociales-sostenibilidad fiscal. El primer problema jurídico se ha resuelto en control abstracto de constitucionalidad, con un saldo en líneas positivas para los derechos sociales, pues la Corte ha aplicado las garantías previstas en el texto de la reforma constitucional para no menoscabarlos.

No obstante, respecto de los otros tres problemas jurídicos que surgen en el contexto de las revisiones de acciones de tutela, la Corte Constitucional ha utilizado la sostenibilidad fiscal como argumento para disminuir la protección de tres derechos de la población pensionada. Aunque estos derechos tienen un origen legal, están estrechamente vinculados con los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital. Este retroceso implica una reducción en el costo de los derechos de los pensionados, lo cual se traduce en una disminución de la protección que dichos individuos reciben.

Esto ha sucedido sin que la Corte Constitucional haya tramitado algún IIF y en completa contradicción con el tenor literal del mismo Acto Legislativo 03 de 2011. Es claro que en la jurisprudencia del alto tribunal la argumentación favorable a la sostenibilidad fiscal ha tenido prioridad frente a la de la protección de derechos pensionales.

Se anticipa que la sostenibilidad fiscal ha hecho presencia en la resolución de varios problemas jurídicos por la Corte Constitucional, y en cada uno se encuentran diferentes tesis, que pueden variar en cortos lapsos y ser incluso contradictorias entre sí. En cada caso se dejará registro de ello. En esta exposición se incluyen algunas sentencias anteriores a la expedición del Acto Legislativo 03 de 2011, a fin de mostrar cómo este llevó a variar las respuestas que ya se habían construido.

En este escrito se examina la relación entre el derecho constitucional y el derecho de la seguridad social, centrándose en las transformaciones que han surgido a raíz de la reforma constitucional en materia de sostenibilidad fiscal. Se destaca que los tres derechos analizados en este contexto se fundamentan en un marco legal previo a la Constitución de 1991, y se evidencia cómo se produce un retroceso al dejar de lado estándares de protección más sólidos que se habían establecido antes de la implementación de la reforma constitucional.

El texto se divide en dos grandes partes. En la primera se explican los proyectos de reforma constitucional sobre la justicia constitucional que fueron improbados y que son antecedentes del Acto Legislativo 03 de 2011. En el segundo se exponen los escenarios jurisprudenciales sobre derechos fundamentales y sostenibilidad fiscal, destacándose la manera en que la sostenibilidad fiscal ingresó a la argumentación de la Corte. Después, se plantean las conclusiones.

1. Corte Constitucional, protección judicial de los derechos sociales y antecedentes del Acto Legislativo 03 de 2011

La protección judicial brindada por la Corte Constitucional a los derechos sociales¹² ha llevado desde hace varios años a discutir sobre el impacto económico de esas decisiones. Desde luego que la mayoría de las decisiones en materia de derechos sociales y sin excepción en los amparos estructurales implican erogaciones presupuestarias, lo que en modo alguno es desconocido para la Corte.

Roa destaca que el alto tribunal colombiano ha seguido mayoritariamente la tradición del garantismo y del neoconstitucionalismo. Advierte que estas corrientes reconocen una alta legitimidad a los jueces para tomar decisiones con efectos económicos, quienes deben garantizar “el contenido constitucionalmente protegido de cada derecho” y confían en que la ponderación puede lograr un equilibrio entre argumentos jurídicos y razones económicas, incluso en escenarios de escasez.¹³

Entonces, las órdenes judiciales dadas para satisfacer los derechos sociales asumen la representación de sectores que no tienen la fortaleza de impactar en los escenarios democráticos y formales de decisión, para asegurar que legislativamente se apropian los recursos necesarios para la garantía de sus derechos. Todo lo anterior genera problemas para la democracia. Como resalta Bercholc, resulta muy bien fundada aquella crítica que resalta el carácter poco democrático del control de constitucionalidad:¹⁴ si ya es complejo que miembros de una élite académica y minoritaria, que no participan en los comicios electorales, invaliden las leyes de las asambleas legislativas, mucho más lo es que asuman el diseño, planeación, ejecución y evaluación de ciertos planes de gobierno o políticas públicas.

¹² Sobre la utilización de los principios de progresividad y no regresividad por la Corte Constitucional en control concentrado de constitucionalidad véase Juan Upegui, *Doce tesis en torno al concepto de Estado social de derecho* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009), 72; sobre las tesis desarrolladas por la Corte Constitucional para proteger los derechos sociales mediante la acción de tutela véase Alfredo Bateman *et al.*, *La garantía de los derechos sociales* (Bogotá: Universidad Javeriana, 2009), 113-117; sobre el amparo estructural a los derechos fundamentales véase Andrés Gutiérrez, *El amparo estructural de los derechos* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018).

¹³ Roa Roa, “Activismo judicial”, 463-464.

¹⁴ Jorge Bercholc, *La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad respecto a los otros poderes políticos del Estado* (Buenos Aires: Ediar, 2004), 33-47.

La actividad protagónica de la Corte Constitucional, tanto en la defensa judicial de la Constitución como en escenarios no previstos inicialmente, ha causado choques institucionales. Vale destacar que desde el año 2002 se empiezan a discutir en el Congreso de la República proyectos de actos legislativos para reformar la rama judicial, siendo uno de los móviles principales la intención de mermar los efectos económicos de las decisiones de la justicia constitucional.

Estos intentos se dan por iniciativa del Gobierno nacional encabezado por el presidente de la República, Álvaro Uribe Vélez (2002-2010). En 2002 se presentó el proyecto de reforma que se resume en el siguiente cuadro.

Cuadro 1.

Proyecto de reforma de 2002 al artículo 86 de la Constitución

| | |
|--|--|
| Título | "Por medio de la cual se reforma la Constitución Política en materia de administración de justicia" |
| Proyecto 10/02 Senado. | "Artículo 86. Toda persona, natural o jurídica, tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces no colegiados, competentes de acuerdo con la ley, en todo momento y mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de los derechos fundamentales <i>de que trata el Capítulo I del Título II de la Constitución, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.</i> [...] Esta acción [de tutela] sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. No habrá tutela contra decisiones judiciales, <i>ni a través de ella podrán los jueces imponer a las autoridades públicas obligaciones de imposible cumplimiento o que supongan alterar las Leyes, Ordenanzas o Acuerdos del Plan de Desarrollo o del Presupuesto Nacional, Departamental o Territorial</i> " (énfasis agregado). |
| <i>Gaceta del Congreso, n.º 484 de 2002.</i> | |
| Archivo: primer debate | |

Los cambios eran profundos: i) los derechos fundamentales previstos en el Capítulo I del Título II de la Constitución son los derechos civiles y políticos, lo que excluía a los derechos sociales del ámbito de protección de la acción de tutela, tanto individual como estructural; y, además, ii) se impedía cualquier alteración a los planes de desarrollo y presupuestos que son votados por el Congreso de la República, las asambleas departamentales y los concejos municipales, y que contienen la financiación para los proyectos, planes y estrategias definidos por los gobiernos nacional y locales; por lo que si en ellos se omitía un aspecto relevante para la satisfacción de los derechos fundamentales, nada podía ser modificado por la justicia constitucional. En virtud de esta reforma, mediante sentencias de acción de tutela solo se habrían podido proteger derechos civiles y políticos, y ordenar acciones ya contenidas en los planes y presupuestos, pero no ejecutadas por la Administración pública.

En febrero de 2004, el Gobierno nacional hizo público un borrador de proyecto de reforma a la Constitución en materia de administración de justicia, que no llegó a ser presentado al Congreso. En el cuadro 2 se resaltan las propuestas que traía para reformar la Corte Constitucional y las acciones de inconstitucionalidad y de tutela.

Cuadro 2.

Borrador de proyecto de 2004 para reformar la justicia constitucional

| | |
|--------------------------------|---|
| Acción de tutela | "Cuando la tutela implique la extensión de las obligaciones a supuestos no previstos por las disposiciones legales pertinentes, la respectiva sentencia se deberá modular de forma tal que permita obtener la fuente de financiación para su cumplimiento". ¹⁵ |
| Acción de inconstitucionalidad | "Los fallos que tengan efectos macroeconómicos en caso de implicar la realización de gasto público, deberán señalar los recursos para su cumplimiento". ¹⁶ |
| | "El Gobierno nacional, de acuerdo con el procedimiento que establezca la ley, podrá solicitar la reconsideración de los fallos de contenido económico cuando establezcan obligaciones no previstas en la ley o afecten gravemente la estabilidad fiscal o macroeconómica del país". ¹⁷ |

Al igual que en 2002, se mantiene como propósito supeditar el cumplimiento de las sentencias a la existencia de recursos económicos, por lo que los jueces de tutela solo podrían ordenar las actuaciones con apropiaciones presupuestales, pero no realizadas. Ambos proyectos llevan a que los jueces, pese a definir los contenidos de los derechos fundamentales y verificar su transgresión, no puedan asegurar por sí mismos su pleno disfrute.

También, un lector atento podrá notar que "el procedimiento que establezca la ley" para solicitar la reconsideración de los fallos que afecten gravemente la estabilidad fiscal del país, que quería el Gobierno nacional en 2004, resultó ser el IIF.

¿Cómo fue esto posible? Bien podría decirse que se trató de una estrategia desarrollada en los siguientes pasos: i) el Acto Legislativo 03 de 2011 nunca se presentó como una reforma a la justicia sino a la hacienda pública; ii) fue la oposición quien advirtió los efectos inhibitorios que la sostenibilidad fiscal tenía para la autonomía de la justicia constitucional, y iii) solo hasta el séptimo o penúltimo debate aparece el IIF

¹⁵ Novoa, "El Estado social de derecho y la sostenibilidad fiscal", 320; Libardo Herreño, "Las reformas a la justicia constitucional y a los derechos sociales", en *Estado de derecho y sentencias judiciales: seguridad jurídica y garantismo*, ed. por Rodrigo Uprimny et al. (Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 2007), 86.

¹⁶ Herreño, "Las reformas a la justicia constitucional y a los derechos sociales", 88.

¹⁷ Esteban Hoyos, "La acción pública de inconstitucionalidad en temas de hacienda pública" (tesis de abogado, Universidad de los Andes, 2004), 14.

como propuesta para superar esas críticas, siendo interés de la oposición dejar escrito que con la sostenibilidad fiscal “en ningún caso se afectará el núcleo esencial de los derechos fundamentales” ni “restringir su alcance o negar su protección efectiva”.¹⁸

El IIF regulado en la reforma constitucional tiene muchos problemas. No es claro si es un escenario para asegurar la protección de los derechos fundamentales o para proteger las finanzas públicas; impacta de manera directa la eficacia de las órdenes judiciales, pues parecería ineludible para las altas cortes “modular, modificar o diferir” los efectos de estas. E incluso las cláusulas de salvaguardia previstas a instancia de la oposición se contradicen entre sí: la teoría del núcleo esencial expone que el contenido amparado por un derecho fundamental está distribuido entre el núcleo esencial y la periferia dúctil, siendo factible moldear solo lo que corresponda a esta última. En ese sentido, si lo intangible para la sostenibilidad fiscal es el núcleo esencial, los jueces sí tendrían al menos que restringir la protección brindada por la periferia dúctil, lo que valida retrocesos parciales respecto de los derechos sociales. Es decir, la Corte Constitucional debería no solo modular los efectos de sus fallos, sino modificar sus precedentes en lo que no afecte al núcleo esencial.

Son entendibles las críticas en contra del Acto Legislativo 03 de 2011 registradas al inicio de este documento. Este se une a la tradición del reformismo constitucional colombiano, que ha conducido a que hasta el momento se hayan aprobado 57 reformas a la Constitución de 1991, de las cuales solo una fue aprobada directamente por el pueblo y las demás por el Congreso de la República. Este es un viejo vicio del constitucionalismo colombiano. Por ende, el Acto Legislativo 03 de 2011 puede verse como la materialización de un proyecto político que expresamente, desde 2004, ha querido negar la protección judicial a los derechos sociales. También, el activismo con el que se suele pensar desde la doctrina al juez garante de los derechos sociales¹⁹ podría anularse con esta reforma constitucional.

En este escenario, el desarrollo legislativo podía ser definitivo para viabilizar que la protección individual y estructural de los derechos fundamentales que había construido la Corte Constitucional pudiera continuar. Pues bien, ello se hizo en la Ley 1695 de 2013, que fue tramitada y aprobada como una ley ordinaria. La Constitución colombiana tiene una tipología de leyes en donde existe reserva de ley estatutaria para regular los “derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección”, como es la acción de tutela. Las leyes estatutarias exigen mayorías calificadas para su aprobación y un control previo de

¹⁸ Sobre el trámite de aprobación de la reforma constitucional véase Annie Duarte, María Jaimés y Natalia Pacheco, “La sostenibilidad fiscal y la regresividad de derechos sociales: un primer momento de análisis”, *Temas Socio-Jurídicos* 36, n.º 72 (2017): 68-73.

¹⁹ Víctor Bazán, “Un intento de aporte, fundamentalmente en clave de derecho internacional de los derechos humanos, al documento de Casal sobre ‘La garantía constitucional de los derechos sociales: progresos y dificultades o zonas de tensión’”, en *La protección de los derechos sociales: las sentencias estructurales*, ed. por Víctor Bazán (Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2015), 68.

constitucionalidad. Esto llevó a la Corte Constitucional a que, en Sentencia C-870 de 2014,²⁰ declarara la validez de la Ley 1695 de 2013, a condición de que no se aplicara en procesos de tutela, pudiendo serlo en procesos de otra naturaleza tramitados ante el Consejo de Estado o la Corte Suprema de Justicia.

Lo anterior explica que en el siguiente apartado no se analice ni una sola providencia proferida por la Corte Constitucional en algún IIF.

2. Escenarios jurisprudenciales sobre la sostenibilidad fiscal

En total se encontraron 66 sentencias de la Corte Constitucional relacionadas con la sostenibilidad fiscal, proferidas luego de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 03 de 2011. Sus análisis se exponen en dos grupos: i) en el primero se encuentran 14 sentencias que de manera general defienden la idea de que la sostenibilidad fiscal y el IFF no pueden afectar la cláusula de Estado social, debido a que están subordinadas a sus propósitos; y ii) en el siguiente se tienen 52 sentencias en las que la Corte, al resolver casos individuales, reinterpreta algunos de los derechos pensionales en clave de sostenibilidad fiscal: reducir su costo para que el sistema pensional tenga que hacer menores erogaciones.

Debe destacarse que la Corte en sus sentencias suele resolver diferentes problemas jurídicos, según los aspectos planteados por las partes procesales. Los escenarios jurisprudencialmente aquí construidos tan solo abordan el problema jurídico relacionado con la sostenibilidad fiscal. Los demás no son objeto de análisis. En total son cuatro escenarios jurisprudenciales los que serán expuestos.

2.1. La sostenibilidad fiscal y el IIF como herramientas subordinadas a la cláusula de Estado social de derecho

El problema jurídico común que tuvo que responder la Corte Constitucional en control abstracto de constitucionalidad se puede formular de la siguiente manera:²¹ ¿es posible, a partir de la sostenibilidad fiscal, restringir el contenido de los derechos fundamentales?

En algunas providencias involucradas, la Corte Constitucional define si la sostenibilidad fiscal y el IIF sustituyen la Constitución de 1991. En otras, en virtud de los

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-870 de 2014, M.P. L. G. Guerrero.

²¹ Corte Constitucional, sentencias C-288 de 2012, M.P. L. Vargas; C-1052 de 2012, M.P. J. Pretelt; C-258 de 2013, M.P. J. Pretelt; T-283 de 2013, M.P. J. Pretelt; T-443 de 2013, M.P. J. Pretelt; C-581 de 2013, M.P. N. Pinilla; C-753 de 2013, M.P. M. González; C-313 de 2014, M.P. G. Mendoza; C-870 de 2014, M.P. L. Guerrero; C-658 de 2016, M.P. M. Calle; C-093 de 2018, M.P. J. Reyes y G. Ortiz; C-110 de 2019, M.P. A. Linares; C-405 de 2020, M.P. A. Linares; C-322 de 2021, M.P. A. Linares.

cargos de inconstitucionalidad presentados por los ciudadanos o por la naturaleza de las objeciones presidenciales, la Corte tiene que utilizar las salvaguardas previstas en el Acto Legislativo 03 de 2011 a favor de los derechos fundamentales como parámetros para determinar la validez de algunas leyes o proyectos de ley. Como resultado general se encuentra que la Corte, al tener que analizar directamente el texto de la reforma constitucional, no da mayores posibilidades de afectar los derechos fundamentales, aunque se registra una notable excepción: la Sentencia C-258 de 2013.

Dentro del primer grupo de sentencias se enlistan la C-288 de 2012 y la C-1052 de 2012. Ellas realizan la mejor lectura posible del Acto Legislativo 03 de 2011 para ensamblarlo al sistema constitucional colombiano. Sus argumentos se orientan en un sentido muy diferente al temor de sus críticos: la sostenibilidad fiscal no es un principio jurídico, y junto con el IIF no integra la parte dogmática de la Constitución ni se incrusta dentro del programa axiológico constitucional: de allí que la sostenibilidad no sea ponderable con los derechos fundamentales; por el contrario, la sostenibilidad fiscal y el IIF hacen parte de la Constitución económica y están subordinados a la realización de la cláusula de Estado social de derecho. De este modo, para la Corte, el Acto Legislativo 03 de 2011 tiene con la Constitución de 1991 la misma relación existente entre un instrumento y su fin. Como instrumento, persigue limitar “la diferencia entre los ingresos nacionales y los gastos públicos”.²²

Para la Corte Constitucional, la protección judicial de los derechos fundamentales, en especial los sociales, queda inalterada, pues la sostenibilidad fiscal tiene una teleología idéntica a la del principio de progresividad de los derechos humanos, aceptado por la teoría constitucional y sobre la base del cual la justicia constitucional ha posibilitado la garantía de los derechos sociales.²³

Es más, la Corte reconoce que la sostenibilidad fiscal es “un elemento reconocido por el constituyente con miras a evaluar políticas públicas”.²⁴

Además, se considera que el IIF no afecta la autonomía ni la independencia judicial, pues no permite que el Gobierno nacional pueda imponer a los jueces un mandato específico en su trámite.²⁵ Se destaca también que el IIF no permite a la Corte tomar decisiones discrecionales sobre derechos fundamentales, y evita que los jueces estén obligados a “realizar un estudio detallado sobre el impacto fiscal de sus decisiones”, pues ello compete al Gobierno nacional y a la Procuraduría una vez las sentencias sean notificadas. Y, además, el IIF no altera la cosa juzgada de las decisiones de la Corte, pues contenido y sentido de lo resuelto son intangibles para este, ya que lo que se puede modificar son los efectos en los que se deben cumplir las órdenes que no se pueden ejecutar de manera inmediata.²⁶

²² Corte Constitucional, Sentencia C-405 de 2020.

²³ Corte Constitucional, Sentencia C-1052 de 2012.

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-313 de 2014.

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-322 de 2021.

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-1052 de 2012.

Estas líneas interpretativas son reiteradas en los fallos que hacen parte del escenario jurisprudencial expuesto. En la Sentencia C-581 de 2013, la Corte Constitucional reconoce que las salvaguardas acogidas dentro de la reforma constitucional a los derechos fundamentales fueron determinantes para que la propia Corte, en la Sentencia C-288 de 2012, no concluyera que era una sustitución de la Carta Política. En el mismo sentido, la Sentencia C-753 de 2013 resalta que, si bien la sostenibilidad fiscal es un “parámetro de control de leyes y actuaciones administrativas” para no impactar negativamente las finanzas públicas, no puede llegar a restringir los derechos fundamentales. En la Sentencia C-870 de 2014 se reconoció que la regulación del IIF en materia de tutela tiene reserva de ley estatutaria, por lo que la Ley 1695 de 2013 no puede aplicarse frente a decisiones que protegen derechos fundamentales. Particularmente, en las sentencias C-093 de 2018, C-110 de 2019 y C-451 de 2020, al resolver objeciones presidenciales, se recordó que las finanzas públicas no son límites para los derechos fundamentales.

Los resultados de las salvaguardas de los derechos fundamentales frente a la sostenibilidad fueron positivos en el control material y directo de la constitucionalidad de leyes: i) en la Sentencia C-753 de 2013 se concluyó que las disposiciones legales demandadas no supeditaban la reparación integral de las víctimas del conflicto armado para lograr la sostenibilidad fiscal, por lo que no fueron invalidadas; y ii) en las sentencias C-093 de 2018 y C-110 de 2019, la Corte desvirtuó objeciones presidenciales fundadas en la sostenibilidad fiscal que se oponían a la entrada en vigencia de medidas legislativas progresivas para los derechos reproductivos de las personas y para las garantías laborales de las trabajadoras del servicio público de atención integral a la primera infancia. Pero se debe lamentar que en estas decisiones la Corte no vincule el principio de no regresividad de los derechos sociales con el mandato de no afectar los derechos fundamentales contenido en el Acto Legislativo 03 de 2011.

La Sentencia C-581 de 2013 registra una controversia dentro de la Corte Constitucional respecto de una disposición legal que exige a las autoridades administrativas y judiciales ajustar sus actuaciones conforme a la sostenibilidad fiscal. Para la mayoría de los magistrados del alto tribunal, las normas demandadas no establecían una excepción a la regla que prohíbe invocar la sostenibilidad fiscal para restringir los derechos de las víctimas. Sin embargo, los magistrados disidentes consideraron que la defensa de esos derechos exigía emitir una declaratoria de validez condicionada, en el sentido de que las reparaciones dispuestas a favor de las víctimas del conflicto armado no se supeditaban a criterios de sostenibilidad fiscal.

Sin embargo, también se empezaron a registrar fisuras frente a la tesis que aseguraba la continuidad de la cláusula de Estado social de derecho luego del Acto Legislativo 03 de 2011. Así, en la Sentencia C-658 de 2016, aprobada con la mínima mayoría, la Corte Constitucional ordenó que la “pensión familiar” creada en la ley demandada también tuviera como beneficiarios de la sustitución pensional a “los padres dependientes y hermanos inválidos y dependientes”, lo que inicialmente no fue previsto por el legislador debido a que ellos sí lo son para otras pensiones.

Algunos magistrados disidentes sostuvieron que la decisión de extender la sustitución pensional a personas inicialmente no previstas por la ley podía tener un impacto negativo en las finanzas públicas del sistema pensional, pues se imponía una carga no prevista en un inicio. Así, la sostenibilidad fiscal debía orientar la interpretación de la ley en otro sentido: solo se puede tener por beneficiarios de la sustitución a quienes el legislador reconoció y a nadie más.

En el escenario jurisprudencial se incluyen solo dos sentencias de tutela, y tienen en común que en los casos que la Corte resuelve se opone la sostenibilidad fiscal, entre otras razones, al cumplimiento de sentencias judiciales ya ejecutoriadas proferidas en un proceso ordinario y otro de acción popular. Para ese momento aún no se había expedido la Ley 1695 de 2013, de allí que el alto tribunal, en las sentencias T-283 y T-443 de 2013, con firmeza expusiera que la sostenibilidad fiscal no podía afectar derechos constitucionales cuya protección judicial ya había sido decidida por los jueces ordinarios.

Finalmente, la Sentencia C-258 de 2013 merece una exposición más detallada. Proferida poco menos de un año después que la C-228 de 2012, muestra cómo la sostenibilidad fiscal puede aplicarse sin un IFF. En esta ocasión, la corporación debió analizar un régimen pensional aplicable solo a congresistas y magistrados de las altas cortes, regulado en la Ley 4 de 1992. Eso llevó a que los miembros de la Corte de mayor edad tuvieran que declararse impedidos para votar la ponencia presentada, debido a que tenían un interés directo en la decisión, lo que hizo necesario convocar a varios conjuces.

Esta conformación de la Sala Plena de la Corte Constitucional llegó a la conclusión de que las pensiones surgidas en virtud de ese régimen pensional especial eran en realidad pagadas con recursos del sistema público pensional, pues la vida laboral como congresista o magistrado de alta corte es tan corta que los aportes por ellos realizados son insuficientes para financiarlas. Para la Corte, ese régimen pensional hacía que, con recursos obtenidos de los aportes realizados por los trabajadores del común, se pagaran unas pensiones excepcionales a favor de unos altos dignatarios del Estado.

La Corte Constitucional concluyó, así, que esa fórmula resultaba incompatible con el Estado social de derecho, pues con los dineros de los más débiles se pagaban unas “pensiones de privilegio”. Si bien las pensiones son subsidiadas por los sistemas pensionales, encontró la corporación que el subsidio otorgado a las pensiones de congresistas y magistrados de las altas cortes era desproporcionado. Al no ser posible calcular el valor de las pensiones de estos funcionarios según lo percibido en el año anterior al de causación de la pensión, la Corte sostuvo que resultaba aplicable, por analogía, la norma general del sistema público de pensiones: esto es, la Ley 100 de 1993, que ordena liquidar las pensiones con el promedio de los ingresos devenidos por el trabajador en los últimos diez años de servicios. Esta fórmula, en el entender de la Corte, permite que el valor de las mesadas pensionales se aproxime a la realidad de los aportes hechos durante su vida laboral por quienes llegan a tan altos cargos del Estado.

¿Y cómo la sostenibilidad fiscal aparece en la argumentación? Pues la Corte Constitucional entiende que para garantizar la sostenibilidad fiscal del sistema pensional es necesario “no permitir la continuidad de interpretaciones [de la Ley 100 de 1993] que den lugar a ventajas pensionales desproporcionadas”. Por ende, la única interpretación posible y válida es la que reduzca las erogaciones desmesuradas del sistema pensional.

En resumen, la Sentencia C-258 de 2013 se opone a todas las características con las que se ha pensado el Acto Legislativo 03 de 2011: la sostenibilidad fiscal aparece en la determinación del contenido de un derecho (el de la pensión de ciertos dignatarios del Estado) y del sentido de una sentencia de la Corte Constitucional; los efectos fiscales no son pensados por la Corte dentro de un IIF, y la sostenibilidad fiscal termina siendo un argumento jurídico que juega en contra de derechos de naturaleza pensional.

Como se verá en los escenarios jurisprudenciales sobre sentencias de tutela, este último ha sido el desarrollo más común que ha tenido la sostenibilidad fiscal en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

2.2. La reinterpretación de derechos pensionales para lograr la sostenibilidad fiscal

Con excepción de la Sentencia C-258 de 2013, todas las que aquí se analizan son proferidas en sede de revisión constitucional: de tutela o de unificación, es decir, en la resolución de casos individuales. Todas estas son resultado de tutelas interpuestas contra providencias judiciales proferidas por jueces ordinarios, algunas incluso por el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia.

Esto hace que los pronunciamientos de la Corte Constitucional lleguen cuando los casos llevan años litigándose en los estrados judiciales, pues por regla general la acción de tutela contra sentencias judiciales solo procede cuando se han agotado los recursos judiciales ordinarios. Y debe agregarse el tiempo que toma a los demandantes agotar peticiones o reclamaciones administrativas o laborales ante sus empleadores o administradores de fondos pensionales, requisito previo a demandar.

2.2.1. La indexación de la primera mesada pensional de quienes causaron el derecho a percibir pensión de jubilación bajo la vigencia de la Constitución de 1886

Este escenario jurisprudencial²⁷ gira en torno de si quienes consolidaron el derecho a percibir pensión de jubilación bajo la Constitución de 1886 tienen derecho a que

²⁷ Corte Constitucional, sentencias SU-1073 de 2012, M.P. J. Pretelt; T-103 de 2013, M.P. M. González; T-228a de 2013, M.P. N. Pinilla; SU-131 de 2013, M.P. A. Julio; T-255 de 2013, M.P. J. Pretelt; T-445 de 2013, M.P. J. Palacio; T-776 de 2013, M.P. M. Calle; T-161 de 2014, M.P. G.

se paguen las diferencias de las mesadas pensionales desde la fecha en que lo solicitaron ante el fondo pensional.

En estas sentencias la Corte Constitucional restringe parcialmente derechos fundamentales de los accionantes con apoyo en la sostenibilidad fiscal. Estos eran personas que consolidaron el derecho a recibir una pensión o realizaron la totalidad de aportes al sistema pensional bajo la vigencia de la Constitución de 1991, pero que por diversas razones tardaron meses o incluso años en ser incorporados a la nómina de pensionados. Es decir, había transcurrido un considerable lapso entre la última cotización hecha al sistema pensional y la fecha en la que percibieron el pago de la primera mesada pensional.

La razón por la que ellos demandaban era que el monto de sus pensiones fue cuantificado con los valores aportados durante su vida laboral, sin tener en cuenta la pérdida del valor adquisitivo que habían sufrido por el paso del tiempo. Dos pretensiones se elevaban en las demandas: i) reliquidar la primera mesada pensional para llevar a valor presente el monto de esos aportes pensionales, y ii) pagar la diferencia de las mesadas pensionales desde tres años, término ordinario de prescripción de los derechos laborales, anteriores a presentar la primera reclamación administrativa o laboral y hacia el futuro.

A partir del artículo 53 de la Constitución de 1991, que consagra el derecho a percibir una “remuneración mínima vital y móvil”, la Corte Constitucional ha entendido que incorpora el derecho fundamental a la indexación de la primera mesada pensional. En virtud de este, la liquidación de la primera mesada pensional debe hacerse con una fórmula matemática que actualiza el valor de los aportes al sistema pensional. De esta manera, el valor de la mesada pensional es representativo de los aportes realizados por el trabajador durante su vida laboral. Para 2012, el derecho fundamental a la indexación de la primera mesada pensional era pacíficamente reconocido por la jurisprudencia constitucional.

Pues bien, la Corte Constitucional, en la Sentencia SU-1073 de 2012, decidió que, por el efecto retrospectivo de las normas laborales, como es el precitado artículo 53, quienes se pensionaron o realizaron los aportes pensionales bajo la vigencia de la Constitución de 1886 son también titulares de la primera mesada pensional. Esta tesis se sostuvo sin tener en cuenta argumento alguno sobre la sostenibilidad fiscal, y fue presentada por la Corte como una tesis protectora de los derechos fundamentales de los pensionados, tal como lo es.

La sostenibilidad fiscal hace presencia al momento de definir cómo contabilizar la prescripción. La Corte se negó a aplicar la regla legal que entiende prescritos los derechos laborales desde tres años antes de presentarse la primera petición administrativa o laboral, para en su lugar afirmar que el mayor valor de las mesadas

Mendoza; T-182 de 2014, M.P. J. Pretelt; T-956 de 2014, M.P. G. Ortiz; SU-415 de 2015, M.P. M. Calle; SU-542 de 2016, M.P. G. Ortiz; SU-168 de 2017, M.P. G. Ortiz) y T-199 de 2018, M.P. C. Pardo.

pensionales solo se paga desde los tres años anteriores a la fecha de la notificación en la Sentencia SU-1073 de 2012 hacia el futuro.

¿Qué razones tuvo la Corte Constitucional para contar así la prescripción de los derechos? Sostuvo el alto tribunal que en el sistema de fuentes jurídicas, antes de la Sentencia SU-1073 de 2012, no había certeza de que los pensionados bajo la Constitución de 1886 fueran titulares del derecho a la indexación de la primera mesada pensional, pues los jueces ordinarios habían defendido varias interpretaciones. Y, de hecho, el criterio mayoritario defendido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia era negar tal titularidad. De allí que la Corte Constitucional resalte que solo es con la Sentencia SU-1073 de 2012 que se supera esa incertidumbre jurídica.

En este escenario, para la Corte Constitucional, el pago del mayor valor de las mesadas pensionales acumuladas por el tiempo transcurrido desde la presentación de la primera reclamación administrativa o laboral desconoce “otro principio constitucional: el de sostenibilidad fiscal consagrado en el artículo 334 de la Constitución Política”, pues serían mayores las erogaciones que el sistema pensional tendría que hacer, lo que alteraría “la posibilidad de pagar otras pensiones reconocidas a cargo del Estado [...], afectando el principio de progresividad, y el acceso a las pensiones de todos los colombianos”. La Corte apuesta por disminuir las erogaciones del sistema pensional, para que de esa manera se puedan pagar las pensiones.

La contradicción con todos los buenos argumentos expuestos en las sentencias analizadas en el primer escenario jurisprudencial ya estudiado es evidente. La sostenibilidad fiscal es un argumento jurídico que hace presencia al momento de definir el contenido normativo amparado por la justicia constitucional. La manera en que la Corte le da aplicación en la Sentencia SU-1073 de 2012 muestra que es innecesario tramitar el IIF para “proteger” la sostenibilidad fiscal. Entre la Sentencia C-288 de 2012 y la SU-1073 de 2012 hay varios meses de diferencia, y esta fue suscrita por los mismos magistrados.

Pues bien, al ser la Sentencia SU-1073 de 2012 parte del sistema de fuentes jurídicas, como precedente constitucional, desde la fecha en que fue notificada, se esperaría que en la resolución de los casos futuros sí se pudiera ordenar por jueces ordinarios y de tutela el pago de los mayores valores desde esa fecha. Pero, en las sentencias posteriores, la Corte Constitucional también ordena el pago retroactivo de los mayores valores de las mesadas pensionales desde los tres años anteriores a la notificación de cada sentencia, sin importar si, por ejemplo, la primera reclamación o el proceso judicial ordenado tuvieron lugar luego de expedirse la Sentencia SU-1073 de 2012.

Es importante destacar que se presentaron solo tres salvamentos de voto a la particular manera de contabilizar la prescripción laboral. En ellos se registra su contradicción con el texto del Acto Legislativo 03 de 2011, la Sentencia C-288 de 2012, la favorabilidad laboral y la igualdad material que ampara a sujetos de especial protección constitucional como son todos los pensionados. Y, finalmente, la tesis proclive a proteger la sostenibilidad fiscal tuvo tanto respaldo entre la mayoría de la Corte Constitucional que llevó a que los tres magistrados disidentes decidieran aplicarla.

2.2.2. *El ingreso base de liquidación no es un elemento reconocido como de transición*

Acá el escenario jurisprudencial²⁸ se plantea en torno de si las mesadas pensionales de los beneficiarios de los regímenes pensionales anteriores a la Ley 100 de 1993 se liquidan con el ingreso base de liquidación (IBL) consagrado en esta.

El régimen pensional de los congresistas y magistrados de altas cortes no era el único anterior a la Ley 100 de 1993, que preveía como IBL de las pensiones lo percibido en el último año de servicios. Los plurales regímenes pensionales del sector público anteriores a esa norma consagraban el mismo contenido normativo. La Sentencia C-258 de 2013, debido a su parte motiva y resolutive, solo era aplicable a congresistas y magistrados de alta corte, es decir, no evaluó si las pensiones pagadas con el precitado IBL con fundamento en regímenes pensionales diferentes tenían un subsidio desproporcionado.²⁹

La Ley 100 de 1993 es un régimen general que derogó la mayoría de los regímenes pensionales del sector público que existían con anterioridad. En aras de proteger las expectativas de quienes estaban próximos a consolidar el derecho a percibir la pensión, se previó un régimen de transición en virtud del cual los beneficiarios de los regímenes pensionales seguirían regulándose por ellos. De manera reiterada, en 27 sentencias, la Corte Constitucional había prohijado la interpretación de los jueces ordinarios, quienes entendieron que el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 incluía al IBL de cada régimen pensional anterior o previo, además de los requisitos de edad y la tasa de reemplazo.³⁰

²⁸ Corte Constitucional, sentencias C-258 de 2013, M.P. J. Pretelt; T-078 de 2014, M.P. M. González; SU-230 de 2015, M.P. J. Pretelt; T-060 de 2016, M.P. A. Linares; T-615 de 2016, M.P. J. Palacio; SU-210 de 2017, M.P. J. Cepeda; SU-395 de 2017, M.P. L. Pérez; T-494 de 2017, M.P. A. Linares; SU-631 de 2017, M.P. G. Ortiz; T-643 de 2017, M.P. L. Guerrero; T-661 de 2017, M.P. L. Guerrero; T-018 de 2018, M.P. J. Reyes; SU-023 de 2018, M.P. C. Bernal; T-039 de 2018, M.P. G. Ortiz; SU-114 de 2018, M.P. A. Rojas; T-360 de 2018, M.P. A. Lizarazo; T-368 de 2018, M.P. C. Pardo; T-109 de 2019, M.P. G. Ortiz; T-404 de 2019, M.P. C. Pardo; T-504 de 2019, M.P. C. Bernal; SU-575 de 2019, M.P. A. Rojas; T-619 de 2019, M.P. A. Lizarazo) y SU-136 de 2022, M.P. J. Reyes.

²⁹ La Sentencia C-258 de 2013, en su parte motiva, advierte que “en este fallo no se abordará la constitucionalidad de otros regímenes pensionales especiales o exceptuados, creados y regulados en otras normas, como por ejemplo, los regímenes del Magisterio, de la Rama Ejecutiva, de la Rama Judicial y Ministerio Público, de la Defensoría del Pueblo, del Departamento Administrativo de Seguridad, de las profesiones de alto riesgo, de los aviadores civiles, de los trabajadores oficiales, del Banco de la República, de los servidores de las universidades públicas, de Ecopetrol, del Instituto Nacional Penitenciario, o los dispuestos por convenciones colectivas, entre otros. En consecuencia, lo que esta Corporación señale en esta decisión no podrá ser trasladado en forma automática a otros regímenes especiales o exceptuados”.

³⁰ Las 27 sentencias son enlistadas en la misma SU-230 de 2015, en el ítem 2.6.1, y son las siguientes: T-472 de 2000, T-1122 de 2000, T-235 de 2002, T-631 de 2002, T-1000 de 2002, T-169 de 2003, T-625 de 2004, T-651 de 2004, C-754 de 2004, T-830 de 2004, C-177 de 2005, T-386 de 2005, T-1160 de 2005, T-147 de 2006, T-158 de 2006, T-621 de 2006, T-910 de 2006,

Pues bien, en las demás sentencias que se incluyen en este tercer escenario jurisprudencial, la Corte extendió a otros regímenes pensionales anteriores a la Ley 100 de 1993 la interpretación hecha en la Sentencia C-258 de 2013, para entender que el IBL regulado en la Ley 100 de 1993 se aplicaba a los beneficiarios de los regímenes pensionales reconocidos por ella como de transición:

- Al de la Ley 6 de 1945 o régimen pensional de servidores públicos del orden nacional, en la Sentencia T-368 de 2018.
- Al del Decreto 546 de 1971 o régimen pensional de empleados de la rama judicial y del ministerio público, en las sentencias T-060 de 2016, SU-395 de 2017, SU-631 de 2017, T-039 de 2018, SU-114 de 2018, T-360 de 2018, T-109 de 2019, T-404 de 2019, SU-575 de 2019, T-619 de 2019 y SU-136 de 2022.
- Al de la Ley 33 de 1985 o régimen pensional de servidores públicos del orden nacional, en las sentencias T-078 de 2014, SU-230 de 2015, T-615 de 2016, T-494 de 2017, T-643 de 2017, T-661 de 2017, SU-395 de 2017, T-018 de 2018, SU-023 de 2018, T-039 de 2018, SU-114 de 2018, T-109 de 2019, T-504 de 2019 y SU-136 de 2022.

Lo particular es que esa extensión es hecha por la Corte Constitucional sin probar que el subsidio a cargo del sistema pensional respecto de los otros regímenes es desproporcionado, como sucede con la Ley 4 de 1992 para magistrados de altas cortes y congresistas. Se debe destacar que los pensionados, bajo las leyes 6 de 1946 y 33 de 1985 y el Decreto 546 de 1971, son servidores públicos que debieron cotizar durante al menos veinte años de labores. Pero la orientación hacia la sostenibilidad fiscal es la misma y básica: si las pensiones tienen un costo menor, los recursos del sistema pensional alcanzarán para más personas y por más tiempo. Y esto se afirma sin que en cada sentencia se determine el monto exacto del mayor valor que tendrían las pensiones de los demandantes en caso de ser liquidadas con el IBL del último año de servicios, y sin probar la carencia de recursos para esos pagos específicos.

Votos en contra de esa extensión solo se presentan en la Sentencia SU-230 de 2015: se critica la aplicación analógica de la Sentencia C-258 de 2013 a casos distintos, el carácter regresivo de la nueva interpretación y la lesión a derechos fundamentales de pensionados. Es importante destacar que en la Sentencia SU-230 de 2015 ningún magistrado cita como fundamento de sus argumentos al Acto Legislativo 03 de 2011.

En las siguientes providencias, los salvamentos de voto se orientaron a poner talanqueras al nuevo criterio interpretativo: los pocos magistrados disidentes sostenían que solo era aplicable a los beneficiarios por la transición reconocida por la Ley 100 de 1993 que causaran su pensión luego de notificarse la Sentencia C-258 de 2013, pues los demás estaban amparados por el principio de favorabilidad. La Sentencia

T-1087 de 2006, T-251 de 2007, T-529 de 2007, T-711 de 2007, T-1001 de 2008, T-143 de 2008, T-180 de 2008, T-248 de 2008, T-019 de 2009 y T-610 de 2009.

T-615 de 2016 es la única en la que la pequeña disidencia logró aprobar esta tesis, pero la Sala Plena de la Corte Constitucional, por Auto 229 de 2017, la declaró nula por desconocer el precedente de la corporación. En la medida en que se siguieron registrando salvamentos de voto, en la Sentencia SU-023 de 2018 se da una respuesta de la mayoría de los magistrados a la disidencia: las interpretaciones más favorables del régimen de transición solo generan expectativas, no derechos adquiridos.

2.2.3. La derogatoria judicial del derecho a percibir los incrementos pensionales por persona a cargo

El escenario jurisprudencial³¹ en esta ocasión se contrajo a establecer si los beneficiarios del régimen pensional del Decreto 758 de 1990, reconocido como de transición por la Ley 100 de 1993, tienen derecho a percibir los incrementos pensionales por persona a cargo si se causó luego de su entrada en vigencia.

Aquí los argumentos sobre la sostenibilidad fiscal hacen presencia para dar el cambio más súbito de los tres analizados en el presente escrito. Si bien son más los votos contruidos a favor de los derechos fundamentales, la orientación hacia la garantía de la sostenibilidad fiscal aparece en las dos últimas sentencias para reconocer que un derecho sobre el cual la Corte Constitucional había discutido ampliamente a favor, en realidad llevaba 26 años derogado sin que nadie en el país se hubiera dado cuenta.

El debate giró en torno de un derecho pensional de los beneficiarios del régimen pensional regulado por el Decreto 758 de 1990. Las tutelas que resolvió la Corte Constitucional se interpusieron en contra de decisiones tomadas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. El derecho objeto de discusión surgía por tener el pensionado a un cónyuge o hijo en dependencia económica, y daba lugar a un pago adicional al de su mesada pensional mientras subsistiera esa situación. La Corte Suprema, a partir de una disposición legal que prescribía que esos incrementos no eran constitutivos de la pensión que se percibía, entendió que no tenían una naturaleza pensional, por lo que el derecho a percibir los pagos adicionales no estaba cubierto por la garantía constitucional de imprescriptibilidad, de donde se tenían que reclamar luego de los tres años de haber causado la pensión, so pena de que operara la prescripción extintiva. Esta tesis no sería derrotada hasta la Sentencia SU-310 de 2017.

Este fallo de unificación se profirió precisamente ante la divergencia de tesis desarrolladas por varias salas de revisión de la Corte Constitucional. La tesis vencedora

³¹ Corte Constitucional, sentencias T-217 de 2013, M.P. A. Julio; T-791 de 2013, M.P. L. Guerrero; T-748 de 2014, M.P. M. González; T-831 de 2014, M.P. J. Pretelt; T-123 de 2015, M.P. L. Guerrero; T-319 de 2015, M.P. G. Ortiz; T-541 de 2015, M.P. M. González; T-369 de 2015, M.P. J. Pretelt; T-038 de 2016, M.P. A. Linares; T-395 de 2016, M.P. A. Linares; T-460 de 2016, M.P. J. Palacio; SU 310 de 2017, M.P. A. Arrieta; T-456 de 2018, M.P. A. Lizarazo y SU-140 de 2019, M.P. C. Pardo.

en la Sala Plena, apoyada por varios magistrados encargados, sostuvo que el pago de esos incrementos sí tenía naturaleza pensional, de allí que lo único que prescribía eran las mesadas pensionales, pero no los derechos a percibir los pagos adicionales. Por ende, los beneficiarios tenían derecho a recibir el pago de los mayores valores desde tres años antes de presentar la primera reclamación administrativa o laboral.

Se resalta que las anteriores dos tesis reconocían que era posible litigar sobre el derecho a percibir incrementos pensionales por persona a cargo al estar su regulación comprendida por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, ya que ella no preveía alguna consecuencia jurídica para el pensionado que tuviera a su cónyuge o hijos a cargo económicamente. Así mismo, este debate surgió luego de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 03 de 2011, y por el hecho de no haberse mantenido ninguna tesis sobre la sostenibilidad fiscal, todos los votos emitidos por los magistrados se enlistan en la casilla “PD”.

Y aunque la Sentencia SU-310 de 2017 se proyectaba como la línea futura que debían aplicar tanto la Corte Constitucional como los jueces laborales de la jurisdicción ordinaria, mediante Auto 320 de 2018 fue declarada nula por la misma Sala Plena de la Corte Constitucional. La causal de nulidad acreditada fue la de haberse proferido sin tener en cuenta todos los aspectos de relevancia constitucional. ¿Cuál en particular? El de la sostenibilidad financiera.

Al tener que rehacer la sentencia de unificación, la Sala Plena contaba con cuatro nuevos magistrados que no habían votado la Sentencia SU-310 de 2017, incluyendo a quien fue la ponente de la SU-140 de 2019. En esta providencia la Corte llega a una conclusión que ya había sido expuesta por unos magistrados de la nueva mayoría en la Sentencia T-456 de 2018, proferida por una sala de revisión: las disposiciones del Decreto 758 de 1990 sobre el derecho a percibir los incrementos pensionales por persona a cargo fueron derogadas orgánicamente por la Ley 100 de 1993, no entraban dentro del régimen de transición y la única manera de que se pudieran percibir en la actualidad era que los supuestos se dieran antes de que la Ley 100 entrara en vigencia.

El esfuerzo argumentativo de la Corte para sostener esa tercera tesis hace pensar que en realidad aquella normatividad sufrió una “derogatoria judicial”. La idea de la sostenibilidad fiscal aparece al destacarse que la Ley 100 de 1993 busca la eficiencia de los recursos del sistema público de pensiones, que históricamente tiene problemas de financiamiento, y a ese propósito se opone el pago de incrementos pensionales que no se sustentan en el monto de los aportes hechos por sus beneficiarios durante su vida laboral, como son los del artículo 21 precitado. La fórmula se reitera: reducir el costo de las pensiones para que el dinero de las pensiones cobije a más personas y por más tiempo.

Los salvamentos de voto se orientan en un sentido similar a los vistos en los dos anteriores escenarios jurisprudenciales. Uno de ellos resalta que la Corte Constitucional no sabe en realidad cuál es el valor del costo que esos incrementos por persona a cargo tienen para el sistema pensional, y que no se cuestiona que para muchas personas de avanzada edad el dinero que reciben por ese concepto satisface su mínimo

vital; de allí que la Sentencia SU-140 de 2019 se constituya en una fuente de afectación para personas que están en una situación de debilidad manifiesta. Uno de los cuatro magistrados que no votaron la Sentencia SU-310 de 2017 salvó su voto para resaltar que la derogatoria orgánica solo podía reconocerse en un control abstracto de constitucionalidad y que, en virtud del principio de no regresividad de los derechos sociales, sobre ella operaba una presunción de inconstitucionalidad que solo se podía desvirtuar si se superaban las cargas argumentativas desarrolladas desde el derecho internacional de los derechos humanos, todo lo cual se omitió analizar.

3. Análisis y respuesta al problema de investigación

Los cuatro escenarios jurisprudenciales analizados muestran resultados mixtos sobre la aplicación del Acto Legislativo 03 de 2011 por la Corte Constitucional. Las sentencias proferidas en control abstracto de constitucionalidad han dado fiel aplicación a las salvaguardas a los derechos fundamentales incluidas en el Acto Legislativo 03 de 2011 y, en consecuencia, no han permitido el menoscabo de derechos fundamentales. En este sentido, la Corte ha sido coherente con el texto del Acto Legislativo 03 de 2011 y con la cláusula de Estado social de derecho.

Sin embargo, la jurisprudencia de tutela ha tenido una orientación clara en asegurar la sostenibilidad fiscal. Sin tramitar algún IIF, la Corte Constitucional ha construido argumentos relacionados con la sostenibilidad fiscal para definir la *ratio decidendi* y la adjudicación de derechos pensionales discutidos en sede de revisión constitucional. La influencia de la sostenibilidad fiscal ha llevado a reorientar precedentes del tribunal constitucional, a fin de reducir el pago que se debe realizar a población desplazada. En este contexto, para la Corte, lograr la sostenibilidad fiscal se ha traducido en reducir las erogaciones del sistema público de pensiones. Esta estrategia busca que con los recursos existentes se paguen más pensiones por más tiempo.

Resulta innegable que la sostenibilidad fiscal ha sido utilizada como argumento en contra de mantener la protección otorgada a tres derechos pensionales. Esto ha sido posible debido a que la Corte ha optado por no citar ni aplicar, por ejemplo, el párrafo añadido al artículo 334 de la Constitución mediante el Acto Legislativo 03 de 2011, así como el principio de no regresividad de los derechos sociales. Esta interpretación de la sostenibilidad fiscal contradice los principios del Estado social de derecho, el propio Acto Legislativo 03 de 2011 y el enfoque que la Corte adoptó en la Sentencia C-288 de 2012.

El resultado es sumamente problemático, ya que la forma en la que la Corte Constitucional está aplicando la noción de sostenibilidad fiscal coincide con los objetivos planteados por el Gobierno nacional desde 2002: restringir las posibilidades de que el poder judicial emita órdenes relacionadas con la asignación de recursos necesarios para proteger los derechos sociales. Además, el hecho de que los argumentos

basados en la sostenibilidad fiscal se hayan utilizado para perjudicar a la población pensionada revela una preocupante perspectiva en términos de los principios de igualdad material defendidos por el Estado social de derecho.

Se preguntó en las líneas iniciales si el Acto Legislativo 03 de 2011 ha llevado a privilegiar los argumentos de sostenibilidad fiscal por sobre los argumentos para la protección de los derechos fundamentales.

Se responde: sí, parcialmente. No se puede decir que totalmente, en tanto que en el control abstracto la sostenibilidad fiscal no ha tenido un similar desarrollo y subsiste el amparo estructural de los derechos. Pero los temores expuestos por los críticos del Acto Legislativo 03 de 2011 no son infundados, pues los votos emitidos por los magistrados de la Corte Constitucional han promovido la regresividad de tres derechos pensionales.

El resultado del ejercicio investigativo aquí realizado, sirve de presupuesto para necesarias investigaciones sobre el fenómeno que ha generado la sostenibilidad fiscal en todo el sistema constitucional colombiano. Si el derecho constitucional implica protección a la persona, la sostenibilidad fiscal ha llevado a desconstitucionalizar los tres derechos pensionales estudiados en este documento.

Latinoamérica es una región donde la escasez económica ha sido una realidad predominante para la mayoría de su población. En este contexto, se ha depositado la confianza en el Estado para la administración de la economía, con el objetivo de satisfacer las necesidades de la población. Además, la justicia constitucional ha tomado decisiones de gran relevancia en cuanto a la protección y garantía judicial de los derechos sociales.

Por lo tanto, resulta preocupante la situación en Colombia, en términos de sostenibilidad fiscal, ya que, en lugar de promover el desarrollo de los derechos sociales, se ha utilizado como medio para reducir su protección. Si bien la reducción de derechos en momentos de crisis financiera no está prohibida, debería considerarse como último recurso, lo cual no ha sido implementado de manera efectiva con la aplicación del Acto Legislativo 03 de 2011.

Bibliografía

Doctrina

ARANGO, Rodolfo. “Sustitución del Estado social de derecho por un Estado fiscal”.

Revista Zero 27, n.º 1 (2010): 70-72.

BARBOSA, Francisco. “La sostenibilidad fiscal: desafío al Estado social de derecho en Colombia”. *Revista de Derecho Público*, n.º 33 (2014): 3-23.

BATEMAN, Alfredo, Julián LÓPEZ, Juanita LÓPEZ y Juliana VENGOECHEA. *La garantía de los derechos sociales*. Bogotá: Universidad Javeriana, 2009.

BAZÁN, Víctor. “La efectivización de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, frente a casos de crisis financieras y/o económicas”. *Revista da Ajuris*, n.º 150 (2021): 423-495.

- BAZÁN, Víctor. “Un intento de aporte, fundamentalmente en clave de derecho internacional de los derechos humanos, al documento de Casal sobre ‘La garantía constitucional de los derechos sociales: progresos y dificultades o zonas de tensión’”. En *La protección de los derechos sociales: las sentencias estructurales*. Editado por Víctor BAZÁN, 59-88. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2015.
- BERCHOLC, Jorge. *La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad respecto a los otros poderes políticos del Estado*. Buenos Aires: Ediar, 2004.
- CASTAÑO, Jairo. *Las cláusulas de disciplina fiscal en las constituciones del Estado social de derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.
- CELIS, Dubier. “Prácticas discursivas y justiciabilidad de los derechos sociales. Usos discursivos de los derechos sociales en la justicia constitucional colombiana”. *Estudios de Derecho*, 72, n.º 160 (2015): 144-166.
- DUARTE, Annie, María JAIMES y Natalia PACHECO. “La sostenibilidad fiscal y la regresividad de derechos sociales: un primer momento de análisis”. *Temas Socio-Jurídicos* 36, n.º 72 (2017): 59-77.
- GUTIÉRREZ, Andrés. *El amparo estructural de los derechos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.
- HERREÑO, Libardo. “Las reformas a la justicia constitucional y a los derechos sociales”. En *Estado de derecho y sentencias judiciales: seguridad jurídica y garantismo*. Editado por Rodrigo UPRIMNY *et al.*, 77-123. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 2007.
- HOYOS, Esteban. “La acción pública de inconstitucionalidad en temas de hacienda pública”. Tesis de abogado, Universidad de los Andes, 2004. <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/21876/u258647.pdf>.
- JAIMES, María. “El precedente de descongestión de la Ley 1437 de 2011 como fuente de regresividad de los derechos pensionales en la aplicación de la Ley 100 de 1993 en el sector público”. Tesis de abogada, Universidad Autónoma de Bucaramanga, 2020. https://repository.unab.edu.co/bitstream/handle/20.500.12749/12038/2020_Tesis_Maria_Alejandra_Jaimes.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- LÓPEZ-DAZA, Germán. “Los derechos sociales en Colombia y el principio de sostenibilidad fiscal”. *Revista Dixi* 14, n.º 15 (2012): 22-39.
- QUINCHE, Manuel. *Reformismo constitucional*. Bogotá: Ibáñez, 2017.
- QUIROGA-VILLAMARÍN, Daniel. “Recontextualizando la globalización. El ‘espacio intermedio’ de la sostenibilidad fiscal en Colombia”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* 22, 547-570. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2016.
- NOVOA, Armando. “El Estado social de derecho y la sostenibilidad fiscal: reforma a la justicia y derechos”. En *Memorias para la democracia y la paz: veinte años de la Constitución Política de Colombia*, comp. por Camilo GONZÁLEZ, 313-328. Bogotá: Alcaldía de Bogotá, 2002.
- ROA ROA, Jorge. “Activismo judicial, legitimidad democrática de la protección judicial de los derechos e incidente de impacto fiscal”. *Anuario de Derecho*

Constitucional Latinoamericano 23, 453-480. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2017.

SIERRA, Wilmer. “El incidente de impacto fiscal en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado”. *Misión Jurídica* 13, n.º 19 (2020): 208-232.

UPEGUI, Juan. *Doce tesis en torno al concepto de Estado social de derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.

Normatividad y jurisprudencia

ACTO LEGISLATIVO 03 DE 1 DE JULIO DE 2011.

BORRADOR DE PROYECTO DE 2004 PARA REFORMAR LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1886.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991.

DECRETO 546 DE 1971.

DECRETO 758 DE 1990.

LEY 6 DE 1945.

LEY 33 DE 1985.

LEY 4 DE 1992.

LEY 100 DE 1993.

LEY 1695 DE 2013.

PROYECTO 10/02 SENADO, *Gaceta del Congreso*, n.º 484 de 2002. Proyecto de reforma al artículo 86 de la Constitución.

CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 229 de 2017.

CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 320 de 2018.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia³² T-472 de 2000.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1122 de 2000.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-235 de 2002.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-631 de 2002.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1000 de 2002.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-169 de 2003.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-754 de 2004.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-625 de 2004.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-651 de 2004.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-830 de 2004.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-177 de 2005.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-386 de 2005.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1160 de 2005.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-147 de 2006.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-158 de 2006.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-621 de 2006.

³² Todas las sentencias de la Corte Constitucional se pueden descargar en el ítem “Número de la sentencia” en el enlace: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-910 de 2006.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1087 de 2006.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-251 de 2007.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-529 de 2007.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-711 de 2007.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-143 de 2008.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-180 de 2008.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-248 de 2008.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1001 de 2008.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-019 de 2009.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-610 de 2009.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-228 de 2012.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-288 de 2012, M.P. L. Vargas.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1052 de 2012, M.P. J. Pretelt.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-1073 de 2012, M.P. J. Pretelt.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-258 de 2013, M.P. J. Pretelt.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-581 de 2013, M.P. N. Pinilla.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-753 de 2013, M.P. M. González.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-131 de 2013, M.P. A. Julio.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-103 de 2013, M.P. M. González.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-217 de 2013, M.P. A. Julio.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-228a de 2013, M.P. N. Pinilla.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-255 de 2013, M.P. J. Pretelt.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-283 de 2013, M.P. J. Pretelt.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-443 de 2013, M.P. J. Pretelt.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-445 de 2013, M.P. J. Palacio.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-776 de 2013, M.P. M. Calle.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-791 de 2013, M.P. L. Guerrero.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-313 de 2014, M.P. G. Mendoza.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-870 de 2014, M.P. L. G. Guerrero.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-078 de 2014, M.P. M. González.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-161 de 2014, M.P. G. Mendoza.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-182 de 2014, M.P. J. Pretelt.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-748 de 2014, M.P. M. González.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-831 de 2014, M.P. J. Pretelt.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-956 de 2014, M.P. G. Ortiz.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-230 de 2015, M.P. J. Pretelt.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-415 de 2015, M.P. M. Calle.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-123 de 2015, M.P. L. Guerrero.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-319 de 2015, M.P. G. Ortiz.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-369 de 2015, M.P. J. Pretelt.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-541 de 2015, M.P. M. González.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-658 de 2016, M.P. M. Calle.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-542 de 2016, M.P. G. Ortiz.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-038 de 2016, M.P. A. Linares.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-060 de 2016, M.P. A. Linares.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-395 de 2016, M.P. A. Linares.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-460 de 2016, M.P. J. Palacio.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-615 de 2016, M.P. J. Palacio.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-168 de 2017, M.P. G. Ortiz.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-210 de 2017, M.P. J. Cepeda.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-310 de 2017, M.P. A. Arrieta.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-395 de 2017, M.P. L. Pérez.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-631 de 2017, M.P. G. Ortiz.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-494 de 2017, M.P. A. Linares.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-643 de 2017, M.P. L. Guerrero.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-661 de 2017, M.P. L. Guerrero.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-093 de 2018, M.P. J. Reyes y G. Ortiz.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-023 de 2018, M.P. C. Bernal.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-114 de 2018, M.P. A. Rojas.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-018 de 2018, M.P. J. Reyes.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-039 de 2018, M.P. G. Ortiz.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-199 de 2018, M.P. C. Pardo.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-360 de 2018, M.P. A. Lizarazo.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-368 de 2018, M.P. C. Pardo.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-456 de 2018, M.P. A. Lizarazo.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-110 de 2019, M.P. A. Linares.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-140 de 2019, M.P. C. Pardo.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-575 de 2019, M.P. A. Rojas.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-109 de 2019, M.P. G. Ortiz.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-404 de 2019, M.P. C. Pardo.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-504 de 2019, M.P. C. Bernal.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-619 de 2019, M.P. A. Lizarazo.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-405 de 2020, M.P. A. Linares.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-451 de 2020.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-322 de 2021, M.P. A. Linares.
CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-136 de 2022, M.P. J. Reyes.

Paul Enrique Franco Zamora* (Bolivia)

Derecho constitucional y derecho económico, un vínculo indisoluble

RESUMEN

Los regímenes jurídicos están integrados por sistemas normativos en el campo administrativo, civil, penal, laboral u otras disciplinas vinculadas al derecho constitucional, en cuyo marco se define la estructura de los países, y sobre las que el legislador impulsa nuevas leyes o plantea una serie de reformas a las puestas en vigencia. Sin embargo, el desarrollo de un determinado proceso constituyente no solo abarca aspectos referidos a la manera de organizar el aparato público y garantizar su funcionamiento, también suele advertirse una alineación de orden económico que origina principios, derechos, deberes y demás elementos contenidos en la Ley Fundamental, lo que da lugar al surgimiento del denominado derecho constitucional económico. El presente artículo analiza preceptos económicos insertos en textos de la Norma Suprema, junto a las cláusulas que garantizan el ejercicio de los derechos económicos, explicando así las relaciones existentes entre el derecho constitucional y el derecho económico.

Palabras clave: constitucionalismo económico; Constitución; derecho económico.

Constitutional law and economic law, an indissoluble connection

ABSTRACT

Legal systems comprise regulatory systems in the administrative, civil, criminal, and labor spheres or other disciplines associated with constitutional law, which provide the framework that defines a country's structure, and are the foundation on which the legislator promotes new laws or proposes a series of reforms to existing laws. However, the development of any particular constitution-making process not only encompasses questions related to the manner of organizing the public apparatus and guarantee-

* Ph.D. en Derecho y abogado por la Universidad Mayor, Real y Pontificia de San Francisco Xavier de Chuquisaca. Presidente del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. pfrancozamora@hotmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0009-0003-1587-128X>.

ing its operation, but also often involves an economic alignment that gives rise to principles, rights, duties, and other elements contained in the Constitution, from which what is known as constitutional economic law emerges. This article analyzes economic precepts embedded in the texts of the Constitution, together with the clauses that guarantee the exercise of economic rights, thus explaining the relationship between constitutional law and economic law.

Keywords: Economic constitutionalism; constitution; economic law.

Verfassungsrecht und Wirtschaftsrecht, eine unauflösliche Verbindung

ZUSAMMENFASSUNG

Rechtssysteme bestehen aus Normensystemen auf den Gebieten des Verwaltungs-, Zivil-, Straf- und Arbeitsrechts sowie weiterer mit dem Verfassungsrecht verbundener Rechtsgebiete, auf deren Grundlage die Struktur der Staaten definiert wird und der Gesetzgeber Gesetzesvorhaben vorlegt oder Novellierungen bestehender Vorschriften vorschlägt. Ein Verfassungsgebungsprozess umfasst jedoch nicht nur Aspekte, die die Organisation des Staatsapparats und die Sicherstellung seiner Tätigkeit betreffen; vielmehr lässt sich auch eine Ausrichtung der Wirtschaftsordnung an den Grundsätzen, Rechten, Verpflichtungen und sonstigen, in der Verfassung niedergelegten Elementen feststellen, die zur Entstehung des sogenannten Wirtschaftsverfassungsrechts führen. Der vorliegende Artikel befasst sich sowohl mit den im Text der obersten Rechtsnorm enthaltenen Wirtschaftsgrundsätzen als auch mit den Klauseln, die die Ausübung der Wirtschaftsrechte gewährleisten, und erläutert so die bestehenden Beziehungen zwischen Verfassungs- und Wirtschaftsrecht.

Schlüsselwörter: Wirtschaftsconstitutionalismus; Verfassung; Wirtschaftsrecht.

Introducción

Las constituciones son fiel expresión de la voluntad del pueblo, donde los constituyentes asumen posturas y debaten puntos de vista, en especial, intentan abrir espacios de reflexión colectiva al momento de adoptar un modelo de Estado. Por esta razón, las asambleas constituyentes abren el diálogo entre sus participantes, quienes, al representar a diferentes sectores poblacionales, discuten sobre los elementos que fundamentan la construcción de una nueva estructura estatal, para lo cual es necesario considerar la diversidad de personas que habitan en el territorio.

Por lo general, las constituciones se encuentran divididas en dos partes. La parte dogmática de la Ley Suprema proclama principios, valores, derechos, deberes y garantías; en cambio, los componentes de índole ejecutiva, legislativa, judicial, electoral, y los relativos a las instancias gubernamentales y el régimen político, entre otros, justifican la existencia de su parte orgánica. Dichas partes dan inicio a todo el debate constituyente pues, en la medida en que estas queden configuradas, darán

paso a la edificación institucional del Estado. En otras palabras, una vez diseñadas las partes de la Constitución tomará forma el aparato estatal, trazándose visiones de desarrollo, por ejemplo, en materia autonómica, indígena, plural, de género e incluso empresarial.¹

Los propósitos de ambas partes son distintos, pero ello no significa que una se contraponga a la otra. Por el contrario, existen puntos clave de encuentro que, generalmente, están asociados al modelo de Estado que se pretende alcanzar. Por consiguiente, uno de los aspectos trascendentales en la redacción de la Constitución implica el parámetro económico, toda vez que las regulaciones constitucionales obedecen a una inclinación cultural, social, política y fundamentalmente económica.

La inclinación económica de un país es definitiva al asumir el modelo estatal, para que pueda generarse un equilibrio en los grupos poblacionales y se respete su capacidad financiera. Precisamente, esa alineación del contexto económico del pueblo queda refrendada en la Constitución, la cual, por tratarse de la norma jerárquicamente superior, pasará a denominarse Constitución Económica, convirtiéndose en la base para el cumplimiento de los fines perseguidos por el Estado.²

A lo largo de las etapas de la humanidad, comprendida por sucesos históricos con repercusión financiera (por citar, la Revolución Industrial y las guerras mundiales), las corrientes económicas fueron transitando por el mercantilismo, el liberalismo y el capitalismo, hasta las economías de primer, segundo y tercer mundo, por lo que las ciencias jurídicas acogieron un nuevo horizonte. Entonces, las reglas jurídicas pasaron, de centrarse en la rama civil, penal y en las demás ramas generales del derecho, a normar el intercambio de bienes o servicios, la constitución de empresas, la tributación, las finanzas e inversiones, y toda actividad económica inmersa en el desarrollo público-privado, lo que dio lugar a lo que se conoce como derecho económico.

Desde la doctrina jurídica se plantean dos ramas que justifican su vínculo, tanto entre disciplinas jurídicas como con otras ciencias. Por tanto, el elemento económico no está separado del ámbito constitucional, sino que ambos son complementarios, esto debido a la existencia de múltiples puntos de vinculación que corresponde detallar.

Según el cuadro que sigue, el derecho constitucional contempla un gran relacionamiento con el derecho económico, no solamente porque guía a los constituyentes en la delimitación de un modelo económico que queda establecido en la Norma Fundamental, sino como consecuencia de una serie de preceptos y cláusulas que, de no estudiarse adecuadamente, podrían derivar en una interpretación sesgada de la Constitución.

¹ Alicia Williner, *Visiones de desarrollo: perspectivas indígenas, estatales y empresariales* (La Paz: Fundación Konrad Adenauer, 2013). https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=e9cbfe63-9f92-dcco-335b-afb57e4c93fb&groupId=252038.

² Christian Viera Álvarez, Jaime Bassa Mercado y Juan Carlos Ferrada Bórquez, “Una aproximación a la idea de ‘constitución económica’ y sus alcances en la constitución chilena”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 49, n.º 145 (2016): 1-37.

Relación del derecho económico con el derecho constitucional

| | | Ramaz verticales del derecho | | | | |
|--------------------------------|-------------------------|------------------------------|----------------------------------|----------------------------------|---------------------------|---------------------------|
| Ramaz horizontales del derecho | Derecho civil | Derecho penal | Derecho constitucional | Derecho administrativo | Derecho laboral | Derecho agrario |
| Derecho económico | Derecho civil económico | Derecho penal económico | Derecho constitucional económico | Derecho administrativo económico | Derecho laboral económico | Derecho agrario económico |

Fuente: elaboración propia, con base en José Manuel Martín Coronado, "La teoría transversal del derecho económico" (Estudio Martín Abogados & Economistas, 2011).

Desde la doctrina constitucional, a partir de lo expuesto por Aragón Reyes,³ la regulación de la economía implica un debate jurídico. Se plantea que el modelo económico de los países, instituido por vía de la Constitución, responde fundamentalmente al modelo propuesto por un determinado programa político.

Siguiendo la visión propugnada por Jorge Cancio Meliá, la intervención del Estado en la economía queda sujeta a lo establecido por la Constitución. Por ejemplo, si jurídicamente se limita la capacidad de endeudamiento público, el modelo económico predominante estaría representado por la regulación estatal. En suma, estas posturas dan cuenta de la necesidad de implementar un modelo económico a través de la Constitución (de forma implícita o explícita) y ponerlo en marcha mediante disposiciones legislativas.⁴

Dado el impacto que puede originar el modelo de Estado en las labores de codificación, es evidente la gran afinidad entre las figuras económicas y los parámetros constitucionales, logrando un razonamiento integral de las normas vigentes que puedan promulgarse con elementos de Derecho Comercial, Empresarial, Mercantil, Societario, entre otras disciplinas.

Tomando en cuenta que el derecho constitucional económico (DCE) debe entenderse como la rama especializada que analiza los preceptos económicos con raíz constitucional y su efecto en la estructura del Estado o los particulares,⁵ en los siguientes párrafos la temática será abordada a partir de dos enfoques. Vale decir, serán estudiadas las bases del sistema económico de un Estado a través de su

³ Manuel Aragón Reyes, "El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa", *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, n.º 4 (2004): 1-34.

⁴ Viera Álvarez, Bassa Mercado y Ferrada Bórquez, "Una aproximación a la idea de 'constitución económica'".

⁵ Patricio Masbernat, "Derecho constitucional económico, Tomo I: Garantías económicas, doctrina y jurisprudencia", Fernando Vohringer, Arturo, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1.ª edición, 2000, 252 páginas", *Ius et Praxis* 7, n.º 2 (2001): 501-506. <https://doi.org/10.4067/S0718-00122001000200025>.

Constitución, junto a los derechos económicos reconocidos constitucionalmente, además de las reglas de interpretación constitucional con perspectiva económica.

1. Sistema económico estatal y derechos económicos constitucionalizados

Los sujetos que intervienen en las relaciones reguladas por el derecho económico se encuentran facultados para realizar actos jurídicos enmarcados en lo previsto por la Constitución.⁶ Aunque se proclame el respeto hacia la iniciativa personal, la libertad de empresa u otras categorías jurídicas de naturaleza privada, todas responden a un sistema económico previamente contemplado en la Ley Fundamental.

Entonces, el marco jurídico que regula la estructura y el funcionamiento de la actividad económica de un determinado Estado, traducido en un catálogo de artículos de la Norma Suprema, se entenderá como Constitución Económica. De esta forma, ciertas constituciones prevén la regulación de la actividad económica estatal por intermedio de un apartado, título, capítulo, sección o artículos; es lo que ocurre en los casos de Brasil, Colombia, Ecuador y Uruguay.⁷

En Bolivia, la parte tercera de la Constitución Política del Estado (CPE) regula la estructura y organización económica. Según instituye el artículo 306, el modelo económico del país tiene un carácter de plural y está orientado a mejorar la calidad de vida y el vivir bien (*suma qamaña*) de sus habitantes.

La pluralidad sustenta el sistema económico constitucional del Estado boliviano, siendo además la base esencial para comprender los institutos jurídicos derivados de la rama comercial, societaria, empresarial, corporativa, tributaria, aduanera, regulatoria, y otras que se desprendan de la actividad económica. De hecho, la vigencia de la Constitución Económica otorga, a todos los actores legislativos, mayores directrices de cómo encarar posibles reformas, pues, de acogerse un nuevo enfoque en la administración de la cosa pública, se modifica el paradigma de codificación infraconstitucional.

Así, si una Constitución no establece líneas específicas para el desarrollo económico de un país, entonces sus códigos responderán al contexto comercial que predomine durante la aprobación de dichas normas.

De acuerdo con lo expuesto por López Dawson, las constituciones son una expresión de la fuerza social del momento. Entonces, cuando las actividades económicas no se hallan desarrolladas constitucionalmente o se impone un régimen económico sin previa consulta democrática de la población, la elaboración de leyes dependerá

⁶ Jahir A. Gutiérrez O., "Análisis económico del derecho y del derecho económico bajo revisión empresarial", *Opinión Jurídica* 11, n.º 21 (2012): 117-134.

⁷ Alejandra Verónica Zúñiga Ortega, "Aspectos económico-constitucionales de los DESC y los derechos civiles y políticos en México", *Estudios de Deusto* 63, n.º 2 (2015): 283-293. [https://doi.org/10.18543/ed-63\(2\)-2015pp283-293](https://doi.org/10.18543/ed-63(2)-2015pp283-293).

del intercambio comercial y los procesos económicos vigentes al instante de la codificación.⁸

Dicha tesis también fue abordada por Caballero Álvarez, para quien las normas jurídicas tienen un propósito, quedando sujetas a la realidad económica de un contexto determinado. Cuando sea preciso proyectar una normativa o efectuar ajustes a disposiciones vigentes en materia comercial, deberá considerarse que la legitimidad de la ley y su aplicabilidad derivan del debate o la reflexión en torno a la realidad nacional.

En rigor, la construcción económica de los países está sustentada por lo señalado expresamente en la Constitución. Empero, ante la falta de preceptos jurídicos del Texto Fundamental que regulen las citadas relaciones, los legisladores optarán por la elaboración de estudios, diagnósticos y consultas que sustenten cualquier codificación económica conforme al contexto preponderante. De esta manera, el marco normativo comercial cumplirá su propósito, y responderá así a las exigencias colectivas del pueblo.⁹

En cambio, de existir artículos constitucionales que guíen las relaciones empresariales, los legisladores acudirán al modelo económico establecido en la Constitución.¹⁰

De acuerdo con lo explicado, el sistema económico estatal origina el derecho a la propiedad, la libre iniciativa económica, la relación del Estado con el empresariado, los principios de la actividad económica y la libre competencia, llamados también derechos económicos constitucionalizados.¹¹

1.1. Derecho constitucional a la propiedad

La economía, en el devenir del tiempo, va ligada al derecho a la propiedad. Méndez Gonzáles, apoyado en la corriente del individualismo metodológico, propugna que los individuos cuentan con ciertas preferencias e intereses, en especial, buscan maximizar sus bienes o adquirirlos masivamente para el disfrute de una vida con bienestar. De hecho, comprender a la economía significa que el crecimiento económico

⁸ Carlos López Dawson, “¿Constitución heredada es Constitución legitimada?”, *Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia* 2, n.º 6 (2017): 13-44. <https://doi.org/10.32870/dgedj.voi6.89>.

⁹ Rafael Caballero Álvarez, “Apuntes metodológicos para evaluar la efectividad de una ley”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 52, n.º 154 (2019): 411-423. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2019.154.14148>.

¹⁰ Luciano D. Laise y Gustavo Manzo Ugas, “Las desviaciones del sistema económico constitucional y el ocaso económico venezolano”, *Derecho y Ciencias Sociales*, n.º 25 (2021). <https://doi.org/10.24215/18522971e095>.

¹¹ Foro Constitucional, “El rol de la economía en el proyecto de nueva Constitución”, *Foro Constitucional* (blog), 2022. <https://foroconstitucional.uc.cl/2022/08/26/el-rol-de-la-economia-en-el-proyecto-de-nueva-constitucion/>.

esté sujeto al comportamiento racional de las personas, orientado a acrecentar los derechos de propiedad.¹²

Sobre la base de lo anterior se colige que las economías basadas en el reconocimiento constitucional del derecho a la propiedad gozan de mayores oportunidades de desarrollo. En suma, los regímenes económicos de los Estados tienen una estrecha relación con la regulación jurídica del derecho a la propiedad, en el sentido de lograr la satisfacción plena de las necesidades básicas de la población.

Para Cordero Quinzacara y Aldunate Lizana, la evolución histórica del derecho a la propiedad lo sitúa inicialmente en el ámbito del derecho romano y el derecho civil, para finalmente ubicarlo en el campo del derecho constitucional. La figura de la propiedad no permaneció estática, sufrió cambios trascendentales a fin de evitar que pudiera ser entendida como un derecho absoluto.

El orden jurídico civil planteaba el ejercicio de este derecho en forma libre e irrestricta, pero con la llegada de la corriente constitucional surgió la idea de la función social que la propiedad debe cumplir para evitar fricciones con otros derechos fundamentales.¹³

Así pues, las constituciones empezaron a reconocer específicamente el derecho a la propiedad, reconociendo que un sujeto pueda adquirir bienes muebles e inmuebles. Gracias al aporte de la ciencia económica, el derecho a la propiedad no genera desigualdades entre las personas, sino que, por el contrario, con una finalidad de precautelar las relaciones jurídicas de la población, subsiste un régimen tributario, por el que cada quien tributa en cuanto propietario de un determinado bien.

Sobre el particular, subsiste el principio de igualdad tributaria, por el que cada persona aporta al gasto público, contribuyendo con el pago de impuestos y participando en la distribución de la riqueza. En ese sentido, las administraciones tributarias establecen un trato igualitario a quienes se encuentren en una idéntica situación y otorgan una atención diferenciada a los que presenten una desventaja. Cualquier discriminación legislativa (en materia tributaria) ha de justificarse de forma objetiva y razonable, particularmente amparándose en la capacidad económica, pues el derecho a la propiedad no puede ejercitarse de manera absoluta.¹⁴

Las constituciones imponen deberes, y uno de ellos es el deber constitucional de las ciudadanas y los ciudadanos de tributar, siempre conforme a su capacidad económica. De realizar una interpretación solamente con los parámetros del derecho

¹² Fernando P. Méndez González, "Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 87, n.º 723 (2011): 139-209.

¹³ Eduardo Cordero Quinzacara y Eduardo Aldunate Lizana, "Evolución histórica del concepto de propiedad", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 30 (2008): 345-385. <https://doi.org/10.4067/S0716-54552008000100013>.

¹⁴ Patricio Masbernat, "Reglas y principios de justicia tributaria: aportes del derecho español al derecho comparado", *Revista de Derecho* 20, n.º 1 (2013): 155-191. <https://doi.org/10.4067/S0718-97532013000100007>.

constitucional, los individuos que gozan de una propiedad o realizan una actividad que se halle gravada por un tributo se encontrarían obligados a pagar impuestos, en su generalidad, con un idéntico importe.¹⁵

Empero, con los lineamientos expresados por el derecho económico los tributos se encuentran limitados proporcionalmente a la disponibilidad financiera del individuo, de modo tal que el derecho a la propiedad no es absoluto ni tampoco puede generar marcadas diferencias entre personas, sino que cada quien cumple sus obligaciones impositivas en tanto la Constitución impide que se establezca y practique, al respecto, un trato discriminatorio.¹⁶

El pago de tributos de acuerdo con la capacidad financiera no podría entenderse sin el constitucionalismo económico. La definición de nuevos tributos en el Estado obedece a su modelo económico, atendiendo a que el derecho constitucional a la propiedad no entre en fricción con otros derechos de naturaleza patrimonial.¹⁷

La Constitución Económica boliviana, en su artículo 56, reconoce el derecho fundamental a la propiedad, instituyendo que al pueblo boliviano se le reconoce el derecho a la propiedad privada individual o colectiva, en tanto esta cumpla una función social y el uso que se haga de ella no sea perjudicial al interés colectivo.¹⁸

Puede colegirse que la Constitución respeta la propiedad de las bolivianas y los bolivianos, no obstante lo cual, cuando deba aplicarse una interpretación sobre los alcances de ese derecho, habrá que considerar dos caracteres de índole económica, es decir, la función social y el interés colectivo.

Con base en los artículos 393 y 397 de la Constitución de Bolivia, la propiedad individual y comunitaria o colectiva de la tierra se encuentra protegida, exigiéndose, a la par, que esta cumpla una función social o una función económico-social, según corresponda.

De esto se concluye que el titular de una propiedad no cuenta con un poder absoluto sobre ella, sino que debe respetar el interés público, puesto que, a la vez que es propietario, también pertenece a un grupo social.¹⁹

¹⁵ Fernando Hernández Guijarro, “El principio constitucional de capacidad económica en las tasas. Un estudio de la jurisprudencia”, *Iuris Tantum. Revista Boliviana de Derecho*, n.º 23 (2017): 420-439.

¹⁶ Fernando Hernández Guijarro, “Los principios de generalidad e igualdad en la normativa tributaria municipal y su infracción por las ordenanzas fiscales”, *Iuris Tantum. Revista Boliviana de Derecho*, n.º 19 (2015): 360-377.

¹⁷ Julio César Trujillo y Agustín Grijalva, “El fundamento constitucional de la nueva economía” (2013). <http://repositorio.flacsoandes.edu.ec/handle/10469/4621>.

¹⁸ Estado Plurinacional de Bolivia, *Constitución Política del Estado de 7 de febrero de 2009* (La Paz: Gaceta Oficial de Bolivia, 2009). <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/app/webroot/archivos/CONSTITUCION.pdf>.

¹⁹ Maritza Sánchez Gil, “La función social y la función económica social en la Constitución Política: un medio de acceso para la conservación de la tierra”, IV Curso del Ciclo de Cursos de Posgrado sobre Derecho Agrario y Ambiental Internacional y Jornada Internacional CUIA-UNLP sobre Recursos Hídricos (La Plata: Universidad Nacional de La Plata,

En este marco, la Constitución define la función social como el aprovechamiento sustentable de la tierra por parte de pueblos y comunidades indígena originario campesinos, así como el realizado en pequeñas propiedades, y constituye la fuente de subsistencia y de bienestar y desarrollo sociocultural de sus titulares. Aunque dicho criterio es aplicado a cuestiones relativas a la propiedad agraria, lo cierto es que la función social intenta entrelazar armónicamente el interés individual con el interés colectivo.

Generalmente, el concepto de intereses colectivos fue desarrollado por la jurisprudencia constitucional boliviana: en efecto, conforme plantea la Sentencia Constitucional Plurinacional (SCP) 2028/2013 de 13 de noviembre, citando la Sentencia Constitucional 981/2011-R de 7 de diciembre, estos se relacionan con los individuos que pertenecen a un grupo o colectividad claramente determinado por la vinculación común de sus miembros. Por tanto, el término interés colectivo es utilizado para señalar que prima una cultura proteccionista sobre el bienestar de los demás, frente al bienestar individual.²⁰

Ambos elementos descritos forman parte del derecho económico, debido a que esta disciplina coadyuva a identificar si un determinado bien cumple o no una función económico-social. Los atributos económicos de los bienes permiten a sus titulares ejercitar el derecho de propiedad, sin tensiones con el resto de los derechos. Por ello, en el momento en que una determinada persona desea continuar con la materialización del derecho constitucional a la propiedad debe, por una parte, pagar los respectivos tributos para mantenerlos en su titularidad, o bien sufragar los impuestos que emerjan por su transferencia a otra persona (incluso, en caso de sucesión hereditaria); y, por otra parte, es inevitable que el bien cumpla con una función económico-social.²¹

La libre iniciativa económica, más conocida en los términos del derecho a la libertad de empresa, permite el inicio y la continuidad de actividades con fines comerciales,²² motivo por el que, cuando se desarrollan actos jurídicos de naturaleza mercantil, las personas interesadas están facultadas para realizar emprendimientos, constituir tipos societarios y obtener un ingreso fijo.

Franz Ossenbühl, jurista germano, señala que libre iniciativa económica es sinónimo de libertad de emprender, motivo por el que a los ciudadanos se les reconoce la posibilidad de constituir empresas y acceder al mercado de bienes o servicios. No

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2018), 61-68. http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/68483/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

²⁰ Hugo Bejarano Torrejón, “La función económico-social: un medio de acceso y conservación de la tenencia de la tierra en Bolivia” (2018). http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/68483/Documento_completo.pdf?sequence=1.

²¹ Camila Boettiger Philipps, “Funciones económica, jurídica y social de la propiedad privada: tres cuestiones clave para su discusión constitucional”, n.º 43 (2021): 73-102.

²² Pedro Irureta Uriarte, “El núcleo laboral del derecho constitucional a la libertad de empresa”, *Estudios Constitucionales* 11, n.º 2 (2013): 369-424.

obstante, deben respetarse los derechos del resto de la población, evitando actuaciones personalistas que se contrapongan al interés del pueblo.²³

1.2. Derecho constitucional a la libertad de empresa

El derecho a la libertad de empresa tiene un contenido esencial, debiendo ajustarse a lo instituido en la Constitución y ser compatible con los otros derechos. Cuando las constituciones declaran el derecho a la libertad de empresa, la población empresarial se halla facultada para exigir a las instancias público-privadas todas las prerrogativas necesarias para el normal ejercicio de sus actividades económicas.

Como puede deducirse, este derecho también contiene cargas impositivas, las cuales, de conformidad con el derecho económico, deben ser satisfechas por los empresarios. Es común que, producto del modelo económico estatal, subsista una reserva legal con la finalidad de regular el contenido y alcance del derecho constitucional a la libertad de empresa.

Con esta finalidad, el legislador codifica los tipos de empresas y define el ejercicio de las libertades empresariales a través de una ley, que habrá de circunscribirse a las peculiaridades de la Constitución Económica.

Ejemplo claro de esta afirmación es el Estado boliviano, cuyo artículo 308 de la CPE reconoce, respeta y protege la iniciativa privada, para que contribuya al desarrollo económico y social y fortalezca la independencia económica del país. Asimismo, se garantizan la libertad de empresa y el pleno ejercicio de las actividades empresariales, que serán reguladas por la ley.²⁴

La iniciativa privada (sea bajo la modalidad personal e individual o societaria) desempeñará sus actividades en pos de concretar el desarrollo económico-social y, por consiguiente, apuntará al fortalecimiento de la independencia financiera, denominada también soberanía económica, como criterio rector de la política de Bolivia.

En rigor, los preceptos de soberanía económica, poder empresarial, relaciones económicas u otros conceptos mercantiles de similar aplicación al régimen del empresariado, tienen que interpretarse de conformidad con los presupuestos constitucionales, además de con el modelo económico vigente.

Ello significa que el ciudadano que adquiera la calidad de empresario podrá realizar los actos comerciales desde una perspectiva que le permitirá también tributar, debiendo formalizar sus actividades en el rubro financiero con apego y observancia de lo puntualizado por el constitucionalismo económico, el cual exige que el empresariado cumpla con la legislación aplicable a este sector.²⁵ Por ejemplo, en el caso

²³ Julio Alvear Téllez, "Hacia una concepción comprehensiva de la libertad económica un paradigma a desarrollar", *Estudios Constitucionales* 13, n.º 1 (2015): 321-372. <https://doi.org/10.4067/S0718-52002015000100010>.

²⁴ Estado Plurinacional de Bolivia, *Constitución Política del Estado de 7 de febrero de 2009*.

²⁵ Francisco Zúñiga Urbina, "Constitución y 'cláusulas económicas y sociales': algunas notas acerca de la operatividad de las normas constitucionales", *Cuestiones Constitucionales*, n.º 21 (2009): 319-345.

boliviano, toda empresa debe inscribirse en el Registro de Comercio y apersonarse ante las instancias en materia laboral, tributaria, municipal, administrativa u otras entidades regulatorias a fin de obtener los permisos correspondientes.

Se concluye que la libertad de empresa (como derecho y garantía) admite regulación jurídica, ya que la norma infraconstitucional preverá la protección del interés social y fomentará el vivir bien, dos términos complementarios que integran la economía plural descrita en párrafos anteriores.²⁶

Cabe detallar que la SCP 0203/2015-S1 de 26 de febrero precisó que todo derecho fundamental puede ser limitado. Ahora bien, la restricción del derecho a la propiedad exige la previa aprobación de una ley, constituyendo la utilidad o interés social (público) una de las posibles limitaciones de aquel, pues en caso contrario procederán la expropiación, la confiscación u otras figuras jurídicas similares. Lo propio ocurre con la libertad de empresa, por tratarse de un derecho en el que el interés particular del empresario debe respetar el interés público de la colectividad.

El vivir bien es un paradigma, donde la vivencia de la población está sustentada en que todas las personas puedan acceder a los bienes materiales u otras necesidades básicas de subsistencia para alcanzar un bienestar pleno.

La Constitución boliviana lo asume como principio ético-moral bajo el concepto de vivir bien, tal como se señala en el párrafo I de su artículo 8. Con este propósito, es necesario que la humanidad establezca una relación armónica con la naturaleza, sus elementos y el resto de seres vivos que habitan en la tierra, como señala la SCP 0469/2019-S2 de 9 de julio.

Cuando las empresas asumen esta visión, ejercitan sus actividades económicas con base en las relaciones complementarias, la protección del hábitat, la cultura de la igualdad, el respeto a la diversidad u otros ideales que permiten consolidar el desarrollo sostenible de los pueblos sin afectar al medio ambiente ni arriesgar el porvenir de las futuras generaciones.²⁷

En suma, si bien los ciudadanos están facultados para realizar actos comerciales en forma individual y societaria, la garantía a la libertad de empresa, que también implica el derecho a dedicarse al comercio, la industria o cualquier actividad lícita, y la protección a la iniciativa privada, no se caracteriza por ser absoluta, antes al contrario, ha de supeditarse al sistema económico acogido por el texto constitucional.

1.3. Relación constitucional del Estado con el empresariado

Aunado a los derechos a la propiedad y la libertad de empresa, puede explicarse la relación constitucional del Estado con el empresariado, toda vez que la noción de empresa ha sufrido transformaciones significativas.

²⁶ Shirley Gamboa Alba, "Constitución económica: evolución de la regulación de la economía en el marco constitucional boliviano", *Tribuna Jurídica* 3, n.º 3 (2022): 80-91.

²⁷ Fernando de la Cuadra, "Buen vivir: ¿una auténtica alternativa post-capitalista?", *Polis* 14, n.º 40 (2015): 7-19. <https://doi.org/10.4067/S0718-65682015000100001>.

La corriente liberal postulaba que la empresa estaba reservada a los sujetos particulares, en cuanto emprender es una tarea que comporta esfuerzo e inversión. Con el transcurso del tiempo esta idea fue cambiando, para dar paso a la concepción de que los emprendimientos no solamente corresponden a los particulares, sino que fue reconocida la alternativa de constituir empresas con la presencia de dos o más interesados; es decir, cambia la tendencia de formar empresas unipersonales a partir de un solo individuo para constituirse sociedades comerciales con la participación de varios sujetos, aspecto por el que el Estado posteriormente también decidiría cambiar de rumbo, dejando de centrarse en lo público e ingresar en las relaciones comerciales de orden privado.²⁸

Esta mirada mercantil dio origen a los tipos societarios o sociedades comerciales que obedecen a una determinada naturaleza jurídica y contemplan una finalidad. No obstante, las constituciones trataron de enfocarse en el respeto por la libertad empresarial y no así en incursionar en modelos de emprendimiento con la participación del Estado.²⁹

Dentro de los pilares fundamentales del derecho económico destaca la posibilidad de constituir empresas públicas, para lo cual el Estado recurre a los artículos constitucionales y justifica el inicio de actividades comerciales.

Aunque el constitucionalismo económico respeta la iniciativa privada, igualmente fomenta que los países abran nuevas empresas, en el marco de lo previsto por la propia Constitución. Las empresas públicas con participación societaria del Estado son la consecuencia directa del relacionamiento del derecho constitucional con el derecho económico, aspecto que también resultó determinante para competir con el sector privado.³⁰

Desde el ámbito constitucional, fueron surgiendo problemáticas jurídicas que llevaron a recurrir al auxilio inmediato del derecho económico. Los mayores inconvenientes en el emprendimiento estatal se relacionan con las limitaciones constitucionales, en especial, aquellas relativas a la fiscalización.

Tomando como ejemplo el caso boliviano, el artículo 158, parágrafo I, numeral 20 de la CPE faculta a la Asamblea Legislativa Plurinacional para controlar y fiscalizar a las empresas públicas, las de capital mixto y toda entidad en la que tenga participación económica el Estado.

Dicho estilo de vigilancia, a cargo de las y los legisladores, debiera someterse a las reglas específicas de fiscalización definidas en el derecho comercial;³¹ sin embargo,

²⁸ Vladimir Hurtado Muñoz, "La disyuntiva inicial del emprendedor: emprender individualmente o emprender en sociedad", *Investigación y Negocios* 11, n.º 18 (2018): 111-122.

²⁹ Carlos Reynoso Castillo, "Las transformaciones del concepto de empresa", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, n.º 18 (2014): 133-158.

³⁰ Roberto Sanromán, "La empresa y el derecho económico: sus obligaciones, responsabilidades frente al Estado", *Prospectiva Jurídica* 9, n.º 17 (2018): 91-104.

³¹ Diego Pardow Lorenzo y Rodrigo Vallejo Garretón, "Fiscalización y transparencia en las empresas del Estado: ¿es más sinónimo de mejor?", *Revista de Derecho Público*, n.º 71 (2009): 220-240. <https://doi.org/10.5354/rdpu.voi71.35694>.

muchas veces es objeto de reclamos por cuanto se la asocia con actitudes intervencionistas de un determinado órgano de poder público, aunque exista participación del Estado mismo.³²

A partir del derecho constitucional económico pueden interpretarse con mejor criterio jurídico las relaciones del Estado con las empresas públicas, dotando de fuerza a las iniciativas públicas y limitando las tensiones entre la Ley Suprema, las leyes de naturaleza comercial y el resto de la normativa de carácter mercantil.

Por esta razón, la regulación de tipos societarios con capital estatal se encuentra contenida en leyes de empresas públicas, cuyos artículos se redactan con el interés de generar ingresos, obtener ganancias y evitar pérdidas, criterios que si bien pertenecen al sector privado, son también de aplicación al área pública; de lo contrario, surgirán empresas deficitarias que, como muestran las experiencias de la región, provocaron que la jurisdicción constitucional se pronuncie, a través de sus resoluciones, sobre problemáticas de índole económico-comercial referidas a la disposición de bienes públicos, ausencia o no de interés privado, e incluso relacionadas con posibles factores de privatización.³³

1.4. Principios constitucionales de la actividad económica

El cuarto aspecto trascendental del enlace jurídico de la disciplina constitucional con la rama económica está representado por el catálogo de principios. La existencia de un modelo económico fijado por la Constitución va acompañada de criterios rectores denominados principios, los cuales son invocados a fin de garantizar el normal desarrollo de las actividades económicas.

Por lo general, las constituciones económicas contienen principios que definen la estructura económica de un país, siendo directrices que justifican la adopción de políticas económicas de orden financiero, empresarial, de inversiones y de toda el área relacionada con el aparato productivo.³⁴

Tratándose del modelo económico plural de Bolivia, la Constitución Política recoge los principios de complementariedad, reciprocidad, solidaridad, redistribución, igualdad, seguridad jurídica, sustentabilidad, equilibrio, justicia y transparencia, tal como se advierte de su artículo 306, parágrafo III.

La SCP 0005/2015 de 6 de febrero señala que el comercio representa una manifestación del derecho constitucional al trabajo, actividad económica que puede ejercitarse por cualquier persona (individual o jurídica), respetando los valores y

³² Ángel M. García y Vilma M. Paredes, “Una reflexión (sustantiva) sobre la reciente ‘Ley de la Empresa Pública’”, *Iuris Tantum. Revista Boliviana de Derecho*, n.º 18 (2014): 550-565.

³³ Diego Pardow, “La regulación constitucional de las empresas públicas: una historia de cronopios y famas”, *Mirada FEN* (2021). <https://mirada.fen.uchile.cl/articulo/ver/la-regulacion-constitucional-de-las-empresas-publicas-una-historia-de-cronopios-y-famas>.

³⁴ Félix Huanca Ayaviri, “Estudio del derecho desde la economía”, *Revista Jurídica Derecho* 2, n.º 3 (2015): 97-114.

principios previstos por el artículo 8.II, con relación al 306.III de la CPE. Con la aplicabilidad de estos principios se asegura el bienestar de la colectividad, porque así las bolivianas y los bolivianos procurarán el sustento de su familia o entorno cercano, además de proyectarse en el ámbito laboral-comercial en una actividad que esté incluida dentro de la organización económica del Estado Plurinacional.

En la aplicación de los citados principios no se requiere el uso preferente de los métodos previstos por el derecho constitucional, y debe acudirse a la disciplina económica para, de acuerdo a un estudio jurídico-económico de la Ley Fundamental, contar con una interpretación integral que limite conculcaciones a los derechos de la ciudadanía.

En efecto, el análisis económico de la Constitución se fundamenta en estos principios que, por lo general, habrán de tratarse en la jurisprudencia de las cortes, salas y tribunales constitucionales.

En el caso boliviano, la SCP 0005/2015 de 6 de febrero, la SCP 1422/2012 de 24 de septiembre, la SCP 0106/2015 de 16 de diciembre, la SCP 1868/2012 de 12 de octubre, la SCP 1997/2014 de 5 de diciembre y la SCP 1050/2013 de 28 de junio exponen entendimientos sobre la pluralidad económica, la economía plural, el desarrollo económico y social del país, las formas de organización económica, las características de las empresas públicas, la libertad de empresa y otros institutos jurídicos, donde la jurisdicción constitucional tuvo que acudir a los referidos principios que irradian el modelo económico implementado por la Ley Suprema, fundamentando la vigencia de una economía social y solidaria.

1.5. Derecho constitucional a la libre competencia

La población se halla inmersa en una sociedad que la obliga a satisfacer sus necesidades económicas. Para garantizar el ejercicio de los derechos a la vida, la salud, la educación, la vivienda, los servicios básicos y el resto de derechos en los que la ciudadanía deba invertir un porcentaje monetario, es indispensable ingresar en la esfera de un mercado de libre competencia.

El derecho fundamental a la libre competencia puede comprenderse con el apoyo del constitucionalismo económico que, a través de la doctrina jurídica, contribuye a identificar su contenido mínimo. Bajo esta apreciación, el derecho a la libre competencia presenta cinco elementos constitutivos, donde el derecho económico juega un rol determinante.³⁵

El primer elemento está referido a la *conurrencia o acceso al mercado libre*, lo que significa que la gente dedicada a ofrecer y demandar bienes o servicios no encuentre restricciones estatales.

³⁵ Vladimir Rodríguez Cairo, "Principio constitucional de la libre competencia", *Cuestiones Constitucionales*, n.º 44 (2021): 257-289. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2021.44.16165>.

Las constituciones económicas suelen materializar la libre oferta y demanda en un mercado equitativo, a través del reconocimiento del derecho a participar de actividades comerciales, en calidad de derecho al trabajo; por ejemplo, el artículo 47, parágrafo I, de la CPE de Bolivia señala que las personas tienen derecho a dedicarse al comercio, la industria o a cualquier actividad económica lícita sin perjudicar al bien colectivo, lo que demuestra la constitucionalización de la libertad de competir en los mercados.

Un segundo elemento de este derecho va ligado a la *iniciativa o actuación dentro del libre mercado* que, de acuerdo al derecho económico, está referida a la continuidad de la oferta y la demanda, una vez que la población haya decidido optar por esta actividad. En rigor, de existir personas que se dediquen al comercio como trabajo, el Estado debe asegurarles que sigan compitiendo en un libre mercado; para las tendencias jurídico-económicas, este elemento se encuentra respaldado con el derecho a gozar de una fuente laboral de recursos estable, en condiciones equitativas y satisfactorias, tal como ocurre en el numeral 2 del parágrafo I del artículo 46 de la Constitución boliviana.

El *sistema de precios libres* representa el tercer elemento del derecho a la libre competencia. Conforme a los pilares de estudio del derecho constitucional económico, no puede protegerse solamente a quienes ejercen una actividad económica, sino que debe ampararse también a los individuos que adquieren los productos o contratan los servicios de aquellos.

Las constituciones han reconocido a los usuarios y los consumidores como nuevos sujetos de derechos que acceden a un sistema libre de precios, pudiendo ellos aprovisionarse de alimentos, fármacos y productos en general, en condiciones de inocuidad, calidad y cantidad disponible adecuada y suficiente, con prestación eficiente y oportuna del suministro.

El cuarto elemento constitutivo implica las *ganancias libres*, toda vez que el constitucionalismo económico expresa que los actos de comercio y el desarrollo de actividades laborales se rigen de acuerdo con los términos impuestos por la norma.

Aunque las constituciones económicas protegen el ejercicio del trabajo en todas sus formas, se exige que cualquier actividad comercial, financiera o mercantil esté enmarcada en lo lícito; cabe aclarar que la propia Constitución boliviana, mediante el artículo 325, establece la especulación, el acaparamiento, el agio, la usura, el contrabando, la evasión impositiva y otros tipos penales conexos como delitos económicos, lo que comprueba la voluntad del constituyente de criminalizar estas conductas generadoras de ganancias ilícitas.

Finalmente, el quinto elemento del derecho a la libre competencia es la *igualdad de competidores ante la ley*, respecto de lo cual las constituciones procuran instaurar escenarios equilibrados entre los comerciantes, las empresas, los inversionistas, los sectores productivos y cualquier forma de organización que pretenda llevar a cabo tareas de naturaleza económica, a partir del modelo económico estatal que resulte adoptado.

De no complementarse el análisis constitucional con componentes económicos sería inviable interpretar adecuadamente este instituto jurídico, pues la búsqueda de condiciones igualitarias para quienes deciden emprender no contempla únicamente el respeto de sus derechos, por cuanto corresponde estudiar aspectos contables, financieros, comerciales, mercantiles, monetarios u otros, todo ello en términos propios del derecho económico.³⁶

2. Preceptos y cláusulas de interpretación económica de la Constitución

Con los fundamentos teórico-doctrinales expresados, puede colegirse que el derecho constitucional posee profunda vinculación con el derecho económico. No obstante, la jurisdicción constitucional, a través de cortes, salas y tribunales constitucionales, puede intervenir con pronunciamientos concretos respecto al sistema económico estatal, los derechos económicos constitucionalizados, los principios que rigen la actividad económica y una serie de términos que están inmersos en el modelo productivo de un país.

Un ejemplo de esta aseveración lo representa la Sentencia C-700 de 1999 de la Corte Constitucional de Colombia. El acceso a una vivienda digna es un derecho, y la población suele acudir, para poder obtener una habitación propia, al financiamiento de un banco. Sin embargo, con la crisis hipotecaria de finales del siglo XX y la creciente inflación que afectó por entonces a Colombia, los deudores no pudieron honrar sus obligaciones con las entidades crediticias. En ese contexto, la Corte Constitucional, preocupada por la capacidad de los usuarios para amortizar sus deudas, determinó que las tasas de interés de los créditos de vivienda tendrían que ser las más bajas del sistema financiero puesto que, de lo contrario, esto es, en el supuesto de fijar mecanismos que convirtieran en impagables las cuotas, se estarían vulnerando los derechos de quienes acceden a estos préstamos.³⁷ Dicho caso es muestra concreta de la intervención económica que puede llevar a cabo la jurisdicción constitucional, precautelando la supremacía de la Norma Fundamental.

Por este motivo, el derecho procesal constitucional, a pesar de contar con sus propias reglas, tomará en consideración determinados postulados del derecho económico, a los que la dogmática llama preceptos y cláusulas de interpretación económica de la Constitución, debiendo emplearse por los juzgadores constitucionales para generar un ambiente de seguridad jurídica.

³⁶ Andrea Alarcón Peña, “La libre competencia económica en el derecho colombiano: una revisión desde la economía social de mercado y sus implicaciones normativas”, *Prolegómenos* 19, n.º 37 (2016): 109-124. <https://doi.org/10.18359/prole.1683>.

³⁷ Yira López-Castro, “Los créditos hipotecarios en la jurisprudencia constitucional de tutela: una historia de banalización del derecho a la vivienda”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 56 (2023): 191-215. <https://doi.org/10.18601/01229893.n56.07>.

2.1. Preceptos económico-constitucionales

Los preceptos económicos se entienden como manifestaciones básicas del sistema jurídico, destinados a lograr un cabal entendimiento de las instituciones del derecho económico. Si el cuerpo normativo donde se hallan es la Ley Fundamental, entonces los preceptos económicos asegurarán una interpretación de los derechos u otras partes de la Constitución.

De esta forma, los preceptos económicos se reflejan en los principios constitucionales que regulan la actividad económica del Estado, por lo que servirán como soporte de las resoluciones pronunciadas en la justicia constitucional, justificando ampliamente las decisiones asumidas.

Ahora bien, producto del desarrollo jurisprudencial peruano, Montoya Chávez explica que el derecho constitucional económico reconoce dos clases de preceptos, según la manera en que emergen.³⁸ Cuando estas máximas son idealizadas por voluntad del constituyente e incluidas expresamente en la Norma Suprema, entonces se habla de preceptos constitucionales explícitos. Es el caso de la Constitución Económica de Bolivia, que está reforzada por los principios de complementariedad, reciprocidad, solidaridad, redistribución, igualdad, seguridad jurídica, sustentabilidad, equilibrio, justicia y transparencia.

En cambio, si en la adopción de estos principios interviene la jurisprudencia de cortes, salas o tribunales constitucionales, habrán de ser nombrados como preceptos constitucionales implícitos. Como producto de las necesidades del sistema económico y los cambios en el modelo económico de los Estados, la jurisdicción constitucional queda habilitada para agregar nuevos preceptos de interpretación que, según el contexto mercantil o financiero, permitan el desarrollo permanente de los actos de comercio.

2.2. Cláusulas de interpretación de las constituciones económicas

Las corrientes del derecho económico y el derecho constitucional defienden la vigencia de *cláusulas de interpretación económica*, primordialmente utilizadas durante el ejercicio del control de constitucionalidad.³⁹

La primera cláusula interpretativa de la Constitución Económica está fundamentada por la relación entre el control de constitucionalidad y las decisiones económicas. Sucede que la jurisdicción constitucional no puede mostrar indiferencia con los indicadores económicos, razón por la que, a pesar de existir principios

³⁸ Victorhugo Montoya Chávez, "Principios rectores de la Constitución Económica", *Foro Jurídico*, n.º 9 (2009): 155-166.

³⁹ Édgar Andrés Quiroga Natale, "El control constitucional como instrumento de intervención económica", *Con-texto*, n.º 23 (2007): 11-28.

constitucionales de la actividad económica, las resoluciones deben ajustarse a la realidad monetaria, financiera y empresarial del país.

Esto ha generado asperezas entre economistas y abogados, dado que los primeros se respaldan en cifras o datos numéricos sobre el contexto económico para asumir una postura, mientras que los segundos aplican solamente la norma jurídica, sin considerar la capacidad financiera o las posibilidades de cumplir o no con los veredictos, en algunas ocasiones exhortando a los Estados a realizar tareas que demandan gastos presupuestarios no contemplados.⁴⁰

Otra cláusula de interpretación económica se basa en el control de constitucionalidad bajo la regla de la proporcionalidad. Desde la perspectiva del constitucionalismo económico, la protección jurídica de los derechos tiene una justificación económica, en cuanto estos representan bienes públicos.

Así las cosas, cuando la jurisdicción constitucional intervenga en el sistema económico estatal o sus fallos puedan tener efectos sobre las actividades económicas de un país, deberá estructurar sus razonamientos con base en las premisas de idoneidad (el juez constitucional realiza un contraste entre la medida de intervención y los principios constitucionales), necesidad (en búsqueda de una menor afectación de derechos) y proporcionalidad en sentido estricto (determinando si la resolución pronunciada otorga bienestar colectivo o particular).

Evidentemente, el derecho constitucional económico aporta múltiples reglas aplicables al proceso constitucional, esencialmente al resolver problemas jurídicos en materia comercial, tributaria, aduanera, y en cualquier aspecto relativo al sistema económico de los Estados.

Por ejemplo, mediante las sentencias C-540, C-579 y C-404 de 2001, la Corte Constitucional de Colombia dispuso que los legisladores gozan de un amplio margen de configuración con ocasión del diseño de reglas que orienten las decisiones macroeconómicas. Además, determinó que la Constitución debe analizarse dinámicamente, por lo que las transformaciones socioeconómicas son relevantes para interpretar las labores desarrolladas por los órganos públicos, en el momento de elaborar políticas con incidencia en la economía del país.

El Tribunal Constitucional de Perú tampoco permanece aislado de los influjos económicos. Más aún, con la apertura comercial que atraviesa el mundo globalizado, la jurisdicción constitucional debe fallar considerando el espectro productivo del Estado, ya que la materialización de los derechos económicos implica una forma constitucionalmente válida para elevar el nivel de vida de los consumidores y usuarios, según indica la Sentencia 01405-2010-PA/TC de 6 de diciembre.⁴¹

⁴⁰ Hugo Acero, “Las órdenes de la Corte Constitucional que no se cumplen”, *Razón Pública* (blog), 9 de abril de 2023. <https://razonpublica.com/las-ordenes-la-corte-constitucional-no-se-cumplen/>.

⁴¹ Omar Abraham Ahomed Chávez, “Análisis jurisprudencial de la economía del bienestar en la Constitución Económica material peruana”, *Giuristi. Revista de Derecho Corporativo* 1, n.º 1 (2020): 3-28. <https://doi.org/10.46631/Giuristi.2020.v1n1.02>.

En suma, las cortes, salas y tribunales constitucionales tienen un enfoque jurídico predominante pero, mediante las cláusulas estudiadas y otras de similar naturaleza, podrán comprender el dinamismo económico a los fines de que las sentencias emitidas o cualquier medida jurisdiccional de intervención asumida no impidan el debido desenvolvimiento del aparato productivo de los países.

Conclusiones

El derecho constitucional y el derecho económico son dos grandes disciplinas jurídicas, que presentan numerosos puntos en común para la implementación de un modelo de Estado. Gracias al relacionamiento de las ciencias jurídicas con la rama económica surgió el denominado constitucionalismo económico, cuyo principal propósito es el de orientar, tanto a los legisladores como a los operadores de justicia, durante la interpretación jurídica de aquellos artículos de la Constitución redactados con una finalidad comercial, mercantil, financiera u otra conexas a la actividad económica.

La vinculación indisoluble de ambas categorías ha permitido analizar las características de las constituciones económicas, identificar derechos de naturaleza mercantil (es el caso del derecho a la propiedad, la libertad de empresa o la libre competencia), profundizar el nexo entre el Estado y el empresariado, y aplicar adecuadamente los principios rectores de la actividad financiera, aspecto trascendental para garantizar la satisfacción de las necesidades de la población.

La jurisdicción constitucional, en el momento de tramitar acciones o recursos sobre cuestiones inherentes al sistema económico estatal, si bien suele acudir al derecho constitucional y su procedimiento, no puede descuidar preceptos y cláusulas de interpretación propios del derecho económico pues, en la medida en que sean utilizadas las propias pautas de esta última disciplina, se obtendrán decisiones firmes y con fuerza jurídica que eviten tensiones de los derechos de las personas con los derechos reconocidos a los comerciantes, los empresarios, los usuarios o consumidores y, en general, de cualquier otro individuo que oferte bienes o servicios.

Bibliografía

- ACERO, Hugo. “Las órdenes de la Corte Constitucional que no se cumplen”. *Razón Pública* (blog), 9 de abril de 2023. <https://razonpublica.com/las-ordenes-la-corte-constitucional-no-se-cumplen/>.
- AHOMED CHÁVEZ, Omar Abraham. “Análisis jurisprudencial de la economía del bienestar en la constitución económica material peruana”. *Giuristi. Revista de Derecho Corporativo* 1, n.º 1 (2020): 3-28. <https://doi.org/10.46631/Giuristi.2020.vin1.02>.

- ALARCÓN PEÑA, Andrea. “La libre competencia económica en el derecho colombiano: una revisión desde la economía social de mercado y sus implicaciones normativas”. *Prolegómenos* 19, n.º 37 (2016): 109-124. <https://doi.org/10.18359/prole.1683>.
- ALVEAR TÉLLEZ, Julio. “Hacia una concepción comprehensiva de la libertad económica. Un paradigma a desarrollar”. *Estudios Constitucionales* 13, n.º 1 (2015): 321-372. <https://doi.org/10.4067/So718-52002015000100010>.
- ARAGÓN REYES, Manuel. “El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa”. *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, n.º 4 (2004): 1-34.
- BEJARANO TORREJÓN, Hugo. “La función económico-social: un medio de acceso y conservación de la tenencia de la tierra en Bolivia” (2018). http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/68483/Documento_completo.pdf?sequence=1.
- BOETTIGER PHILIPPS, Camila. “Funciones económica, jurídica y social de la propiedad privada: tres cuestiones clave para su discusión constitucional”. *Revista de Derecho UDD*, n.º 43 (2021): 73-102.
- CABALLERO ÁLVAREZ, Rafael. “Apuntes metodológicos para evaluar la efectividad de una ley”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 52, n.º 154 (2019): 411-423. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2019.154.14148>.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo y EDUARDO ALDUNATE LIZANA. “Evolución histórica del concepto de propiedad”. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 30 (2008): 345-385. <https://doi.org/10.4067/So716-54552008000100013>.
- DE LA CUADRA, Fernando. “Buen Vivir: ¿Una auténtica alternativa post-capitalista?”. *Polis* 14, n.º 40 (2015): 7-19. <https://doi.org/10.4067/So718-65682015000100001>.
- ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA. *Constitución Política del Estado de 7 de febrero de 2009*. La Paz: Gaceta Oficial de Bolivia, 2009. <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/app/webroot/archivos/CONSTITUCION.pdf>.
- FORO CONSTITUCIONAL. “El rol de la economía en el proyecto de nueva Constitución”. *Foro Constitucional* (blog), 2022. <https://foroconstitucional.uc.cl/2022/08/26/el-rol-de-la-economia-en-el-proyecto-de-nueva-constitucion/>.
- GAMBOA ALBA, Shirley. “Constitución económica: evolución de la regulación de la economía en el marco constitucional boliviano”. *Tribuna Jurídica* 3, n.º 3 (2022): 80-91.
- GARCÍA, Ángel M. y Vilma M. PAREDES. “Una reflexión (sustantiva) sobre la reciente ‘Ley de la Empresa Pública’”. *Iuris Tantum. Revista Boliviana de Derecho*, n.º 18 (2014): 550-565.
- GUTIÉRREZ O., Jahir A. “Análisis económico del derecho y del derecho económico bajo revisión empresarial”. *Opinión Jurídica* 11, n.º 21 (2012): 117-134.
- HERNÁNDEZ GUIJARRO, Fernando. “El principio constitucional de capacidad económica en las tasas. Un estudio de la jurisprudencia”. *Iuris Tantum. Revista Boliviana de Derecho*, n.º 23 (2017): 420-439.
- HERNÁNDEZ GUIJARRO, Fernando. “Los principios de generalidad e igualdad en la normativa tributaria municipal y su infracción por las ordenanzas fiscales”. *Iuris Tantum. Revista Boliviana de Derecho*, n.º 19 (2015): 360-377.

- HUANCA AYAVIRI, Félix. “Estudio del derecho desde la economía”. *Revista Jurídica Derecho* 2, n.º 3 (2015): 97-114.
- HURTADO MUÑOZ, Vladimir. “La disyuntiva inicial del emprendedor: emprender individualmente o emprender en sociedad”. *Investigación y Negocios* 11, n.º 18 (2018): 111-122.
- IRURETA URIARTE, Pedro. “El núcleo laboral del derecho constitucional a la libertad de empresa”. *Estudios Constitucionales* 11, n.º 2 (2013): 369-424.
- LAISE, Luciano D. y Gustavo MANZO UGAS. “Las desviaciones del sistema económico constitucional y el ocaso económico venezolano”. *Derecho y Ciencias Sociales*, n.º 25 (2021). <https://doi.org/10.24215/18522971e095>.
- LÓPEZ DAWSON, Carlos. “¿Constitución heredada es Constitución legitimada?”. *Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia* 2, n.º 6 (2017): 13-44. <https://doi.org/10.32870/dgedj.voi6.89>.
- LÓPEZ-CASTRO, Yira. “Los créditos hipotecarios en la jurisprudencia constitucional de tutela: una historia de banalización del derecho a la vivienda”. *Revista Derecho del Estado*, n.º 56 (2023): 191-215. <https://doi.org/10.18601/01229893.n56.07>.
- MARTIN CORONADO, José-Manuel. “La teoría transversal del derecho económico”. Estudio Martin Abogados & Economistas, 2011. <https://www.geocities.ws/jose-manuel-martin-coronado/papers/MARTIN-Jose-Manuel-teoria-transversal-del-derecho-economico.pdf>.
- MASBERNAT, Patricio. “Derecho constitucional económico, Tomo I: Garantías económicas, doctrina y jurisprudencia”, Fernando Vohringer, Arturo, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1.ª edición, 2000, 252 páginas”. *Ius et Praxis* 7, n.º 2 (2001): 501-506. <https://doi.org/10.4067/S0718-00122001000200025>.
- MASBERNAT, Patricio. “Reglas y principios de justicia tributaria: aportes del derecho español al derecho comparado”. *Revista de Derecho* 20, n.º 1 (2013): 155-191. <https://doi.org/10.4067/S0718-97532013000100007>.
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P. “Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 87, n.º 723 (2011): 139-209.
- MONTOYA CHÁVEZ, Victorhugo. “Principios rectores de la Constitución Económica”. *Foro Jurídico*, n.º 9 (2009): 155-166.
- PARDOW, Diego. “La regulación constitucional de las empresas públicas: una historia de cronopios y famas” (2021). <https://mirada.fen.uchile.cl/articulo/ver/la-regulacion-constitucional-de-las-empresas-publicas-una-historia-de-cronopios-y-famas>.
- QUIROGA NATALE, Édgar Andrés. “El control constitucional como instrumento de intervención económica”. *Con-texto*, n.º 23 (2007): 11-28.
- PARDOW LORENZO, Diego y Rodrigo VALLEJO GARRETÓN. “Fiscalización y transparencia en las empresas del Estado: ¿es más sinónimo de mejor?”. *Revista de Derecho Público*, n.º 71 (2009): 220-240. <https://doi.org/10.5354/rdpu.voi71.35694>.

- REYNOSO CASTILLO, Carlos. “Las transformaciones del concepto de empresa”. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, n.º 18 (2014): 133-158.
- RODRÍGUEZ CAIRO, Vladimir. “Principio constitucional de la libre competencia”. *Cuestiones Constitucionales*, n.º 44 (2021): 257-289. <https://doi.org/10.22201/iiij.24484881e.2021.44.16165>.
- SÁNCHEZ GIL, Maritza. “La función social y la función económica social en la Constitución Política: un medio de acceso para la conservación de la tierra”, 61-68. La Plata: Universidad Nacional de La Plata (UNLP) - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2018. http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/68483/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- SANROMÁN, Roberto. “La empresa y el derecho económico: sus obligaciones, responsabilidades frente al Estado”. *Prospectiva Jurídica* 9, n.º 17 (2018): 91-104.
- TRUJILLO, Julio César y Agustín GRIJALVA. “El fundamento constitucional de la nueva economía” (2013). <http://repositorio.flacsoandes.edu.ec/handle/10469/4621>.
- VIERA ÁLVAREZ, Christian, Jaime BASSA MERCADO y Juan Carlos FERRADA BÓRQUEZ. “Una aproximación a la idea de ‘Constitución Económica’ y sus alcances en la Constitución chilena”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 49, n.º 145 (2016): 1-37.
- WILLINER, Alicia. *Visiones de desarrollo: perspectivas indígenas, estatales y empresariales*. La Paz: Fundación Konrad Adenauer, 2013. https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=e9cbfe63-9f92-dcco-335b-afb57e4c93fb&groupId=252038.
- ZÚÑIGA ORTEGA, Alejandra Verónica. “Aspectos económico-constitucionales de los DESC y los derechos civiles y políticos en México”. *Estudios de Deusto* 63, n.º 2 (2015): 283-293. [https://doi.org/10.18543/ed-63\(2\)-2015pp283-293](https://doi.org/10.18543/ed-63(2)-2015pp283-293).
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco. “Constitución y ‘cláusulas económicas y sociales’: algunas notas acerca de la operatividad de las normas constitucionales”. *Cuestiones Constitucionales*, n.º 21 (2009): 319-345.

José Ignacio Hernández G.* (Venezuela)

Derecho constitucional y economía: las fallas del constitucionalismo transformador en Venezuela y las lecciones para Chile

RESUMEN

La evolución del derecho constitucional en América Latina encuentra en la Constitución de Venezuela de 1999 un importante hito. Las cláusulas económicas de esa Carta Fundamental definieron un sistema económico de rasgo estatista, el cual, en parte, facilitó la implementación de políticas públicas que provocaron una emergencia humanitaria compleja. Las fallas del modelo venezolano son una lección para el nuevo proceso constituyente de Chile, el cual debería evitar la tentación de diseñar una Constitución económica indebidamente ambiciosa, que realizando el rol del Estado en la economía genere incentivos para políticas predatorias. La Ley 21.533 de 17 de enero de 2023, al sentar las bases del nuevo proceso constituyente chileno, permite evitar esos riesgos, diseñando una Constitución económica centrada en el bien común.

Palabras clave: Constitución Económica; fragilidad estatal; constitucionalismo transformador; Constitución de Venezuela; derechos económicos y sociales.

Constitutional law and economics: the shortcomings of Venezuela's transformational constitutionalism and lessons for Chile

ABSTRACT

Venezuela's 1999 Constitution is an important milestone in the evolution of constitutional law in Latin America. This Constitution's economic clauses defined an eco-

* Profesor de la Universidad Central de Venezuela y de la Universidad Católica Andrés Bello. Profesor invitado en la Pontificia Universidad Católica y Madre Maestra (República Dominicana) y en la Universidad de Castilla-La Mancha (España). Miembro del Grupo de Derecho Global de la Universidad de La Coruña (España). Investigador de la Escuela Kennedy de la Universidad de Harvard (Estados Unidos). ignandez@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1031-8541>.

conomic system with a statist character, which, in part, facilitated the implementation of public policies that led to a complex humanitarian emergency. The shortcomings of the Venezuelan model are a lesson for the new constitution-making process in Chile, which should avoid the temptation to design an overly ambitious economic constitution that, by emphasizing the role of the State in the economy, generates incentives for predatory policies. Law 21.533 of January 17, 2023, in laying the foundations for the new Chilean constitution-making process, makes it possible to avoid these risks by designing an economic constitution centered on the common good.

Keywords: Economic constitution; state fragility; transformative constitutionalism; Constitution of Venezuela; economic and social rights.

Verfassungsrecht und Wirtschaft: die Defekte des transformativen Konstitutionalismus in Venezuela und seine Lektionen für Chile

ZUSAMMENFASSUNG

Für die Entwicklung des lateinamerikanischen Verfassungsrechts ist die venezolanische Verfassung von 1999 ein Meilenstein. In den Wirtschaftsklauseln dieses Grundgesetzes wurde ein staatszentriertes Wirtschaftssystem definiert, das zum Teil die Durchsetzung öffentlicher Politiken erleichterte, die eine komplexe humanitäre Notlage auslösten. Die Defekte des venezolanischen Modells sind eine Lehre für den neuen Verfassungsgebungsprozess in Chile, der der Versuchung widerstehen sollte, eine allzu ehrgeizige Wirtschaftsverfassung auszuarbeiten, die unter Betonung der Rolle des Staates in der Wirtschaft Anreize für rücksichtslose politische Maßnahmen schafft. Das Gesetz 21.533 vom 17. Januar 2023, mit dem die Grundlagen für den neuen Verfassungsgebungsprozess in Chile geschaffen wurden, ermöglicht es, diese Risiken zu vermeiden und eine am Gemeinwohl orientierte Wirtschaftsverfassung zu erarbeiten.

Schlüsselwörter: Wirtschaftsverfassung; fragile Staatlichkeit; transformativer Konstitutionalismus; Verfassung von Venezuela; wirtschaftliche und soziale Rechte.

Introducción

El derecho constitucional comparado en América Latina ha venido siendo estudiado, entre otras, desde las siguientes dos perspectivas: como un “derecho constitucional transformador” y como un “nuevo constitucionalismo”. A su vez, la tesis del nuevo constitucionalismo admite, cuando menos, dos variantes: en una, el énfasis se hace en los mandatos de transformación derivados de la Constitución; en otra –conocida como “nuevo constitucionalismo latinoamericano”– se agregan otros rasgos distintivos que giran sobre la reconfiguración de la democracia participativa.

Más allá de las importantes diferencias presentes en estas visiones del derecho constitucional en América Latina, encontramos un rasgo común: la Constitución

contiene mandatos de transformación, incluso relacionados con derechos económicos y sociales, orientados a promover condiciones reales de igualdad en la economía. Este rasgo común permite concluir que las constituciones políticas en la región no son solo pactos de libertad llamados a prevenir el abuso del Estado, sino que también son pactos llamados a impulsar la transformación del orden socioeconómico mediante la promoción de condiciones reales de igualdad en la economía. El signo característico de esta transformación es el amplio reconocimiento de derechos económicos y sociales, o de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (Desca), que imponen mandatos positivos de actuación en cabeza de los poderes públicos y, especialmente, de la Administración.

Así, ya desde 1917, las constituciones en la región han incorporado de manera gradual estos derechos, lo que ha venido acompañado de la ampliación del rol del Estado en la economía, en especial, para promover condiciones reales de igualdad. Como resultado, el estudio del derecho constitucional también se extiende a las reglas, los principios y valores constitucionales que definen el marco jurídico fundamental de la economía, o sea, la Constitución económica. En la región, la Constitución económica comprende los derechos económicos que permiten el libre intercambio de bienes y servicios, así como las funciones del Estado en la economía, tanto para ordenar y limitar el ejercicio de esos derechos como para llevar a cabo una actividad prestacional orientada a garantizar el acceso equitativo a los Desca.

Además, el reconocimiento de estos derechos es un elemento característico de la Constitución económica en América Latina por la directa y preferente aplicación del derecho interamericano. En efecto, a partir de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y del Protocolo de San Salvador, los mandatos positivos de actuación de los Estados se reforzaron, y con ello la obligación de transformar las condiciones materiales de desigualdad para asegurar el acceso equitativo a los bienes y servicios anejos a los Desca.

Sin embargo, el diseño de la Constitución económica en el derecho interamericano y el derecho constitucional asume que el Estado tiene capacidad para cumplir los mandatos de transformación. Tan es así que uno de los objetivos es prevenir el abuso de poder, todo lo cual supone que el Estado tiene capacidad suficiente como para abusar, en especial, en lo que respecta al cumplimiento de los mandatos de transformación. Sin embargo, en la práctica, no siempre el Estado tiene esa capacidad.

En realidad, lo común es que la capacidad del Estado para cumplir con los mandatos de transformación de la Constitución económica sea limitada, todo lo cual se traduce en mandatos que el Estado no puede atender directamente. Quizás el mejor signo de lo anterior, realizado por la pandemia del covid-19, es que, a pesar de los mandatos ambiciosos de transformación hacia la igualdad, América Latina es considerada como una de las regiones más desiguales del mundo.¹

¹ Las consideraciones teóricas sobre capacidad estatal y derecho constitucional en América Latina empleadas en este texto han sido inicialmente expuestas en José Ignacio

Es posible, así, hablar de Constitución económica fallida, para describir la brecha entre el ámbito *de iure* –el deber ser– y el ámbito *de facto* –la ejecución práctica de la Constitución–. El estudio de esta brecha es especialmente útil cuando su causa es la limitada capacidad del Estado, o la fragilidad estatal. De esa manera, la Constitución económica puede ser incumplida por decisiones políticas, por ejemplo, cuando el Gobierno decide emprender políticas que menoscaban los derechos económicos. Pero es posible también que la Constitución Económica sea incumplida por cuanto el Estado no cuenta con capacidad suficiente, en especial, para la efectiva realización de los mandatos de transformación.

Partiendo del análisis interdisciplinario, este artículo estudia la incidencia de la fragilidad estatal en América Latina desde la perspectiva de la Constitución económica, y para estos fines toma en cuenta el caso de Venezuela. La Constitución de Venezuela de 1999 estableció ambiciosos mandatos de transformación socioeconómica que han influenciado a otras constituciones, incluyendo el Proyecto de Constitución aprobado por la Convención Constitucional de Chile de 2022. Sin embargo, la Constitución económica de 1999 es una promesa incumplida, pues el Estado no tiene capacidad suficiente para la efectiva implementación de los mandatos de transformación. Frente al ámbito *de iure* basado en la justicia social, impera en Venezuela el ámbito *de facto* de la emergencia humanitaria compleja.² De esta experiencia derivan importantes lecciones para el proceso constituyente chileno.

1. Constitución económica y constitucionalismo transformador en América Latina: una aproximación desde la fragilidad estatal

La Constitución económica, siguiendo el concepto de Manuel García-Pelayo, puede definirse como el conjunto de normas que, en la Constitución, establecen el marco

Hernández, *La pandemia de la Covid-19 y el derecho administrativo en América Latina. Un estudio sobre la fragilidad de las administraciones públicas* (Bogotá: Tirant lo Blanch, 2022), 215. Sobre el impacto jurídico de la pandemia véase Carlos Delpiazzo, “¿Derecho administrativo de la emergencia?”, en *Derecho administrativo para las emergencias*, ed. por Jaime Villacreces (Quito: CEP-Ideas, 2020), 51.

² La emergencia humanitaria compleja es una crisis que afecta la capacidad del Estado y de la sociedad civil para garantizar y satisfacer necesidades básicas, todo lo cual deriva en privaciones que resultan contrarias a la dignidad humana. Estas privaciones pueden variar desde graves desórdenes civiles que amenazan la vida y la seguridad, hasta la exclusión de bienes y servicios esenciales para garantizar una existencia digna, como alimentos. El calificativo *complejo* aplica por cuanto esta crisis no es resultado de desastres naturales, sino de políticas públicas o decisiones adoptadas por grupos de poder. Véase Raimo Väyrynen, “Complex humanitarian emergencies: Concepts and issues”, en *War, Hunger, and Displacement*. Volume 1 (Oxford: Oxford University Press, 2011), 48.

jurídico fundamental de la economía.³ Este marco jurídico se corresponde con el concepto de instituciones, empleado en las ciencias económicas por Douglass North a los fines de describir las reglas –formales e informales– que inciden en la conducta humana para reducir los costos de transacción.⁴

Así, la Constitución económica contiene las instituciones fundamentales que inciden en el intercambio de bienes y servicios. En Estados democráticos, estas instituciones no prejuzgan sobre los modelos que, en su ejecución, podrán implementar los poderes públicos. Esto es lo que se conoce como el principio de flexibilidad de la Constitución económica, de acuerdo con el cual esta define un amplio espectro de políticas públicas que serán implementadas de acuerdo con el juego democrático.⁵ De allí la distinción entre el sistema económico –el marco jurídico fundamental– y el modelo económico –las políticas que se implementan dentro de ese marco–. En constituciones no democráticas no existe tal flexibilidad, pues la Constitución impone un modelo económico único, al no ser necesario garantizar los cambios en los modelos económicos basados en la soberanía popular.⁶

Desde la Carta Política de México de 1917, en América Latina la Constitución económica comenzó a abarcar el reconocimiento de derechos económicos y sociales, esto es, derechos cuya satisfacción requiere de la oferta de bienes y servicios, y respecto de los cuales el Estado asume como cometido la garantía de acceso equitativo.⁷ Como consecuencia, las cláusulas económicas de la Constitución se hicieron mucho más densas, ampliándose los cometidos que el Estado debe cumplir, especialmente, para garantizar condiciones reales de igualdad.⁸

³ Manuel García-Pelayo, “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”, en Manuel García-Pelayo, *Obras completas*. Tomo III (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991), 2851.

⁴ Douglass North, *Institutions, institutional change and economic performance* (Cambridge: Cambridge University Press, 1999), 36.

⁵ Sebastián Martín-Retortillo Baquer, “La ‘Constitución Económica’ en el texto de la Constitución española de 1978”, en *Constitución y constitucionalismo hoy* (Caracas: Fundación Manuel García-Pelayo, 2000), 144.

⁶ El principio de flexibilidad es también referido como neutralidad, pues la Constitución democrática no prejuzga sobre los modelos económicos que podrán ser implementados. Véase Christian Viera Álvarez, Jaime Bassa Mercado y Juan Carlos Ferrada Bórquez, “Una aproximación a la idea de ‘Constitución económica’ y sus alcances en la constitución Chilena”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 145, n.º 9 (2016): 325.

⁷ Francisco Fernández Segado, “Un siglo del nacimiento de una nueva era constitucional, la del constitucionalismo social: la Carta de Querétaro de 1917”, *Revista de las Cortes Generales*, 100-102 (2017): 181; Roberto Gargarella, *Latin American constitutionalism, 1810-2010: The engine room of the Constitution* (Oxford: Oxford University Press, Oxford, 2013), 140.

⁸ Sebastián Martín-Retortillo Baquer, *Derecho administrativo económico*. Tomo I (Madrid: La Ley, 1991), 26; Ignacio Sotelo, *El Estado social: antecedentes, origen, desarrollo y declive* (Madrid: Trotta, 2010), 139.

1.1. Las cláusulas económicas constitucionales del Estado social de derecho y el constitucionalismo transformador

Los cambios en la Constitución económica iniciados en América Latina con la ya citada Carta mexicana de 1917 se corresponden con la transformación del Estado liberal al Estado social estudiada en el derecho comparado.⁹ Esta transformación adecuó los pilares del Estado de derecho –supremacía de la Constitución, separación de poderes y garantía de derechos fundamentales– a los cometidos que el Estado asumió para garantizar el acceso equitativo a bienes y servicios anejos a derechos económicos y sociales, con la finalidad última de promover condiciones reales de igualdad. Estos derechos económicos y sociales, como derechos de igualdad, han sido considerados como derechos prestacionales.¹⁰

En efecto, los derechos económicos y sociales, y, dentro del sistema interamericano, los Desca, garantizan a las personas el acceso a ciertos bienes y servicios considerados inherentes a la dignidad humana. De acuerdo con las bases de la economía de mercado, el intercambio de bienes y servicios es resultado de la concurrencia de la oferta y la demanda, lo que permite fijar el precio de equilibrio. Este precio supone que un sector de la demanda quedará insatisfecho, típicamente, pues debido a restricciones presupuestarias no podrá adquirir el bien o servicio al precio de mercado. En condiciones óptimas, esta demanda podrá acceder a bienes sustitutos. Además, la exclusión de un sector de la demanda es una señal que la oferta puede considerar para ampliar el suministro de bienes y servicios. Por lo anterior es que, bajo condiciones óptimas, el precio de equilibrio favorece la eficacia. Pero esas condiciones no siempre están presentes y los mercados pueden fallar. En concreto, los mercados pueden ser incompletos, excluyendo a sectores de la población de categorías de productos cuya privación pone en riesgo la dignidad humana. Esta es la razón económica que justifica la intervención del Estado para asegurar el acceso a estos bienes y servicios.¹¹

Precisamente, los Desca garantizan el acceso a bienes y servicios esenciales para garantizar una existencia digna. Los derechos prestacionales aparejan el correlativo deber de ofrecer o garantizar la oferta de esos bienes y servicios para atender situaciones de desigualdad. Esto explica por qué los Desca son derechos prestacionales: ellos

⁹ Manuel García-Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporáneo* (Madrid: Alianza, 1981), 13. Desde el derecho constitucional se han observado las tensiones en torno a la compatibilidad entre los fundamentos del Estado de derecho –en especial, la separación de poderes– y los mandatos de transformación que derivan de la cláusula de Estado social. Véase Encarnación Carmona Cuenca, *El Estado social de derecho en la Constitución* (Madrid: Consejo Económico y Social, 2000), 44-45.

¹⁰ José Ramón Cossío Díaz, *Estado social y derechos de prestación* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989), 44.

¹¹ Véase, en general, Joseph Stiglitz y Jay Rosengard, *Economics of the Public Sector* (New York: W.W. Norton, 2015), 59.

requieren que un tercero ofrezca bienes y servicios de acuerdo con los estándares necesarios para asegurar una existencia digna, partiendo siempre de la desigualdad. De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana o Corte IDH), frente a estos derechos prestacionales, el Estado, especialmente por medio de la Administración económica, puede realizar dos tipos de actividades: i) puede ofrecer directamente esos bienes y servicios o ii) puede ordenar y limitar la oferta de esos bienes y servicios por la libre iniciativa privada.¹²

Por lo anterior es que no existe contradicción alguna entre el reconocimiento de los Desca y la protección constitucional de derechos constitucionales económicos que garantizan el libre intercambio de bienes y servicios, tales como la libertad de empresa y la propiedad privada. A nivel comparado, se alude al sistema constitucional de la economía social de mercado, el cual parte de dos grandes principios: i) la oferta de bienes y servicios queda sujeta a la libre decisión de la oferta y la demanda por medio de los mecanismos de mercado. Estos mecanismos, se aclara, requieren de la intervención del Estado para proteger el mercado. Además, ii) el Estado, en especial a través de su Administración económica, debe realizar todas las actuaciones necesarias para asegurar el acceso equitativo a los Desca, promoviendo de esa manera condiciones materiales de igualdad, la redistribución de la riqueza y la justicia social.¹³

La difusión de los Desca en el derecho constitucional de América Latina y en el derecho interamericano ha permitido calificar a ese derecho constitucional como transformador, en el sentido de que uno de sus objetivos es promover la transformación de las condiciones prevalentes de desigualdad, a través de un diálogo entre los tribunales domésticos y la Corte Interamericana, todo lo cual conforma un *Ius constitutionale commune* en América Latina (ICCAL).¹⁴ Desde otra perspectiva, y especialmente a partir de la Constitución de Venezuela de 1999, los mandatos de

¹² Corte IDH, Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C, No. 149, párr. 92. Véase Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2017), 150.

¹³ Dieter Benecke, “Economía social de mercado. ¿Puede imitarse el modelo en América Latina?”, en *Economía social de mercado. Una respuesta humanista que supera [la] disyuntiva de Estado o mercado*, ed. por Jorge Maldonado y Sebastián Castillo (Santiago de Chile: Universidad Miguel de Cervantes-Fundación Konrad Adenauer, 2018), 17.

¹⁴ Armin von Bogdandy, “*Ius constitutionale commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 34 (2015): 3, así como “*Ius constitutionale commune* en América Latina. Aclaración conceptual”, en *Ius constitutionale commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, ed. por Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017), 137. Véase, igualmente, Flávia Piovesan, “*Ius constitutionale commune* latinoamericano en derechos humanos e impacto en el Sistema Interamericano: rasgos, potenciales y desafíos”, en *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, 61.

transformación han sido estudiados como parte de un nuevo constitucionalismo latinoamericano, que propone la reconfiguración del Estado por medio de mecanismos de participación directa que atemperan principios básicos de la democracia constitucional.¹⁵

El punto en común en estas dos visiones es el rol que cumple el derecho constitucional imponiendo mandatos de transformación, incluso relacionados con derechos prestacionales. Mientras la propuesta del ICCAL asume el estudio de esos mandatos desde los cauces del Estado social y democrático de derecho, el nuevo constitucionalismo latinoamericano propone una suerte de ruptura con esos cauces para configurar al Estado desde nuevas instituciones arraigadas en la democracia popular.

En resumen, el derecho constitucional transformador –entendido como la inclusión de mandatos de transformación y el reconocimiento de derechos prestacionales– puede ser valorado desde la óptica del ICCAL o desde la óptica del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Como veremos, el caso venezolano suele ser enmarcado desde esta última óptica.

1.2. La Constitución económica y las brechas de capacidad estatal

Tal y como han señalado Madhav y Tushnet, el derecho constitucional, al diseñar el marco institucional del Estado, suele presumir que este tiene la capacidad adecuada para cumplir efectivamente con los cometidos derivados de la Constitución y, también, del derecho internacional.¹⁶ Pero en la práctica, no siempre el Estado tiene capacidad suficiente, todo lo cual afecta la efectiva implementación de la Constitución y, en especial, de la Constitución Económica.

En las ciencias políticas y económicas, la capacidad estatal se define como la aptitud que tiene el Estado de diseñar e implementar de manera efectiva las políticas públicas necesarias para cumplir con los cometidos derivados de la Constitución y el derecho internacional. Esa capacidad depende de diversas variables, que en el

¹⁵ La expresión “nuevo constitucionalismo” puede tener dos sentidos muy diferentes. Desde una posición, el nuevo constitucionalismo describe las constituciones dictadas en la región a fines de la década de los ochenta, en las cuales se incluyen amplios mandatos de transformación asociados con derechos prestacionales. Véase Miguel Carbonell, “El neoconstitucionalismo en su laberinto”, en *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, ed. por Miguel Carbonell (Madrid: Trotta, 2007), 10. Por otro lado, se alude al “nuevo constitucionalismo (latinoamericano)”, especialmente en relación con la Constitución de Venezuela de 1999, la cual inspiró a las Constituciones de Ecuador y Bolivia. El rasgo distintivo de este concepto no es la existencia de mandatos de transformación, sino el fortalecimiento de mecanismos de participación popular, incluso, para limitar lo que se califica como poderes económicos. Véase Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, ed. por Ángel Oleas Gallo (Quito: Corte Constitucional de Ecuador, 2010), 19.

¹⁶ Madhav Khosla y Mark Tushnet, “Courts, constitutionalism, and State capacity: A preliminary inquiry”, *The American Journal of Comparative Law*, 70, n.º 1 (2022): 95.

ámbito estatal abarcan la capacidad financiera, la capacidad del servicio civil, la capacidad de las infraestructuras de las que dispone el Estado para el cumplimiento de sus fines y la capacidad derivada de la organización de todos estos elementos.¹⁷

En la práctica, la capacidad estatal es limitada, lo cual supone que hay cometidos que no pueden ser efectivamente cumplidos, y esto deriva en las áreas de limitada estatalidad, o sea, cometidos o tareas que el Estado no puede atender, y que generalmente resultan en mecanismos de gobernanza informales, como mercados negros y corrupción. La limitación en la capacidad estatal da lugar a una brecha entre los cometidos que el Estado debe cumplir –ámbito *de iure*– y los que efectivamente cumple –ámbito *de facto*–. Esta brecha refleja, así, la fragilidad del Estado. Todo Estado tiene áreas –mayores o menores– de fragilidad, que dan lugar a un ámbito de cometidos que no son atendidos por mecanismos formales de gobernanza, sino por mecanismos informales.¹⁸

América Latina, precisamente, se caracteriza por ser una región de Estados frágiles, en especial, en lo que respecta a la capacidad de la Administración pública, o del Estado administrativo.¹⁹ Así, la región logró construir capacidades para la dominación territorial, pero no capacidades adecuadas para la gestión de los cometidos estatales por medio de mecanismos burocráticos de dominación, esto es, la Administración pública. Debido a las brechas de capacidad de la Administración, en especial en lo que respecta al cumplimiento de los mandatos de transformación derivados de los Desca, surgen instituciones informales que amplían el ámbito de dominación patrimonial de la Administración, quien tiende a cumplir sus cometidos por medio de instituciones como el clientelismo y la corrupción.²⁰

En relación con la Constitución económica, la fragilidad estatal da lugar a áreas de limitada estatalidad, en las cuales la garantía de acceso equitativo a los bienes y servicios anejos a los Desca no es cumplida de manera efectiva. Esto se traduce en el acceso inequitativo a esos bienes y servicios, sea por cuanto sectores de la población son privados de ese acceso, sea por cuanto este acceso solo se procura por

¹⁷ Mark Dinicco, *State capacity and economic development present and past* (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), 10.

¹⁸ Thomas Risse, “Governance in areas of limited statehood”, en *The Oxford Handbook of Governance*, ed. por David Levi-Faur (Oxford: Oxford University Press, 2015), 700. Se suele aludir a las fallas de capacidad estatal para describir esas áreas. Véase Robert Rotberg, “Failed States, collapsed States, weak States”, en *State failure and State weakness in a time of terror*, ed. por Robert Rotberg (Washington, D.C.: World Peace Foundation and Brookings Institution Press, 2003), 1.

¹⁹ Sebastián Mazzuca, *Latecomer State formation: Political geography and capacity failure in Latin America* (New Haven: Yale University Press, 2021), 387. Para describir esa fragilidad se ha aludido a los leviatanes de papel. Véase Daron Acemoglu y James Robinson, *The narrow corridor. States, societies and the fate of liberty* (New York: Penguin Press, 2019), 344.

²⁰ Lant Pritchett, Kunal Sen y Eric Werker, “Deals and development: An introduction to the conceptual framework”, en *Deals and development: The political dynamics of growth episodes*, ed. por Lant Pritchett, Kunal Sen y Eric Werker (Oxford: Oxford University Press, 2018), 24.

mecanismos informales, como mercados negros y corrupción.²¹ Precisamente, la evidencia más fuerte de la fragilidad del derecho constitucional transformador es que, pese a los múltiples mandatos positivos y a los derechos prestacionales reconocidos para promover la igualdad, la región es considerada como una de las más desiguales del mundo.²²

Desde las ciencias políticas se ha señalado que América Latina se caracteriza por tener instituciones muy ambiciosas que promueven la igualdad real, pero que resultan muy frágiles, debido a la brecha que existe entre el ámbito de igualdad al cual aspiran las instituciones y las condiciones reales de desigualdad.²³ De ese modo, la Constitución económica es fallida, en el sentido de que el Estado no tiene capacidad suficiente para garantizar el cumplimiento efectivo de los mandatos de transformación.

Una forma de visualizar la fragilidad en la región es que, de acuerdo con la medición de Estados frágiles, el 75% de los países de América Latina están en áreas de riesgo por la limitada capacidad de cumplir adecuadamente con los cometidos públicos. En la región, sobresalen los casos –extremos, por lo demás– de Haití y Venezuela, en los cuales la fragilidad estatal ha afectado el cumplimiento de deberes básicos, asociados incluso al ejercicio del monopolio legítimo de la violencia.²⁴ Fuera de esos dos casos, lo que se aprecia en la región es una gradación la fragilidad estatal, que de todas maneras evidencia, como rasgo común, la fragilidad de los Estados para implementar efectivamente los mandatos de transformación que derivan de la Constitución económica.²⁵

²¹ Friedrich Schneider, “Shadow economies and corruption all over the world: what do we really know?”, en *The shadow economy, corruption and governance*, ed. por Michael Pickhardt y Edward Shinnick (Cheltenham: Edward Elgar, 2008), 122.

²² Matías Busso y Julián Messina, “Panorámica de la desigualdad del ingreso”, en *La crisis de la desigualdad: América Latina y el Caribe en la encrucijada*, ed. por Matías Busso y Julián Messina (Washington, D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo, 2020), 26.

²³ Daniel M. Brinks, Steven Levitsky y María Victoria Murillo, *Understanding institutional weakness. Power and design in Latin American institutions* (Cambridge: Cambridge University Press, 2019), 11.

²⁴ Las zonas de riesgo identifican Estados cuya fragilidad puede afectar el cumplimiento de funciones básicas, lo que podría derivar en graves desórdenes, crisis económicas y políticas y, eventualmente, violaciones de derechos humanos. Véase *Fund for Peace, Fragile State Index 2022*, Washington D.C., 6 y ss.

²⁵ Es importante recordar que del concepto de “Estado fallido” se ha pasado al concepto de “Estado frágil”, para describir las brechas de capacidad que impiden al Estado cumplir con sus cometidos. Existe una escala de fragilidad que, en casos extremos, da lugar a graves crisis civiles, políticas y sociales derivadas del colapso de la autoridad central y de la fractura del ejercicio legítimo de la violencia. Véase Douglass C. North, John Joseph Wallis y Barry R. Weingast, *Violence and social order. A conceptual framework for interpreting recorded human history* (New York: Cambridge University Press, 2009), 11 y ss. Al estudiar comparativamente a América Latina preferimos aludir al Estado frágil, pues, en suma, todos los Estados tienen fallas de capacidad estatal que les impide materializar efectivamente los mandatos de transformación.

2. Capacidad estatal y constitucionalismo transformador. La emergencia humanitaria en Venezuela y el proceso constituyente en Chile

De la sección anterior conviene extraer dos conclusiones generales para la mejor exposición de este apartado. América Latina se caracteriza por instituciones –reglas– que asignan cometidos muy ambiciosos al Estado para la transformación socioeconómica, en especial, en las cláusulas económicas del sistema interamericano y de las constituciones. Esas cláusulas económicas suelen definirse con flexibilidad, pero imponiendo límites que emplazan al Estado a intervenir –en especial, por medio de la Administración pública– para garantizar el acceso equitativo a los Desca. Al mismo tiempo, América Latina es una región de Estados frágiles, lo que determina restricciones para el cumplimiento efectivo de los mandatos de transformación. De allí la brecha de capacidad estatal, pues frente al ámbito *de iure* del derecho transformador predomina el ámbito *de facto* de la desigualdad económica.

De esta manera, la promoción del desarrollo inclusivo puede encontrar, como principal traba, la fragilidad estatal y no necesariamente el marco constitucional. Ante esto, en realidad, la reforma de la Constitución económica puede no tener incidencia real en el desarrollo, e incluso, puede derivar en efectos adversos al mismo. Para esbozar esta hipótesis tomaremos el caso de Venezuela, con el objeto de extraer de él algunas lecciones respecto del proceso constituyente de Chile.

2.1. Los mandatos de transformación de la Constitución de Venezuela de 1999: una promesa incumplida

La Constitución de Venezuela de 1999 puede ser estudiada desde el prisma del ICCAL o desde el prisma del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Como explicamos antes, en ambas visiones la Constitución es considerada como una institución que promueve la transformación socioeconómica, y de allí que pueda ser catalogada como una muestra del derecho constitucional transformador. No obstante, mientras que la propuesta del ICCAL no comparte el énfasis dado a los mecanismos de participación democrática directa,²⁶ el nuevo constitucionalismo latinoamericano se apoya en la exaltación de la participación popular para proponer una ruptura con los cauces tradicionales del derecho constitucional, tomando en cuenta, en especial, la Constitución de Venezuela de 1999.²⁷ Por ello, Brewer-Carías ha criticado tal visión, en tanto ella distorsiona los fundamentos de la democracia constitucional.²⁸

²⁶ Von Bogdandy, “*Ius constitutionale commune* en América Latina”.

²⁷ Roberto Viciano Pastor y Rubén Martínez Dalmau, “La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo”, *El Otro Derecho*, n.º 48 (2013): 63.

²⁸ Como observa Brewer-Carías, la tesis del nuevo constitucionalismo latinoamericano, basado en esta visión peculiar de la soberanía popular, puede socavar las bases de la democracia

En todo caso, la Constitución de Venezuela es un ejemplo de la línea evolutiva del derecho constitucional en América Latina, marcada por el incremento de los mandatos de transformación y del reconocimiento de derechos prestacionales que recargan de tareas al Estado, y en especial, a su Administración pública.

Conviene tener en cuenta que esa Constitución²⁹ fue resultado de la crisis terminal del modelo político instaurado con la Constitución de 1961, la cual había permitido consolidar el proceso de democratización en Venezuela. En especial, esa Constitución fue resultado de la solución política propuesta a la crisis económica venezolana, marcada por el decrecimiento económico y por el aumento de la pobreza y la desigualdad.³⁰ Por ello, dentro de las novedades de esa Constitución, destaca el amplio contenido del Estado social, junto con el extensivo reconocimiento de derechos prestacionales orientados a promover condiciones de igualdad bajo el principio de justicia social, como resumió el artículo 299, y todo ello, exaltando mecanismos de democracia directa, incluso, en el orden económico.³¹

El Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, a través de su Sala Constitucional, interpretó que las normas constitucionales que regulan al Estado social, incluyendo los derechos prestacionales, son vinculantes, y que, por ello, su violación podía ser conocida por el Poder Judicial. Así, en sentencia de 24 de enero de 2002, la Sala Constitucional concluyó que todo el ordenamiento jurídico debía ser interpretado a la luz de la cláusula del Estado social a los fines de promover condiciones reales de igualdad en la economía.

Los mandatos positivos que la cláusula del Estado social impone al Estado, de acuerdo con la Constitución de 1999, incluyen una amplia gama de derechos prestacionales, que no son solo los previstos en el Texto de 1999 sino, además, los derechos reconocidos en el derecho internacional, en especial, en el sistema interamericano de derechos humanos, en virtud de la remisión general del artículo 22. Todos estos derechos tienen un contenido poco preciso, lo que otorga al Estado un amplio margen de configuración, principalmente, al Poder Ejecutivo.

constitucional, al promover la concentración de funciones. Véase Allan R. Brewer-Carías, *La justicia constitucional, la demolición del Estado democrático en Venezuela en nombre de un "nuevo constitucionalismo"*, y una tesis "secreta" de doctorado en la Universidad de Zaragoza (Caracas: Jurídica Venezolana, 2018), 236.

²⁹ Allan R. Brewer-Carías, *Asamblea Constituyente y proceso constituyente 1999*, en Colección Tratado de Derecho Constitucional, Tomo VI (Caracas: Fundación de Derecho Público-Jurídica Venezolana 2013), 15; Allan R. Brewer-Carías, *Cambio político y consolidación del Estado de derecho 1958-1998*, en Colección Tratado de Derecho Constitucional, Tomo III (Caracas: Fundación de Derecho Público-Jurídica Venezolana, 2015), 675.

³⁰ Ricardo Hausmann y Francisco Rodríguez, "Why did Venezuela growth collapse?", en *Venezuela before Chávez. Anatomy of an economic collapse*, ed. por Ricardo Hausmann y Francisco Rodríguez (Filadelfia: The Pennsylvania State University Press, 2014), 15.

³¹ Rafael Badell Madrid, "La Constitución Económica", *Revista del Banco Central de Venezuela*, XIV (2000), 151.

En su balance, la Constitución de 1999 fue dictada con un claro sesgo estatista y presidencialista, pues el desarrollo fue concebido como una función primaria del Estado.³² Esto respondió, por un lado, a la crisis económica y social bajo la cual dicha Constitución fue aprobada, pero en especial, a la configuración de Venezuela como Petro-Estado, esto es, como un Estado que, en su condición de propietario de los yacimientos de hidrocarburos, controla las actividades de exploración y producción, y captura el ingreso petrolero para su posterior redistribución. Ingreso petrolero que es, por lo demás, la principal fuente de ingresos fiscales y, también, la principal fuente de divisas por exportación. La Constitución de 1999 respaldó la configuración de Venezuela como Petro-Estado, promoviendo con ello la visión estatista de desarrollo.³³

De esa manera, en el texto de 1999, la Constitución Económica respondió a una clara tensión entre las normas que reconocen la economía social de mercado y, con ello, los derechos económicos individuales, y los amplios títulos de intervención que la cláusula del Estado social impuso al Estado, en especial, a la Administración pública. Esta tensión es común en las constituciones políticas que reflejaron la transformación del Estado liberal en Estado social. Pero en el caso de Venezuela, esa tensión debe evaluarse en el marco de las específicas condiciones bajo las cuales la Constitución de dictó.

En efecto, esta fue dictada en el marco de una crisis política, económica y social que evidenció que el proceso de democratización iniciado en 1958 no estaba del todo consolidado. Con lo cual, según lo expresa en su exposición de motivos, la Constitución persiguió el deliberado propósito de refundar al Estado venezolano y superar la crisis, no solo política, sino también económica.³⁴

El discurso empleado por Chávez, y que llevó a la aprobación de la Constitución, puede enmarcarse en el denominado “autoritarismo populista”. A estos fines, el populismo se define como la retórica basada en la exaltación del pueblo frente a las “élites”.³⁵ La histórica debilidad institucional de los Estados en Latinoamérica ha llevado al auge del populismo como herramienta del discurso político, con lo cual ha

³² Allan R. Brewer-Carías, “Reflexiones críticas sobre la Constitución de Venezuela de 1999”, en *La Constitución de 1999*, ed. por Irene Valera (Caracas: Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2000), 80.

³³ Pedro Luis Rodríguez Sosa y Luis Roberto Rodríguez Pardo, *El petróleo como instrumento del progreso* (Caracas: IESA, 2013), 125.

³⁴ Allan R. Brewer-Carías, *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001), 32. Desde el punto de vista de la evolución del Estado, véase Manuel Rachadell, *Evolución del Estado venezolano 1958-2015. De la conciliación al populismo autoritario* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana-Funeda, 2015), 120 y ss. Véase, también, Javier Corrales y Michael Penfold, *Dragon in the Tropics. Venezuela and the legacy of Hugo Chavez* (New York: Brookings Institution Press, 2015), 15.

³⁵ Pippa Norris y Ronald Inglehart, *Cultural backlash. Trump, Brexit and authoritarian populism* (Cambridge: Cambridge University Press, 2019).

sido considerada la tierra del populismo.³⁶ Sin embargo, lo peculiar del populismo de Chávez es que fue empleado para justificar el proceso constituyente llamado a concentrar el poder en la Presidencia de la República, debilitando con ello el Estado de derecho. Cabría hablar, así, de derecho constitucional autoritario-populista, para describir cómo la Constitución puede ser abusivamente empleada con el objeto de implementar medidas autoritarias con base en la retórica populista.³⁷

Bajo todas estas condiciones, el amplio catálogo de derechos prestacionales en la Constitución de Venezuela de 1999 generó incentivos para políticas estatistas de desarrollo que, debido a la fragilidad estatal, derivaron en políticas clientelares y predatorias, en especial, para administrar el ingreso petrolero derivado del *boom* de los precios del petróleo que comenzó a registrarse hacia el año 2004.³⁸ Estas políticas destruyeron los mecanismos de mercado por medio de controles económicos centralizados y expropiaciones. Además, el endeudamiento público aumentó de manera insostenible para sufragar políticas clientelares, al tiempo que la producción petrolera colapsaba. Finalmente, la capacidad estatal comenzó a deteriorarse severamente, en especial, a partir de 2013.³⁹

La muerte del presidente Chávez y la cuestionada elección de Nicolás Maduro en abril de 2013 crearon condiciones adicionales para acelerar la crisis. En diciembre de 2015, la coalición de la oposición obtuvo una mayoría de dos tercios de los votos en la elección de la cuarta legislatura de la Asamblea Nacional. Frente a ello, Maduro reaccionó con diversas técnicas de constitucionalismo abusivo, a saber, decretos de estado de excepción, sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia –que obraba bajo su control– y la instalación de una fraudulenta Asamblea Nacional Constituyente. Las protestas ciudadanas organizadas en 2017 en

³⁶ Carlos de la Torre, “Populism in Latin America”, en *The Oxford Handbook of Populism*, ed. por Cristóbal Rovira Kaltwasser *et al.* (Oxford: Oxford University Press, 2017), 197.

³⁷ Mark Tushnet, “Authoritarian constitutionalism: Some conceptual issues”, en *Constitutions in authoritarian regimes*, ed. por Tom Ginsburg y Alberto Simpser (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), 36.

³⁸ Entendemos por políticas predatorias las decisiones adoptadas por el Estado orientadas a destruir derechos económicos en la sociedad civil y, por ello, a apropiarse ilegítimamente de la riqueza generada por esta. Véase Daron Acemoglu y James Robinson, *Why Nations fail* (New York: Crown Business, 2012), 335. Una forma de estas políticas es el clientelismo, esto es, las políticas públicas dirigidas a repartir beneficios –como subsidios– de manera opaca, en procura de apoyos políticos. Véase, al respecto, Francis Fukuyama, *Political order and political decay: From the Industrial Revolution to the globalization of democracy* (New York: Farrar, Strauss, and Giroux, 2014), 81.

³⁹ Douglas Barrios y Miguel Ángel Santos, “¿Cuánto puede tomarle a Venezuela recuperarse del colapso económico y qué debemos hacer?”, en *Fragmentos de Venezuela. 20 escritos sobre economía*, ed. por Ronald Balza y Humberto García Larralde (Caracas: Fundación Konrad Adenauer, 2019), 91.

contra de esas medidas fueron severamente reprimidas, en hechos actualmente en investigación por la Corte Penal Internacional.⁴⁰

La deriva autoritaria en Venezuela, especialmente a partir de 2013, agravó los efectos económicos y sociales de las políticas autoritarias adoptadas desde 2002, lo que aceleró el colapso de la capacidad estatal. El resultado de todo lo anterior fue el inicio de la emergencia humanitaria compleja, pues amplios sectores de la población quedaron excluidos del acceso a bienes y servicios esenciales, en particular, medicamentos y alimentos.⁴¹ Así, de acuerdo con la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en el informe sobre la situación de los derechos humanos en Venezuela, de 4 de julio de 2019 (A/HRC/41/18):

... la crisis económica y social se agudizó considerablemente entre 2018 y 2019. A medida que la economía seguía contrayéndose, la inflación se disparó y los ingresos públicos disminuyeron a raíz de una drástica reducción en las exportaciones de petróleo. La población venezolana está afrontando muy diversas e interrelacionadas violaciones de sus derechos económicos y sociales (párrafo 10).

La emergencia humanitaria compleja agravó la desaplicación *de facto* de la Constitución. La mejor muestra, y a la vez la más dramática, es la seguridad alimentaria. El artículo 305 de la Constitución de 1999 asigna al Estado el deber de garantizar la seguridad alimentaria, “entendida como la disponibilidad suficiente y estable de alimentos en el ámbito nacional y el acceso oportuno y permanente a éstos por parte del público consumidor”. En 2013, la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO, por sus siglas en inglés) anunció el “reconocimiento al Gobierno Venezolano por lograr reducir a la mitad el porcentaje y el número de personas con hambre o subnutrición en el País antes de 2015, tomando como línea base el año 1990 conforme a lo establecido por la Cumbre Mundial de Alimentación (CMA) de 1996 y por la Asamblea General de las Naciones Unidas del año de 2000; oportunidad en que fueron lanzados los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM)”⁴²

Sin embargo, debido a la destrucción de los mecanismos de mercado, la capacidad de producción de alimentos por las empresas privadas en Venezuela se afectó severamente. La caída de la oferta local fue suplida por las importaciones de alimentos

⁴⁰ Javier Corrales, *Autocracy rising. How Venezuela transitioned to authoritarianism* (Washington, D.C.: Brookings Institution Press, 2022), 21.

⁴¹ Luis Pedro España N., “De las misiones sociales al carnet de la patria 2015-2020. La actual política social en Venezuela”, en *Venezuela en la encrucijada. Radiografía de un colapso*, ed. por Susanne Gratius y José Manuel Puente (Caracas: IESA, 2022), 223.

⁴² Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, “Reconocimiento de la FAO a Venezuela”, 16 de junio de 2013. <http://www.fao.org/americas/noticias/ver/es/c/230150/>.

que el Gobierno financió –de manera opaca– distribuyendo los ingentes ingresos derivados del *boom* petrolero.⁴³ No obstante, las políticas que destruyeron los mecanismos de mercado también hicieron colapsar la producción de petróleo a cargo de la empresa petrolera estatal, Petróleos de Venezuela, S.A. (PDVSA).⁴⁴ La drástica caída del ingreso petrolero afectó la disponibilidad de divisas, al mismo tiempo que el Gobierno debía servir la pesada deuda pública externa contratada. Ante esta disyuntiva, el Ejecutivo optó por servir la deuda, recortando dramáticamente las importaciones de alimentos.⁴⁵

El efecto acumulado de la caída de la producción local y del recorte masivo de las importaciones fue la exclusión de amplios sectores de la población de los alimentos. La crisis alimentaria es, así, uno de los rasgos distintivos de la emergencia humanitaria compleja en Venezuela.⁴⁶

Así, este país atraviesa por una fase en extremo difícil, caracterizada –entre otros elementos– por la privación de amplios sectores de la población los bienes alimentarios, en violación de su dignidad humana.⁴⁷ Esta emergencia ha impulsado la crisis migratoria más grande del hemisferio.⁴⁸ Debe aclararse que este colapso no fue resultado de desastres naturales o guerras civiles. Por el contrario, fue causado, principalmente, por las políticas de tipo autoritario-populista implementadas a través del derecho constitucional y que diezmaron la oferta de alimentos, generando de esa manera una crisis de aprovisionamiento. El sesgo estatista de la Constitución, y la concepción de la seguridad alimentaria como un cometido del Estado, crearon un marco institucional propicio para este tipo de políticas.

De esa manera, en su informe de 2022, la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) concluyó que el 22,9% de la población venezolana está en situación de subalimentación, lo que equivale a 6,5 millones de personas. En cuanto a las tendencias del hambre, el informe muestra que el hambre “aumentó significativamente en la República Bolivariana de Venezuela, en 18,4 puntos porcentuales, es decir, 5 millones más de personas con hambre entre los periodos

⁴³ España, “De las misiones sociales al carnet de la patria 2015-2020”.

⁴⁴ Diego González, “Cambios institucionales que dismantelaron y destruyeron a la estatal PDVSA”, *La industria petrolera en la era chavista. Crónica de un fracaso*, ed. por Luis Oliveros (Caracas: AB Ediciones, 2019), 115.

⁴⁵ Miguel Ángel Santos, “La Venezuela del día después (y del día antes)”, en *Comunidad Venezuela. Una agenda de investigación y acción local*, ed. por Alejandro Fajardo y Alejandra Vargas (Bogotá: Centro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible para América Latina y el Caribe [CODS]-International Development Research Centre [IDRC], 2021), 46.

⁴⁶ Jennifer Bernal, “De una crisis alimentaria anunciada a la emergencia humanitaria en Venezuela”, en *Anales Venezolanos de Nutrición* 33, n.º 2 (2021): 154.

⁴⁷ Vanessa Cartaya, Feliciano Reyna Ganteaume y Geoff Ramsey, *Venezuela emergencia humanitaria compleja: respuesta humanitaria, desafíos para la sociedad civil* (Washington, D.C.: WOLA, 2021).

⁴⁸ Emmanuel Abuelafia y José Luis Saboin, *Una mirada a futuro para Venezuela* (Washington, D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo, 2020), 33.

2013-2015 y 2019-2021. En esos periodos el hambre aumentó 6,7 puntos porcentuales en Ecuador (1.3 millones), 4,6 puntos porcentuales en Haití (900.000) y 1,6 puntos porcentuales en Brasil (3.4 millones de personas más).⁴⁹

Como se observa, las ambiciosas cláusulas económicas de la Constitución de 1999 aseguran el acceso equitativo a alimentos, como parte de la tutela de los Descas asumida por el Estado. Pero en los hechos, prima la inseguridad alimentaria y la sistemática violación del derecho a la alimentación. La Constitución económica en Venezuela es, por ende, fallida, pues ni el Estado ni el sector privado tienen capacidad de garantizar la seguridad alimenticia.

2.1. Algunas lecciones para Chile derivadas de la experiencia de Venezuela

El proceso constituyente de Chile, iniciado en 2019, guarda importantes diferencias con el proceso constituyente de Venezuela de 1999.⁵⁰ Este proceso fue impulsado y controlado por el liderazgo carismático del presidente Chávez, quien prestó más atención al control de las instituciones democráticas por parte de la Asamblea Nacional Constituyente que al contenido de la nueva Constitución. Siendo este control el resultado de la tesis según la cual el poder constituyente ejercido por esa Asamblea era originario, y, por ende, absoluto e ilimitado. Por el contrario, el proceso constituyente de Chile fue producto de acuerdos políticos alcanzados en el marco de la Constitución, que ha sido reformada en dos ocasiones para regular el proceso constituyente, subordinado a la Constitución misma. Desde esta perspectiva, el proceso constituyente chileno puede ubicarse en el extremo opuesto al proceso constituyente venezolano.⁵¹

No obstante, en el Proyecto de Constitución aprobado en 2022 por la Convención Constitucional puede apreciarse una influencia importante de la Carta de Venezuela de 1999 y, como consecuencia, de las constituciones de Ecuador y Bolivia. A nivel comparado, la Carta Política de Chile de 1980 tiene una Constitución económica que asigna un rol muy acotado al Estado,⁵² lo que no impide considerar que las cláusulas

⁴⁹ Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, *América Latina y el Caribe. Panorama regional de la seguridad alimentaria y nutricional* (Santiago de Chile, 2022), 13.

⁵⁰ Sobre el proceso constituyente en Chile, entre otros, véase Pablo Contreras *et al.*, *La Convención Constitucional de Chile. Origen, orgánica, estatutos y procedimientos* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2022), 23.

⁵¹ Allan R. Brewer-Carías, Conferencia “Algunas lecciones derivadas del proceso constituyente o populismo constitucional desarrollado en Venezuela en 1999. Enseñanzas para el proceso constituyente chileno de 2021” (2021). <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2021/08/Brewer-Carias.-Lecciones-del-proceso-constituyente-venezolano-de-1999.-agosto-2021.pdf>.

⁵² José Luis Guerrero Becar, *La Constitución económica chilena. Bases para el cambio* (Santiago de Chile: DER, 2018), 11. Véase, asimismo, Sylvia Eyzaguirre y Claudia Sanhueza,

económicas de la Constitución de 1980 reconocen derechos económicos y sociales y, por ende, configuran a Chile como Estado social, incluso antes de la adhesión al Protocolo de San Salvador. Así lo recordó en 2021 la Corte Interamericana al declarar que Chile había violado los mandatos de actuación positiva que derivan de la Convención Americana. La sola existencia de esos mandatos evidencia así que Chile es, constitucionalmente, un Estado social cuyos poderes públicos tienen mandatos positivos de actuación relacionados con derechos prestacionales.⁵³

No obstante, desde la comparación con los mandatos de transformación presentes en el derecho constitucional de América Latina, el contenido de la Constitución económica de 1980 es más bien tímido. Así, no hay en este texto un desarrollo adecuado de la cláusula del Estado social y democrático de derecho, al punto que los mandatos de transformación resultan en exceso genéricos.

No es de sorprender, entonces, que las cláusulas económicas del Proyecto de Constitución aprobado en 2022 por la Convención hayan ampliado notablemente el rol del Estado en la economía, siguiendo las disposiciones de la Constitución económica de Venezuela y que, como vimos, han sido interpretadas como parte de un nuevo constitucionalismo latinoamericano. Así, la cláusula del Estado social y democrático de derecho (art. 1.1) sentó el principio de igualdad sustantiva (arts. 1.2, 20 y 25.2), orientado al valor de la justicia social (art. 14.2). Asimismo, los mandatos de transformación se vincularon con el empoderamiento de la sociedad por medio de mecanismos de democracia directa, participativa, comunitaria y representativa (art. 151).

El Proyecto de Constitución no incluyó –a diferencia de la Constitución de Venezuela– una sección especial dedicada a la relación entre la Constitución y la economía. Pero esa relación quedó definida en el catálogo de derechos fundamentales contenido en el Capítulo II. Así, se reconoció el derecho de libertad de empresa o libertad económica (art. 80), pero acotando que su “ejercicio debe ser compatible con los derechos consagrados en esta Constitución y la protección de la naturaleza”. La propiedad “en todas sus especies” se garantizó en el artículo 78. Finalmente, y de manera similar al artículo 117 de la Constitución de Venezuela, el artículo 81 reconoció el derecho a elegir y seleccionar bienes y servicios. Estas tres normas garantizaban los mecanismos de mercado.

“La Constitución y los derechos económicos y sociales”, en *Aspectos económicos de la Constitución. Alternativas y propuestas para Chile*, ed. por Rodrigo Valdés y Rodrigo Vergara (Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica), 141, donde se describen los retos derivados de la frágil tutela de los derechos prestacionales bajo la Constitución de 1980. Véase, para un estudio comparado, a Claudio Nash, “Nueva Constitución, modelo económico y derechos fundamentales. El debate inédito en Chile”, y Jesús María Casal, “El orden económico en la Constitución venezolana y su desnaturalización”, ambos en *Constitución y economía*, ed. por Víctor Bazán y Marie-Christine Fuchs (Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2019), 73 y 225.

⁵³ Corte IDH, Caso Vera Rojas y otros vs. Chile, Sentencia de 1 de octubre de 2021, Serie C, No. 439, párr. 124.

Pero junto a estos, se aprecia en el Capítulo II el reconocimiento de un catálogo muy extenso de derechos económicos y sociales. Al igual que en la Constitución de Venezuela, cada derecho prestacional fue reconocido junto con el correspondiente título habilitante del Estado para intervenir en la economía y asegurar el acceso equitativo a esos derechos, tal y como estableció el artículo 25.2. El resultado, como sucede con la Carta de Venezuela, fue una Constitución Económica de rasgo estatista, en la cual la promoción del desarrollo fue asignada como responsabilidad primera del Estado.

La influencia de la Constitución de Venezuela puede apreciarse, en especial, en el reconocimiento de la garantía de la seguridad alimentaria en el artículo 54. Esta garantía se asignó al Estado, a quien el proyecto de constitución le asignó las funciones de promover la producción, distribución y consumo de alimentos. Ya vimos cómo, en el derecho constitucional de Venezuela, la visión de la seguridad alimentaria desde el Estado degeneró en una visión estatista que, en un claro exceso, terminó por violar el derecho a la seguridad alimentaria.

Todo proceso constituyente produce la tentación de acelerar la transformación social y económica, a través del reconocimiento de un amplísimo catálogo de derechos económicos y sociales, con el correlativo mandato prestacional del Estado de promover el desarrollo inclusivo.⁵⁴ El caso venezolano pone en evidencia, sin embargo, que para promover el desarrollo inclusivo hace falta mucho más que una Constitución muy ambiciosa en términos de reconocimiento de un amplísimo catálogo de derechos prestacionales de igualdad, asociados a ambiciosos mandatos de transformación a cargo del Estado.

Incluso, Venezuela evidencia los riesgos del nuevo constitucionalismo latinoamericano, pues la fragilidad estatal puede ampliar la brecha entre la Constitución Económica *de iure* y *de facto*, todo lo cual puede derivar en instituciones informales que fomenten políticas clientelares y populistas. El derecho constitucional venezolano demuestra así que, bajo frágiles mecanismos de pesos y contrapesos, la interpretación de la Constitución económica estatista puede dar lugar a políticas predatorias que, en suma, agravan la desigualdad. Por supuesto, el colapso económico en Venezuela en modo alguno es atribuible únicamente a la Constitución de 1999. Pero lo cierto es que las cláusulas económicas de la Carta de 1999, por su sesgo estatista, facilitaron la ejecución de políticas públicas que, en suma, agravaron la desigualdad y condujeron a una emergencia humanitaria compleja.

Por ello, en el nuevo proceso constituyente iniciado en Chile, la Constitución económica de Venezuela debería ser un ejemplo de los riesgos del nuevo constitucionalismo latinoamericano, que, al reconocer un –se diría demasiado– amplio catálogo de mandatos de transformación al Estado, crea incentivos para un modelo económico estatista y, por ello, contrario a la dignidad humana.

⁵⁴ Néstor Pedro Sagüés, “Las tentaciones del constituyente”, *Estudios Constitucionales*, número especial (2021): 383.

Estas lecciones parecen haber sido tomadas en cuenta. Así, luego del rechazo del proyecto constitucional de 2022 en el referendo de salida, el Congreso de Chile aprobó la Ley 21.533 de 17 de enero de 2023, que sentó las bases del nuevo proceso constituyente. Es positivo que la Ley haya incluido dentro de las doce cláusulas pétreas que la nueva Constitución debe respetar que “Chile es un Estado social y democrático de derecho, cuya finalidad es promover el bien común” (art. 154.5). La cláusula del bien común se opone a dos extremos: un orden económico fundado en la visión individual de los derechos económicos, y el orden económico basado en la predominancia del Estado.⁵⁵

La Ley 21.533 permite acotar mucho mejor el rol de la nueva Constitución. El objetivo no es –como quizás se pensó durante la Convención Constitucional– *transformar* a Chile en Estado social: ya Chile *es* un Estado social, todo lo cual implica el reconocimiento de derechos prestacionales. Tanto más, observamos, luego de que Chile ratificara el Protocolo de San Salvador, todo lo cual produjo la mutación de la Constitución económica de 1980, al reconocerse –con carácter preferente– el catálogo de Desca del sistema interamericano de derechos humanos.⁵⁶

Con ello, la nueva Constitución debería evitar la tentación de recargar al Estado de incontables mandatos de transformación, tal y como hizo la Carta de Venezuela de 1999. El rol de la nueva Constitución debería ser más modesto, pero a la vez, más eficaz: diseñar con claridad el marco institucional fundamental de la economía que, desde la centralidad de la dignidad humana y el bien común, permita crear capacidades en el Estado y la sociedad civil para garantizar, de manera efectiva, los Desca reconocidos en el sistema interamericano.

El Anteproyecto aprobado por la Comisión Experta en junio de 2023 sigue estos lineamientos, al fundar el marco fundamental de la economía en una visión más balanceada entre el sector público y el sector privado, a partir de la cláusula del Estado social y democrático de derecho (art. 1.2), fundado en la dignidad humana (art. 1.1). Esta dignidad se traduce en la enumeración de diversos derechos –artículo 19–, incluyendo tanto los derechos que fundamentan los mecanismos de mercado (nums. 31, 33, 34 y 36) como el catálogo de derechos económicos y sociales más próximo al sistema interamericano. A pesar de que no existe ninguna sección especial sobre el orden económico, los principios clave de la Constitución económica se basan en la promoción de condiciones de justicia y solidaridad “para que la libertad, derechos e igualdad de las personas se realicen, removiendo los obstáculos que lo impidan o

⁵⁵ Alfonso Santiago, “El concepto del bien común en el sistema constitucional argentino. El personalismo solidario como techo ideológico de nuestra Constitución”, *Colección 7*, n.º 12 (2001): 239. La cláusula del bien común parte de la centralidad de la persona y su dignidad, lo cual se opone a técnicas de intervención del Estado en la economía que desnaturalicen esa dignidad.

⁵⁶ Decreto 244 de 25 de octubre de 2022, por el cual se promulga el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, Protocolo de San Salvador.

dificulten” (art. 2.2). No hay ninguna referencia explícita a la seguridad alimentaria, la cual debe ser interpretada desde el valor de la dignidad humana y el bien común –oponiéndose así a interpretaciones abusivas que definan un modelo estatista–.

Este anteproyecto es más cercano a los elementos usualmente estudiados en el derecho constitucional transformador a través de la perspectiva del ICCAL, que a la visión que deriva del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Con todo, es importante tomar en cuenta que los mandatos de transformación previstos en el Anteproyecto solo podrán realizarse si el Estado dispone de capacidad suficiente para facilitar el libre desenvolvimiento de la sociedad bajo el valor del bien común.

La Constitución de Venezuela de 1999, al abordar la relación entre el Estado y la economía, no partió de la primacía del bien común y de la dignidad humana, sino de la primacía del Estado, quien asumió el principal rol como planificador, regulador y promotor del desarrollo. La fragilidad estatal impidió al Estado cumplir con ese ambicioso marco constitucional, lo que constituyó un incentivo para la implementación de políticas predatorias y clientelares. Para evitar ese riesgo con la nueva Constitución de Chile, y de acuerdo con la Ley 21.533, las cláusulas económicas deben partir del desarrollo centrado en la dignidad humana, desde el bien común, todo lo cual promueve la complementariedad entre el sector público y el privado.⁵⁷

Conclusiones

La Constitución Económica de Venezuela de 1999 inauguró un nuevo modelo económico en el derecho constitucional de América Latina, caracterizado por la exacerbación del rol del Estado en la economía, transformando las condiciones de desigualdad imperantes para garantizar el acceso equitativo a bienes y servicios esenciales, vista su conexión con los Desca, o sea, con derechos prestacionales. Este nuevo modelo, conocido como nuevo constitucionalismo latinoamericano, ha inspirado diversos estudios. No obstante, la evolución de la economía venezolana demostró que para lograr condiciones reales de igualdad en la economía hace falta mucho más que cláusulas constitucionales ambiciosas. De hecho, el indebido marco constitucional en Venezuela facilitó, en cierto modo, el constitucionalismo abusivo que terminó generando una emergencia humanitaria compleja y, con ella, la mayor crisis de desplazados de la región.

El rasgo distintivo de estos riesgos fue la seguridad alimentaria, definida como un cometido estatal, todo lo cual generó incentivos para implementar políticas clientelares y predatorias que destruyeron la capacidad del Estado y de la sociedad

⁵⁷ El desarrollo, desde el bien común, está centrado en la dignidad humana. Desde esta perspectiva, el desarrollo es el proceso orientado a expandir las capacidades de la persona para la realización efectiva de su dignidad. Amartya Sen, *Development as freedom* (New York: Anchor Books, 1999), 13.

civil de garantizar el acceso equitativo a alimentos. Por ello, se estima que para 2022 el 22.9% de la población venezolana estaba en situación de subalimentación.

La Constitución de Venezuela influyó en el Proyecto de Constitución de Chile de 2022, en especial, ante la conclusión según la cual la nueva Carta debería abandonar el Estado subsidiario previsto en el Texto de 1980 para transformar a Chile en un Estado social basado en la democracia directa. El resultado fue una Constitución económica que, como sucedió con el Texto de Venezuela de 1999, exacerbó el rol del Estado en la economía, incluso, en lo que respecta a la seguridad alimentaria, considerada como un cometido estatal. La nueva Constitución, siguiendo las cláusulas pétreas de la Ley 21.533 y el anteproyecto aprobado por la Comisión Experta, debería evitar la tentación de diseñar una muy ambiciosa Constitución económica que recargue de tareas y mandatos al Estado. La opción, más bien, debe ser diseñar con claridad las instituciones que faciliten la construcción de capacidades en el Estado y la sociedad civil, para asegurar el acceso efectivo a los Desca desde la centralidad de la dignidad humana.

Bibliografía

Doctrina

- ABUELAFIA, Emmanuel y José Luis SABOIN. *Una mirada a futuro para Venezuela*. Washington, D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo, 2020.
- ACEMOGLU, Daron y James ROBINSON. *The narrow corridor. States, societies and the fate of liberty*. New York: Penguin Press, 2019.
- ACEMOGLU, Daron y James ROBINSON. *Why Nations fail*. New York: Crown Business, 2012.
- BADELL MADRID, Rafael. “La Constitución Económica”. *Revista del Banco Central de Venezuela* XIV (2000): 151-194.
- BARRIOS, Douglas y Miguel Ángel SANTOS. “¿Cuánto puede tomarle a Venezuela recuperarse del colapso económico y qué debemos hacer?”. En *Fragmentos de Venezuela. 20 escritos sobre economía*. Editado por Ronald BALZA y Humberto GARCÍA LARRALDE, 91-114. Caracas: Fundación Konrad Adenauer, 2019.
- BENECKE, Dieter. “Economía social de mercado. ¿Puede imitarse el modelo en América Latina?”. En *Economía social de mercado. Una respuesta humanista que supera [la] disyuntiva de Estado o mercado*. Editado por Jorge MALDONADO y Sebastián CASTILLO, 17-46. Santiago de Chile: Universidad Miguel de Cervantes-Fundación Konrad Adenauer, 2018.
- BERNAL, Jennifer. “De una crisis alimentaria anunciada a la emergencia humanitaria en Venezuela”. *Anales Venezolanos de Nutrición* 33, n.º 2 (2021): 154-160.
- BREWER-CARÍAS, Allan R. “Algunas lecciones derivadas del proceso constituyente o populismo constitucional desarrollado en Venezuela en 1999. Enseñanzas para el proceso constituyente chileno de 2021” (2021). Acceso el 30 de mayo de 2023.

- <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2021/08/Brewer-Carias.-Lecciones-del-proceso-constituyente-venezolano-de-1999.-agosto-2021.pdf>.
- BREWER-CARIÁS, Allan R. *La justicia constitucional, la demolición del Estado democrático en Venezuela en nombre de un “nuevo constitucionalismo”, y una tesis “secreta” de doctorado en la Universidad de Zaragoza*. Caracas: Jurídica Venezolana, 2018.
- BREWER-CARIÁS, Allan R. *Cambio político y consolidación del Estado de derecho 1958-1998*. En Colección Tratado de derecho constitucional, Tomo III. Caracas: Fundación de Derecho Público-Jurídica Venezolana, 2015.
- BREWER-CARIÁS, Allan R. *Asamblea Constituyente y proceso constituyente 1999*. En Colección Tratado de derecho constitucional, Tomo VI. Caracas: Fundación de Derecho Público-Jurídica Venezolana, 2013.
- BREWER-CARIÁS, Allan R. *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.
- BREWER-CARIÁS, Allan R. “Reflexiones críticas sobre la Constitución de Venezuela de 1999”. En *La Constitución de 1999*. Editado por Irene VALERA, 80-92. Caracas: Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2000.
- BRINKS, Daniel M., Steven LEVITSKY y María Victoria MURILLO. *Understanding institutional weakness. Power and design in Latin American institutions*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.
- BUSO, Matías y Julián MESSINA. “Panorámica de la desigualdad del ingreso”. En *La crisis de la desigualdad: América Latina y el Caribe en la encrucijada*. Editado por Matías BUSO y Julián MESSINA. Washington, D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo, 2020.
- CARBONELL, Miguel. “El neoconstitucionalismo en su laberinto”. En *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Editado por Miguel CARBONELL, 9-14. Madrid: Trotta, 2007.
- CARMONA CUENCA, Encarnación. *El Estado social de derecho en la Constitución*. Madrid: Consejo Económico y Social, 2000.
- CARTAYA, Vanessa, Feliciano REYNA GANTEAUME y Geoff RAMSEY. *Venezuela, emergencia humanitaria compleja: respuesta humanitaria, desafíos para la sociedad civil*. Washington, D.C.: WOLA, 2021.
- CASAL, Jesús María, “El orden económico en la Constitución venezolana y su desnaturalización”. En *Constitución y economía*. Editado por Víctor BAZÁN y Marie-Christine FUCHS, 225-223. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2019.
- CONTRERAS, Pablo et al. *La Convención Constitucional de Chile. Origen, orgánica, estatutos y procedimientos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.
- CORRALES, Javier. *Autocracy rising. How Venezuela transitioned to authoritarianism*. Washington, D.C.: Brookings Institution Press, 2022.
- CORRALES, Javier y Michael PENFOLD. *Dragon in the Tropics. Venezuela and the legacy of Hugo Chavez*. New York: Brookings Institution Press, 2015.
- COSSÓ DÍAZ, José Ramón. *Estado social y derechos de prestación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

- DE LA TORRE, Carlos. "Populism in Latin America". En *The Oxford Handbook of Populism*. Editado por Cristóbal ROVIRA KALTWASSER *et al.*, 197-212. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- DELPIAZZO, Carlos. "¿Derecho administrativo de la emergencia?". En *Derecho administrativo para las emergencias*. Editado por Jaime VILLACRECES, 51-68, Quito: CEP-Ideas, 2020.
- DINCECCO, Mark. *State capacity and economic development present and past*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- ESPAÑA N., Luis Pedro. "De las misiones sociales al carnet de la patria 2015-2020. La actual política social en Venezuela". En *Venezuela en la encrucijada. Radiografía de un colapso*. Editado por Susanne GRATIUS y José Manuel PUENTE, 223-246. Caracas: Iesa, 2022.
- EYZAGUIRRE, Sylvia y Claudia SANHUEZA. "La Constitución y los derechos económicos y sociales". En *Aspectos económicos de la Constitución. Alternativas y propuestas para Chile*. Editado por Rodrigo VALDÉS y Rodrigo VERGARA, 141-172. Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "Un siglo del nacimiento de una nueva era constitucional, la del constitucionalismo social: la Carta de Querétaro de 1917". *Revista de las Cortes Generales*, n.º 100-102 (2017): 181-245.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2017.
- FUKUYAMA, Francis. *Political order al political decay: From the Industrial Revolution to the Globalization of Democracy*. New York: Farrar, Strauss, and Giroux, 2014.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. "Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución". En Manuel GARCÍA-PELAYO, *Obras completas*. Tomo III (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991), 2851-2879.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza, 1981.
- GARGARELLA, Roberto. *Latin American constitutionalism, 1810-2010: The engine room of the Constitution*. Oxford: Oxford University Press, Oxford, 2013.
- GONZÁLEZ, Diego. "Cambios institucionales que desmantelaron y destruyeron a la estatal PDVSA". En *La industria petrolera en la era chavista. Crónica de un fracaso*. Editado por Luis OLIVEROS, 115-152. Caracas: AB Ediciones, 2019.
- GUERRERO BECAR, José Luis. *La Constitución económica chilena. Bases para el cambio*. Santiago de Chile: DER, 2018.
- HAUSMANN, Ricardo y Francisco RODRÍGUEZ. "Why did Venezuela growth collapse?". En *Venezuela before Chávez. Anatomy of an Economic Collapse*. Editado por Ricardo HAUSMANN y Francisco RODRÍGUEZ, 15-50. Filadelfia: The Pennsylvania State University Press, 2014.
- HERNÁNDEZ, José Ignacio. *La pandemia de la Covid-19 y el derecho administrativo en América Latina. Un estudio sobre la fragilidad de las administraciones públicas*. Bogotá: Tirant lo Blanch, 2022.

- KHOSLA, Madhav y Mark TUSHNET. "Courts, constitutionalism, and State capacity: a preliminary inquiry". *The American Journal of Comparative Law* 70, n.º 1 (2022): 95-138.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. *Derecho administrativo económico*. Tomo I. Madrid: La Ley, 1991.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. "La 'Constitución Económica' en el texto de la Constitución española de 1978". En *Constitución y constitucionalismo hoy*, 149-174. Caracas: Fundación Manuel García-Pelayo, 2000.
- MAZZUCA, Sebastián. *Latecomer State formation: Political geography and capacity failure in Latin America*. New Haven: Yale University Press, 2021.
- NASH, Claudio. "Nueva Constitución, modelo económico y derechos fundamentales. El debate inédito en Chile". En *Constitución y economía*. Editado por Víctor BAZÁN y Marie-Christine FUCHS, 73-88. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2019.
- NORRIS, Pippa y Ronald INGLEHART. *Cultural backlash. Trump, Brexit and authoritarian populism*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.
- NORTH, Douglass. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- NORTH, Douglass, John Joseph WALLIS y Barry R. WEINGAST. *Violence and social order. A conceptual framework for interpreting recorded human history*. New York: Cambridge University Press, 2009.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ALIMENTACIÓN Y LA AGRICULTURA. *América Latina y el Caribe. Panorama regional de la seguridad alimentaria y nutricional*. Santiago de Chile, 2022.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ALIMENTACIÓN Y LA AGRICULTURA, "Reconocimiento de la FAO a Venezuela", 16 de junio de 2013. <http://www.fao.org/americas/noticias/ver/es/c/230150/>.
- PIOVESAN, Flávia. "Ius constitutionale commune latinoamericano en derechos humanos e impacto en el Sistema Interamericano: rasgos, potenciales y desafíos". En *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*. Editado por Armin VON BOGDANDY, Mariela MORALES ANTONIAZZI y Héctor FIX-FIERRO, 61-84. México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Constitucional, 2014.
- PRITCHETT, Lant, Kunal SEN y Eric WERKER. "Deals and development: An introduction to the conceptual framework". En *Deals and development: The political dynamics of growth episodes*. Editado por Lant PRITCHETT, Kunal SEN y Eric WERKER, 1-39. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- RACHADELL, Manuel. *Evolución del Estado venezolano 1958-2015. De la conciliación al populismo autoritario*. Caracas: Jurídica Venezolana-Funeda, 2015.
- RISSE, Thomas. "Governance in areas of limited statehood". En *The Oxford Handbook of Governance*. Editado por David Levi-Faur, 669-715. Oxford: Oxford University Press, 2015.

- RODRÍGUEZ SOSA, Pedro Luis y Luis Roberto RODRÍGUEZ PARDO. *El petróleo como instrumento del progreso*. Caracas: IESA, 2013.
- ROTBURG, Robert. “Failed States, collapsed States, weak States”. En *State failure and State weakness in a time of terror*. Editado por Robert ROTBERG, 1-26. Washington, D.C.: World Peace Foundation and Brookings Institution Press, 2003.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro. “Las tentaciones del constituyente”. *Estudios Constitucionales*, número especial (2021): 383-395.
- SANTIAGO, Alfonso. “El concepto del bien común en el sistema constitucional argentino. El personalismo solidario como techo ideológico de nuestra Constitución”. *Colección 7*, n.º 12 (2001): 239-316.
- SANTOS, Miguel Ángel. “La Venezuela del día después (y del día antes)”. En *Comunidad Venezuela. Una agenda de investigación y acción local*. Editado por Alejandro FAJARDO y Alejandra VARGAS, 44-65. Bogotá: Centro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible para América Latina y el Caribe (CODS)-International Development Research Centre (IDRC), 2021.
- SCHNEIDER, Friedrich. “Shadow economies and corruption all over the world: What do we really know?”. En *The shadow economy, corruption and governance*. Editado por Michael PICKHARDT y Edward SHINNICK, 122-187. Cheltenham: Edward Elgar, 2008.
- SEN, Amartya. *Development as freedom*. New York: Anchor Books, 1999.
- SOTELO, Ignacio. *El Estado social: antecedentes, origen, desarrollo y declive*. Madrid: Trotta, 2010.
- STIGLITZ, Joseph y Jay ROSENGARD. *Economics of the public sector*. New York: W.W. Norton, 2015.
- TUSHNET, Mark. “Authoritarian constitutionalism: Some conceptual issues”. En *Constitutions in Authoritarian Regimes*. Editado por Tom GINSBURG y Alberto SIMPSON, 36-50. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.
- VÄYRYNEN, Raimo. “Complex humanitarian emergencies: Concepts and issues”. *War, Hunger, and Displacement*. Volumen 1 (Oxford: Oxford University Press, 2011), 43-89.
- VICIANO PASTOR, Roberto y Rubén MARTÍNEZ DALMAU. “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”. En *El nuevo constitucionalismo en América Latina*. Editado por Ángel OLEAS GALLO, 9-37. Quito: Corte Constitucional de Ecuador, 2010.
- VICIANO PASTOR, Roberto y Rubén MARTÍNEZ DALMAU. “La Constitución democrática, entre el neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo”. *El Otro Derecho*, n.º 48, (2013): 63-84.
- VIERA ÁLVAREZ, Christian, Jaime BASSA MERCADO y Juan Carlos FERRADA BÓRQUEZ. “Una aproximación a la idea de ‘Constitución económica’ y sus alcances en la constitución Chilena”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 145, n.º 9 (2016): 325-359.

VON BOGDANDY, Armin. “*Ius constitutionale commune* en América Latina. Aclaración conceptual”. En *Ius constitutionale commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*. Editado por Armin VON BOGDANDY, Mariela MORALES ANTONIAZZI y Eduardo FERRER MAC-GREGOR, 137-178. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017.

VON BOGDANDY, Armin. “*Ius constitutionale commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”. *Revista Derecho del Estado*, 34 (2015): 3-50.

Jurisprudencia

CORTE IDH. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C, No. 149.

CORTE IDH. Caso Vera Rojas y otros vs. Chile, Sentencia de 1 de octubre de 2021, Serie C, No. 439.

Jorge Tomás Broun Isaac* (República Dominicana)

La gobernanza digital como garantía del derecho fundamental a la buena Administración pública: ventajas y desafíos constitucionales contemporáneos

RESUMEN

Este artículo científico se define como una investigación de tipo exploratorio, descriptivo y explicativo, la cual está basada en indagatorias de fuentes primarias y análisis documental. El trabajo expone, en términos generales, la gobernanza digital fundada en los derechos tecnológicos que introducen la tercera y la cuarta revolución industrial y su impacto en el derecho a la buena Administración. En ese contexto, se identifican y explican los principales beneficios de la gobernanza digital, entre ellos, su incidencia en los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (Desca), en el acceso a la información pública y en la libertad de expresión –entendida esta como fundamento de la democracia y herramienta impulsora de transparencia y rendición de cuentas–, elementos indispensables, todos, para el fortalecimiento de la credibilidad y la confianza pública. Asimismo, se detallan y explican los desafíos actuales que presenta el tema tratado, *inter alia*, la protección de datos personales de cara a la apertura de data, la desigualdad social y su incidencia en el derecho al trabajo. Se demuestra que, si bien los beneficios de las TIC dotan de herramientas al sistema para el ejercicio de una buena Administración, no menos cierto es que los retos mencionados constituyen una retranca en su proceso de consolidación, por lo que urge identificar soluciones a dicha problemática.

Palabras clave: gobernanza digital; gobernabilidad democrática; buena Administración pública.

* Magíster en Derecho Público y Tutela de Derechos, en DIDH y DIH, Derecho Judicial y Derecho Constitucional. Juez de primera instancia, docente y escritor sobre temas de ética judicial y derechos humanos. brown.isaac@hotmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3905-2468>.

Digital governance as a guarantee of the fundamental right to good public administration: contemporary constitutional advantages and challenges

ABSTRACT

This scientific article is defined as an exploratory, descriptive, and explanatory study, based on primary sources and documentary analysis. The article discusses, in general terms, digital governance based on the technological rights introduced by the third and fourth industrial revolutions and its impact on the right to good governance. In this context, it identifies and explains the main benefits of digital governance, including its effects on economic, social, cultural, and environmental rights (ESCR), access to public information, and freedom of expression—understood as the foundation of democracy and a tool for transparency and accountability—: all of which are essential elements to strengthen credibility and public trust. It also discusses and explains the current challenges posed by the subject in question: inter alia, the protection of personal data in the face of open data, social inequality, and its effect on the right to work. It shows that, although the benefits of ICTs provide the system with tools to exercise good administration, it is no less true that the aforementioned challenges are a setback in its consolidation process, which is why it is urgent to identify solutions to these problems.

Keywords: Digital governance; democratic governance; good public administration.

Digitales Regieren als Garantie des Grundrechts auf eine gute öffentliche Verwaltung: Vorteile und aktuelle verfassungsrechtliche Herausforderungen

ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende wissenschaftliche Beitrag ist als eine deskriptiv-analytische Vorstudie auf der Grundlage der Auswertung von Primärquellen und der Durchsicht von Dokumenten zu verstehen. Die Arbeit befasst sich im Allgemeinen mit der digitalen Regierungsausübung auf der Grundlage der technologischen Rechte, die die dritte und vierte industrielle Revolution einleiten, und ihrer Auswirkung auf eine gute Verwaltung. Vor diesem Hintergrund werden die wichtigsten Vorteile des digitalen Regierens herausgearbeitet und erläutert, darunter ihre Bedeutung für die wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen und umweltbezogenen Rechte, für den Zugang zur öffentlichen Information und für die Meinungsfreiheit, die als Grundlage der Demokratie und Instrument zur Förderung von Transparenz und Rechenschaftspflicht verstanden wird: Sie alle bilden unerlässliche Elemente zur Stärkung von Glaubwürdigkeit und öffentlichem Vertrauen. Darüberhinaus werden die aktuellen Herausforderungen dargelegt und erläutert, die mit dem behandelten Thema verbunden sind. Dazu gehören, unter anderem, der Schutz personenbezogener Daten angesichts von Datenöffnungen sowie die soziale Ungleichheit und ihre Auswirkungen auf das Recht auf Arbeit. Es wird aufgezeigt, dass trotz der Vorteile für das System, die die IKT-basierten Tools für die Ausübung einer guten Verwaltung bieten, die genannten Herausforderungen gleichwohl im Widerspruch zu ihrem Konsolidierungsprozess stehen, weshalb dringend Lösungen für die dargelegte Problematik entwickelt werden müssen.

Schlüsselwörter: Digitales Regieren; demokratische Regierbarkeit; gute öffentliche Verwaltung.

Introducción

En el actual Estado constitucional, la responsabilidad estatal en materia de tutelaje de derechos fundamentales que vincula a todos los poderes públicos y que, por ende, impacta la Administración pública, tiene fuente constitucional y convencional.¹ Esta responsabilidad emana esencialmente de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que establece el principio *pacta sunt servanda*, en virtud del cual todo tratado en vigor obliga a los Estados parte, los cuales deben cumplir de buena fe los compromisos pactados;² y, asimismo, de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), que contienen principios y disposiciones que obligan a los Estados en materia de derechos y garantías.

Por consiguiente, partiendo de las previsiones del artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sobre los hombros de la Administración pública recaen las obligaciones de *respetar* los derechos y las libertades garantizados en ella, así como de *garantizar* su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción. La obligación de *respetar*, en términos generales, supone el cumplimiento de una obligación de carácter negativo por parte de cualquier órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público, consistente en no lesionar directamente los derechos;³ mientras que la obligación de *garantizar* 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.⁴

Es decir que no es suficiente con que el Estado cuente con toda una gama de mecanismos tendentes a proteger y garantizar los derechos fundamentales de las personas. Esta labor, necesariamente, debe ser combinada con la ejecución efectiva de dichos mecanismos. A tales fines, la Administración, a través de sus instituciones, no solo debe proveer a sus administrados los servicios públicos necesarios para su desarrollo, también debe facilitar canales que permitan a la ciudadanía servirse, pero también colaborar y participar proactivamente en la toma de decisiones; política

¹ Florentín Meléndez, *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia. Estudio constitucional comparado* (El Salvador: Criterio, 2006), 36.

² Meléndez, *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos*, 38.

³ Comité DESC, Observación General n.º 14, párr. 33 y Observación General n.º 15, párr. 21.

⁴ Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 4, párrs. 166 y 167.

esta compatible con una gobernabilidad democrática real. Esto es así por cuanto el Estado no es un fin en sí mismo, porque es y debe ser solamente un medio que tiene por objeto la tutela de la persona humana y de sus derechos fundamentales.⁵

Para lograrlo es imprescindible que la Administración se muestre abierta y transparente, y que la ciudadanía, de manera general y en consecuencia de ello, pueda acceder a la información pública necesaria para hacer posible el escrutinio público y una participación consciente y proactiva. En este ejercicio ciudadano, en plena era de las tecnologías, juega un papel preponderante la modernización que introduce la Administración digital o gobernanza digital.

Así lo afirma la Red de Gobierno Electrónico de América Latina y el Caribe al sostener que existe una relación directa entre la e-gobernanza y la facilitación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Agenda 2030 de la ONU, en la medida en que por esa vía se alcanzan mayores oportunidades para ampliar la participación en la toma de decisiones.⁶ En ese mismo sentido, la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) sostiene que las iniciativas para lograr los ODS requieren del uso de las tecnologías, por las oportunidades que ofrecen, la difusión que propician y porque forman la columna vertebral de la economía digital actual.⁷

Lo anterior permite sustentar la hipótesis de que la gobernanza digital constituye una garantía de la *buena Administración pública*, cuestión que se pretende demostrar en la presente investigación, al tiempo que se identifican las bondades de la Administración digital y los desafíos que es preciso enfrentar actualmente, esto es, en la era de las tecnologías.

A la luz de lo anterior, cabe preguntarse: ¿cuáles son los beneficios y los desafíos de la introducción de la gobernanza digital en el contexto la Administración pública?, ¿la gobernanza digital repercute en la tutela efectiva de derechos y garantías?, ¿la gobernanza digital constituye una garantía real de protección del derecho a la buena Administración pública?

El presente artículo tiene por objeto dar respuesta a las interrogantes anteriores. A tales fines, está compuesto por ocho subtemas, que tienen como norte analizar el ecosistema de la gobernanza digital y su repercusión en la protección del derecho a la buena Administración. Con este propósito se identifican los beneficios que proporcionan las nuevas tecnologías en el contexto de la garantía de derechos, pero, sobre todo, los retos que supone la implementación de las TIC en el escenario de servicio público.

El estudio se encuentra estructurado en los términos siguientes: los apartados 1 y 2 abordan aspectos generales sobre la temática tratada; en los apartados 3, 4, 7 y

⁵ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón* (Madrid: Trotta, 1995), 19.

⁶ Red Gealc, “Objetivos de Desarrollo Sostenible 2030 y Gobernanza Electrónica”, *Boletín e-Gobierno Red Gealc* 119 (2016), 22.

⁷ Unión Internacional de Telecomunicaciones. “TIC para un mundo sostenible” (2020). <https://www.itu.int/en/sustainable-world/Pages/default.aspx>.

8 se analizan los beneficios de las nuevas tecnologías en la protección de derechos fundamentales, mientras que en los apartados 5 y 6 se identifican y plantean algunos desafíos que supone el uso de estas.

1. La buena Administración pública como derecho fundamental

En todo Estado de derecho la concepción de los derechos fundamentales de las personas conduce hacia la inclusión del derecho a una buena Administración pública, prerrogativa que no se manifiesta exclusivamente para las garantías jurídicas, sino que se orienta a la protección efectiva de los derechos humanos, civiles y políticos, como también, y sobre todo, de los Desca. En esta labor constitucional juega un papel preponderante la reforma y modernización de los servicios públicos.

El Estado constitucional actual reconoce el derecho de las personas a una buena Administración pública, que se concreta, entre otros, en los siguientes derechos subjetivos de orden administrativo-constitucional:

... derecho a la tutela administrativa efectiva, derecho a una resolución oportuna y eficaz de las autoridades administrativas, derecho a la participación en actuaciones administrativas, derecho a acceder a servicios públicos en condiciones de universalidad y calidad, en el marco del principio de subsidiaridad, derecho a opinar sobre el funcionamiento de los servicios a cargo de la Administración pública, derecho de acceso a la información de la Administración.⁸

Todo procedimiento administrativo debe lograr su finalidad y evitar dilaciones indebidas. Este mandato normativo da existencia actual a lo que se ha configurado como un derecho fundamental nuevo en República Dominicana, denominado “derecho al buen gobierno o a la buena administración”.⁹

La jurisprudencia en el ámbito europeo ha ido paulatinamente configurando el contenido de este derecho fundamental a la buena Administración, “atendiendo a interpretaciones más favorables para el ciudadano europeo a partir de la idea de una excelente gestión y administración pública en beneficio del conjunto de la población de la Unión Europea”.¹⁰

En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional dominicano indicó que el derecho al “buen gobierno” o “buena administración” se encuentra implícitamente en

⁸ Artículo 4 de la Ley 107-13 sobre los Derechos de las Personas en sus Relaciones con la Administración y de Procedimiento Administrativo.

⁹ República Dominicana, Tribunal Constitucional, Sentencia TC/0322/14, de 22 de diciembre.

¹⁰ República Dominicana, Tribunal Constitucional, Sentencia TC/0322/14.

el texto de la Constitución, específicamente en los artículos 138, 139 y 146, los cuales se han concretado legalmente en la referida ley orgánica, quedando así plasmados de modo más concreto en nuestro ordenamiento.¹¹

En la misma línea, la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, aprobada en el año 2013, establece que una “buena administración pública” es aquella que se dirige a la mejora integral de las condiciones de vida de las personas. Expresa la misma:

La buena administración pública es una obligación inherente a los poderes públicos, en cuya virtud, el quehacer público debe promover los derechos fundamentales de las personas, fomentando la dignidad humana de forma que las actuaciones administrativas armonicen criterios de objetividad, imparcialidad, justicia y equidad, y sean prestadas en plazo razonable.¹²

Refiere el aludido instrumento:

Los poderes del Estado derivan del consentimiento de los ciudadanos, debiendo buscarse un equilibrio entre dichos poderes, así como entre derechos y deberes de las personas. En su representación, legisladores, ejecutivos y jueces ejercen el poder que les corresponde, y como administradores y gestores de estos poderes del Estado deben rendir cuentas permanentemente de su ejercicio, ante toda la ciudadanía, a través de los diferentes mecanismos que los ordenamientos jurídicos nacionales establecen.¹³

En esa misma línea, los Estados miembros del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), mediante la mencionada Carta, de manera atinada explicaron que la buena Administración pública adquiere una triple funcionalidad:¹⁴

- a) Es un *principio* general de aplicación a la Administración pública y al derecho administrativo.
- b) Es una *obligación* de toda Administración pública que se deriva de la definición del Estado social y democrático de derecho, en especial de la denominada tarea promocional de los poderes públicos en la que consiste esencialmente la denominada cláusula del Estado social: crear las condiciones para que la libertad y la igualdad de la persona y de los grupos en que

¹¹ República Dominicana, Tribunal Constitucional, Sentencia TC/0322/14.

¹² Centro Latinoamericano de Administración Pública, “Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública”. Octubre de 2013. Disponible en: https://intercoconnecta.aecid.es/Documentos de la comunidad/Carta_Derechos y Deberes Ciudadano.pdf.

¹³ Centro Latinoamericano de Administración Pública, “Preámbulo”.

¹⁴ Centro Latinoamericano de Administración Pública, “Preámbulo”.

se integra sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan su cumplimiento y facilitando la participación social.

- c) Es un *derecho fundamental* a una buena Administración pública, del que se derivan, como reconoce la Carta, una serie de derechos concretos, derechos componentes que definen el estatuto del ciudadano en su relación con las administraciones públicas y que están dirigidos a subrayar la dignidad humana.

Los Estados deben ser administrados con estricta observancia de todo lo que implica una buena Administración pública, atendida siempre en su triple dimensión: como *principio*, es decir, como un estándar especial de optimización e inspiración de todo el contenido normativo de la Administración pública; como *derecho*, para el desarrollo y progreso integral de las personas, y como *deber*, en razón de la obligación del Estado, a través de sus servidores públicos, de encaminar sus funciones con acierto y con estricto apego a los principios éticos que dirigen su conducta.

La tutela efectiva del derecho fundamental a la buena Administración pública, sin lugar a dudas, persigue forjar las bases para un “buen gobierno”, el cual es concebido por los Estados miembros del CLAD, de conformidad con su Código Iberoamericano de Buen Gobierno de 2006, como “aquél que busca y promueve el interés general, la participación ciudadana, la equidad, la inclusión social y la lucha contra la pobreza, respetando todos los derechos humanos, los valores y procedimientos de la democracia y el Estado de Derecho” (punto n.º 4).

Establece el aludido Código, en su punto n.º 2, que los principios básicos que guiarán la acción del buen gobierno son:

- a. El respeto y reconocimiento de la dignidad de la persona humana. b. La búsqueda permanente del interés general. c. La aceptación explícita del gobierno del pueblo y la igualdad política de todos los ciudadanos y los pueblos. d. El respeto y promoción de las instituciones del Estado de Derecho y la justicia social.

Asimismo, prevé el referido instrumento, en el punto n.º 3, que los valores que guiarán el accionar de los servidores públicos encaminados hacia un buen gobierno son, especialmente:

Objetividad, tolerancia, integridad, responsabilidad, credibilidad, imparcialidad, dedicación al servicio, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, igualdad de género y protección de la diversidad étnica y cultural, así como del medio ambiente.

Estos valores y principios también los desglosa y define de manera detallada la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública.

La estricta observancia a las disposiciones que enarbolan los instrumentos citados, sumada a la disrupción de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones (TIC), en el ámbito de la Administración pública, construyen una tutela de garantías y derechos verdaderamente efectiva, mediante un servicio público moderno, ágil y accesible.

La modernidad y la celeridad en los procesos administrativos de prestación de servicios son sumamente necesarios para su eficacia, máxime cuando los mismos derechos protegidos en la realidad presencial deben ser protegidos en la realidad virtual: “así lo establecieron los 85 países que firmaron la resolución del CDH [Consejo de Derechos Humanos] liderada por Suecia afirmando el simple hecho de que los mismos derechos que las personas tienen fuera de línea deben ser protegidos en línea”.¹⁵

2. La gobernanza digital como garantía de derechos humanos

La *e*-gobierno o gobierno electrónico se concibe como el uso de las TIC para mejorar las actividades de las distintas organizaciones del sector público. Cuando se habla de TIC se entienden de un modo amplio, aunque también pueden limitarse a internet.¹⁶ Según la Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico del año 2007, los conceptos de gobierno electrónico y de administración electrónica deben ser concebidos como sinónimos, ambos considerados como el uso de las TIC en los órganos de la Administración para mejorar la información y los servicios ofrecidos a la ciudadanía, orientar la eficacia y eficiencia en la gestión pública e incrementar sustantivamente la transparencia en el sector público y la participación del pueblo.

Irvin Halman, administrador general de la Autoridad Nacional para la Innovación Gubernamental de Panamá, expresó durante la V Reunión de Ministros de Gobierno Electrónico que los procedimientos burocráticos que propician espacios para la corrupción y los ataques digitales que afectan a Latinoamérica solo pueden ser disminuidos si las naciones adoptan e invierten en nuevas estrategias tecnológicas.¹⁷ Además, en el índice de avance de gobierno electrónico, solo países como Argentina, Chile, Colombia, México y Uruguay están a la vanguardia, mientras que en el resto de la región no se están adoptando las innovaciones digitales al mismo tiempo, lo que representa un problema, porque hay doce países que están por debajo

¹⁵ APC News, “The UN recognises freedom of expression on the internet as a human right”, 6 de julio de 2012, <https://www.apc.org/en/node/14772>.

¹⁶ M. J. Moreno, “Se prepara la Cuarta Revolución Industrial” (2009), <https://www.laverdad.es/ababol/ciencia/prepara-cuarta-revolucion-20190615010734-ntvo.html>.

¹⁷ Agencia EFE, “América Latina impulsa la gobernanza digital en su lucha contra la corrupción y el cibercrimen” (2018), <https://www.efe.com/efe/america/tecnologia/america-latina-impulsa-la-gobernanza-digital-en-su-lucha-contra-corrupcion-y-el-cibercrimen/20000036-3814235>.

de la línea de 100 en el índice de gobierno digital, como señaló el delegado del BID en la indicada reunión de ministros.¹⁸

Como plantea Halman, experto en innovación gubernamental, el gobierno electrónico se desarrolla de manera tímida en la mayoría de los países latinoamericanos, pese a que sus herramientas nacieron con la tercera revolución industrial y fueron impulsadas en la actual, la cuarta revolución. Esto representa un indicador de que los gobernantes aún no tienen conciencia de su nivel de importancia, y quizás otros no advierten sus verdaderos beneficios, porque creen que es suficiente el gobierno electrónico, desconociendo que existen diferencias notables entre gobierno electrónico y gobernanza digital.

Para determinar la eficacia del *gobierno electrónico* debemos traer a colación las experiencias maduradas durante el proceso de construcción de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) de la ONU, que influyeron significativamente en la formulación de los objetivos de la Agenda 2030, esto es, los ODS. A modo de ejemplo, algunos de los fracasos en materia de gobierno electrónico que obstaculizaron el logro de los ODM estuvieron vinculados con no respetar el Estado de derecho, imponer políticas económicas poco sólidas, hacer inversiones públicas inapropiadas, adelantar un mal manejo de la Administración pública, no proteger los derechos humanos básicos, y, sobre todo, excluir a la sociedad civil en los procesos decisivos nacionales.¹⁹ En esencia, este fracaso se debió a que gran parte del progreso humano depende de que el papel y la capacidad del Estado avancen, con el impulso ciudadano, haciendo frente a nuevos retos; y, al mismo tiempo, es necesario que la sociedad se vuelva más poderosa y vigilante.²⁰

Por estas razones, hoy podemos afirmar que no es del todo suficiente la instauración de un gobierno electrónico, porque este es meramente la capacidad de dar solución a las demandas de la ciudadanía por medio de las TIC. Lo que realmente la sociedad necesita es una verdadera gobernanza digital, concebida como “el proceso de interacción en la que los actores públicos, privados y sociales se remiten y se requieren mutuamente tanto para realizar los asuntos de su interés individual como colectivo”.²¹

La importancia de la *gobernanza digital* estriba en que promueve los valores éticos de *transparencia*, *honestidad* y *diligencia*, al tiempo que facilita el acceso a la información pública, promueve la libertad de expresión, sienta las bases para la participación ciudadana y propicia el escrutinio público. La idea de la gobernanza

¹⁸ Autoridad Nacional para la Innovación Gubernamental, “Panamá, sede de la V Reunión Ministerial de Gobierno Electrónico” (2018), <https://innovacion.gob.pa/panama-sede-de-la-v-reunion-ministerial-de-gobierno-electronico/>.

¹⁹ Red Gealc, “Objetivos de Desarrollo Sostenible 2030 y Gobernanza Electrónica”, 22.

²⁰ Daron Acemoglu y James A. Robinson, *El pasillo estrecho. Estados, sociedades y cómo alcanzar la libertad* (Barcelona: Deusto, 2019), 580.

²¹ Luis F. Aguilar Villanueva, *Gobernanza: el nuevo proceso de gobernar* (México, Fundación Friedrich Naumann, 2010).

digital consiste en que la comunicación fluya en ambos sentidos. Esta hace posible la *modernización* y la *eficiencia* de los servicios públicos prestados por la Administración, propiciando la *mejora en el acceso*, la *agilidad* en las respuestas, el *ahorro de tiempo y esfuerzo*, el aumento de la *productividad* y, con ello, el impulso del *desarrollo económico*.

Por esta razón, la gobernanza digital debe ser pensada como una actividad orientada a la inclusión, para la supervisión y toma de decisiones, y como el proceso mediante el cual los sectores, grupos y personalidades de la comunidad digital definen las acciones específicas que habrán de llevar a cabo, a fin de cumplir con los objetivos de importancia social o comercial y determinar las formas como organizarán y coordinarán sus actividades y productos;²² propiciando así el escenario ideal para la ejecución de políticas públicas efectivas y eficaces en procura del desarrollo humano.

La gobernanza digital aproxima a la sociedad a determinados fines generales y a objetivos particulares preferidos. La misma está compuesta por técnicas que definen y llevan a cabo las acciones que se consideran idóneas para realizar las acciones digitales deseadas. La gobernanza digital es fin y resultado, intencionalidad y eficacia. Las nuevas tecnologías permiten establecer mecanismos de comunicación directa y sin intermediarios, en tiempo real y a bajo costo, propiciando la participación ciudadana y el escrutinio público.

Con el uso correcto de las herramientas digitales, los Estados abonan sustancialmente al cumplimiento de la responsabilidad ineludible de garantizar, proteger y evitar violaciones de los derechos humanos, obligaciones que adquieren mayor relevancia en la actualidad, cuando la humanidad atraviesa la tercera revolución industrial y empieza a dar sus primeros pasos en el contexto de la cuarta o industria 4.0, creando un gran número de herramientas y aparatos que han alterado de manera significativa el desarrollo del ser humano en su paso por la historia, mejorando de generación en generación las condiciones de vida de las personas. Contexto en el cual, sin embargo, la seguridad personal se ve mermada por el intercambio, la difusión y el uso no consentido de información vía redes de internet.

Esta es la principal razón por la que surgen los *derechos de la cuarta y quinta generación*, basados en la necesidad de asegurar a todos los individuos el acceso a las tecnologías de la información, comunicación, seguridad y protección de datos. Dentro de estos derechos se pueden citar: el derecho de acceso a la informática, el derecho a acceder al espacio que supone la nueva sociedad de la información en condiciones de igualdad y de no discriminación, el derecho a la autodeterminación informativa, el derecho al habeas data, el derecho a la seguridad digital.

La satisfacción de los derechos tecnológicos permite el ejercicio de la libertad de expresión y acceso a la información de una manera sumamente eficaz; sin embargo, por un lado, no todas las personas tienen acceso a internet, ya sea por motivos de pobreza, desigualdad social, imposibilidad material o técnica, etc., lo que limita el

²² Aguilar Villanueva, *Gobernanza: el nuevo proceso de gobernar*.

acceso a la información y afecta el ejercicio de la libertad de expresión; y por otro lado, chocamos con la situación de que la apertura de datos a gran escala expone a las personas, haciéndolas más vulnerables en su intimidad.

De igual modo, las nuevas tecnologías ponen a disposición de la humanidad herramientas que hacen posible la salvaguarda de los derechos de las personas que interactúan en la virtualidad, y de igual modo facilitan la prestación de servicios públicos transparentes, pronto y accesibles, a la vez que otorgan a la ciudadanía las herramientas para participar activamente y exigir su protección, sobre todo en cuanto a los Desca, en torno a los cuales existen mayores trabas y dificultades para su protección estatal.

3. Impacto de la gobernanza digital en los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (Desca)

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) define los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (Desca) como aquellos derechos subjetivos cuya razón de ser es la realización efectiva del ser humano en condiciones de dignidad, mediante la satisfacción de mínimos esenciales que salvaguarden esferas como la autonomía, la identidad y los ámbitos materiales de existencia, contribuyendo a la reducción de las brechas de desigualdad en la sociedad.²³ Entre estos derechos tenemos: el derecho al agua, a la alimentación, a la educación, a la salud, a la vivienda, al medioambiente sano, al trabajo.

En ese mismo orden de ideas, también pueden ser concebidos como los derechos humanos vinculados a la satisfacción de las necesidades básicas de las personas en ámbitos como el trabajo, la alimentación, la salud, la vivienda, la seguridad social, la educación, la cultura, el agua y el medio ambiente.

Vistos desde otra óptica, estos pueden constituir herramientas jurídicas útiles para revertir realidades sociales como la desnutrición, el desempleo o la precariedad laboral, los riesgos a la salud, el analfabetismo, la deserción escolar, la falta de acceso a la vivienda, al agua, a los medicamentos básicos, los desalojos o desplazamientos forzados, la marginación social, la pobreza y la desigualdad, las limitaciones de acceso a la justicia oportuna y efectiva, entre otros fenómenos ampliamente extendidos que vulneran la dignidad humana.²⁴

Para su satisfacción, a diferencia de los de la primera generación o derechos civiles y políticos, es imprescindible la ejecución de *acciones positivas* por parte de los Estados, es decir, implican el cumplimiento de *obligaciones de hacer*: la inversión

²³ IIDH, “¿Qué son los Desca?” (2019), <https://iidh-jurisprudencia.ac.cr/index.php/ques-desca>.

²⁴ Areli Sandoval y Carlos de la Torre, *Los derechos económicos, sociales y culturales: exigibles y justiciables* (México: Decap Equipo Pueblo, 2010), 9.

de recursos económicos, brindar los medios y poner a disposición los elementos necesarios para su satisfacción, dada su naturaleza; cuestión que requiere un compromiso en políticas e inversión a largo plazo por parte de los gobiernos, un proceso llamado “realización progresiva”.

La importancia de los Desca estriba en lo siguiente:²⁵

1. Constituyen la base esencial para la supervivencia de las personas y, en concreto, para alcanzar un nivel de vida adecuado y una vida digna en la que puedan satisfacer sus necesidades básicas y desplegar al máximo sus capacidades.
2. Se relacionan con otras cuestiones fundamentales, por ejemplo, con la autonomía de las personas, en tanto que garantizan las condiciones materiales que hacen posible a cada persona el ejercicio real de sus libertades.
3. Tienden a reducir las desigualdades y asimetrías que existen entre los miembros de la sociedad y, por lo tanto, juegan un papel clave en asegurarles una igualdad sustantiva y no meramente formal.
4. Fortalecen los cimientos necesarios para que todas las personas puedan participar en los diversos espacios de decisión sobre las cuestiones que les afectan, vigorizan a la democracia y evitan así que la misma sea un concepto vacío, especialmente para aquellas personas que carecen de lo indispensable para vivir con dignidad.
5. Guardan una relación bastante estrecha con la erradicación de la pobreza. “El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas (Comité DESC), órgano de interpretación y vigilancia de la aplicación del PIDESC [Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] en los Estados parte, emitió en el 2001 una importante declaración sobre la pobreza y el Pacto. En ella se reconoce que si bien el término ‘pobreza’ no es mencionado explícitamente en el PIDESC, los derechos que consagra tienen una relación directa e inmediata con la erradicación de la pobreza, la cual constituye una negación de los derechos humanos”.²⁶

La sustancial relevancia de los Desca y la necesidad insoslayable de la inversión de recursos suficientes para su satisfacción constituyen dos de los motivos principales por lo que casi la totalidad de los objetivos de la Agenda 2030 de la ONU tienen como norte aunar esfuerzos en busca de su satisfacción.

Ha quedado demostrado que la denegación de los Desca produce efectos muy graves para las personas y las comunidades, algunos incluso devastadores. Por

²⁵ Sandoval y de la Torre, *Los derechos económicos, sociales y culturales*.

²⁶ Comité DESC, Declaración sobre la Pobreza y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/2001/10, 10 de mayo de 2001, párr. 1.

ejemplo, la denegación del derecho a una alimentación adecuada, expresada en la malnutrición infantil de niños menores de cinco años, afecta sus órganos vitales, particularmente su cerebro en desarrollo, el hígado y el corazón, e impacta su sistema inmunológico, lo cual trae consecuencias serias en su salud, incide en su futuro desempeño escolar e incluso pone en riesgo su vida. Cabe mencionar igualmente los desplazamientos forzosos, que también vulneran diversos DESC, entre ellos el derecho a una vivienda adecuada de la población desplazada, con la destrucción de redes sociales, pérdida de los medios de subsistencia e incluso producción de efectos psicológicos devastadores.²⁷

Partiendo de lo anterior, se advierte que las violaciones de estos derechos pueden impactar tanto en la dimensión individual de las personas como en la colectiva, de tal forma que llegan a tener efectos masivos, perturbando a comunidades y grupos en cuanto tales; por ejemplo, en el caso de una legislación discriminatoria que niegue a las personas migrantes la posibilidad de acceder a servicios básicos de salud; o bien de la construcción de una presa que implique desalojar de manera forzada de sus tierras o viviendas a una comunidad o a un pueblo indígena sin la debida consulta y consentimiento previo, libre e informado; o de la decisión de privatizar algunos aspectos de la seguridad social, como podrían ser el sistema de pensiones o los servicios de guardería, sin garantizar que no se produzca una regresión en cuanto al ejercicio de tales derechos; o de no tomar las medidas necesarias para prevenir la contaminación de un río que pone en riesgo la salud de toda una comunidad.²⁸

Resulta importante agregar que la denegación de los Descas también puede dar lugar a violaciones de derechos civiles y políticos. Por ejemplo, es más difícil para las personas que no saben leer ni escribir participar en una actividad política o ejercer su libertad de expresión. Otro ejemplo es que la falta de protección del derecho de la mujer a una vivienda adecuada puede dar lugar a que ella sea más vulnerable a la violencia en el hogar,²⁹ incidiendo en ello la dependencia económica hacia su pareja.

Por lo anterior, es responsabilidad de los Estados aplicar todas las medidas a que haya lugar, hasta el límite de los recursos disponibles, para alcanzar la satisfacción efectiva de los Descas, y ello con base en el *principio de progresividad*, contemplado en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 2.1 del PIDESC que establece:

... cada uno de los Estados parte en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los

²⁷ Comité DESC, Declaración sobre la Pobreza y el Pacto Internacional, 11.

²⁸ Comité DESC, Declaración sobre la Pobreza y el Pacto Internacional, 12.

²⁹ Comité DESC, Declaración sobre la Pobreza y el Pacto Internacional.

medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

En esa misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el cuadernillo de jurisprudencia n.º 22 sobre los Desca, destaca:

El principio de progresividad implica 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. Así, 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 a los derechos humanos.

En línea con la Corte IDH, el Tribunal Constitucional de la República Dominicana indicó en torno al referido principio convencional:

Los derechos fundamentales tienen un carácter progresivo, lo que significa que, además de sumar y reconocer derechos de esa naturaleza en provecho de los seres humanos, hay que sumar las prerrogativas derivadas de estos, imposibilitando que esas prerrogativas sean recortadas, reducidas, desconocidas o disminuidas.³⁰

Traemos lo anterior a colación por cuanto el incremento de los ingresos y el aumento de la productividad, imprescindibles para el cumplimiento de las obligaciones de hacer por parte de los Estados, son precisamente algunas de las ventajas que proporciona la gobernanza digital; además de que muchas funciones económicas y sociales, así como servicios públicos y privados, se desplazan hacia internet, mejorando servicios públicos brindados por la Administración.³¹

En el abordaje de los aspectos básicos desarrollados en este apartado queda demostrada la gran relevancia de los Desca, pese a lo cual en la práctica se observa que se ha prestado mucha menos atención al impacto de las TIC e internet en los DESC, en comparación con otros derechos, como por ejemplo los civiles y políticos. Las TIC e internet juegan un papel cada vez más importante en todos los aspectos de la vida económica, social y cultural, y su importancia en estos ámbitos está creciendo año tras año, a medida que las TIC e internet se encuentran más presentes

³⁰ República Dominicana, Tribunal Constitucional, Sentencia TC/0051/20, de 17 de febrero, 17.

³¹ ALAI, "Internet y Derechos Económicos, Sociales y Culturales", *América Latina en Movimiento (ALAI)*, n.º 521 (2017). <https://www.alainet.org/es/revistas/521>.

en el mundo y que los servicios, las aplicaciones y los dispositivos que las personas utilizan se vuelven más sofisticados.³²

El acceso a internet y a otras TIC es crucial para la satisfacción de los Desca. El Pidesc otorga a las personas el derecho a “recibir e impartir información e ideas de todo tipo”. Ese derecho respalda la capacidad de los ciudadanos para aprovechar los recursos que internet pone a su disposición para mejorar su salud y su educación, su seguridad social y su calidad de vida.

El Pidesc otorga a las personas el derecho a “disfrutar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones”, que debería incluir los beneficios de acceso a la infraestructura y los servicios de telecomunicaciones que soportan internet. El acceso a esas redes y servicios puede, por lo tanto, ser considerado necesario dentro del régimen de derechos. Sin embargo, además del acceso, es necesario que los gobiernos y otras partes interesadas aprovechen el potencial de las TIC para avanzar en los ODS que facilitan los Desca. Los ciudadanos necesitan acceso a fin de aprovechar las oportunidades de autoempoderamiento que son importantes para la exigibilidad de los derechos.³³

El acceso, en este contexto, va mucho más allá de la conectividad generalizada. Para lograrlo se requiere que las redes sean asequibles y que las personas tengan la capacidad de hacer pleno uso de los recursos que ponen a disposición, incluidas habilidades de alfabetización, investigación y destrezas técnicas. Lograr los DESC en la sociedad de la información requiere que quienes formulan políticas aborden todos estos requerimientos.³⁴

Los beneficios que proporciona el uso de las TIC en la Administración pública (gobernanza digital) son los siguientes:³⁵

1. El internet habilita el ejercicio de los DESC porque ayuda a las personas a encontrar trabajo, a los gremios a organizarse, permite a los pequeños agricultores acceder a información competitiva sobre el mercado, es un potente habilitador de la participación cultural, la innovación y la expresión artística; permite que los recursos de aprendizaje se compartan fácilmente y se brinde información de salud y asesoría médica; por lo tanto, aumentar y mejorar el acceso a internet es una consideración importante para que los Estados cumplan con sus obligaciones bajo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.³⁶
2. El internet crea nuevas formas de intercambio que tienen impacto en el ejercicio de los DESC.

³² ALAI, “Internet y Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, 8.

³³ ALAI, “Internet y Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, 9.

³⁴ ALAI, “Internet y Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, 9-10.

³⁵ ALAI, “Internet y Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, 11-13.

³⁶ ALAI, “Internet y Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, 13.

3. Los sistemas abiertos protegen a los DESC: el internet habilita el ejercicio de los DESC por parte de comunidades y grupos, a veces sin la intervención de los Estados.
4. El internet empodera a individuos y grupos de formas distintas.
5. El contenido abierto promueve la educación, la participación en la vida cultural y el acceso a los beneficios del progreso científico: en general el contenido abierto –contenido accesible en línea en forma gratuita– estimula la curiosidad científica y fomenta la educación y el intercambio cultural.

De lo anterior se extrae que la gobernanza digital en la Administración fomenta el desarrollo al impulsar la educación, el trabajo, la participación de la ciudadanía y el acceso a servicios públicos, y, por consiguiente, coadyuva al incremento de la productividad y el crecimiento económico, como hemos señalado. En ese sentido, es importante acotar que se estima que, en el año 2030, las nuevas tecnologías generarán el 14% del producto interno bruto (PIB) mundial, unos 14 billones de euros. Esta predicción resulta ser razonable debido a todas las ventajas que implica la revolución actual.³⁷

Sin embargo, para que esto sea posible y para evitar el desvío de estos recursos es imperativo hacer frente al flagelo de la corrupción, para lo que resulta imprescindible dotar a la ciudadanía de herramientas que hagan posible el ejercicio efectivo del acceso a la información y la libertad de expresión.

4. El acceso a la información y la libertad de expresión: elementos indispensables en el ecosistema de la gobernanza digital

Todas las políticas que los poderes públicos ejecuten o pretendan desarrollar en aras de garantizar los derechos humanos de la ciudadanía solo podrán alcanzar eficacia y sostenibilidad en la medida en que se garantice de manera plena el ejercicio del derecho al libre acceso a la información y a la difusión del pensamiento, regulados por los artículos 49 de la Constitución dominicana y 13 de la CADH; esto en el entendido de que juegan un papel preponderante en la fluidez del ecosistema de la gobernanza digital, ya que por medio de su satisfacción se hacen posibles los *datos abiertos*, lo cual fundamenta la opinión pública y crea canales rápidos para la exigibilidad de los derechos fundamentales y un diálogo directo entre la Administración y los administrados.

Lo más importante es que la salvaguarda del derecho al acceso a la información pública y a la libertad de expresión sirve como instrumento para hacer efectivas otras prerrogativas de igual jerarquía, sobre todo los de segunda generación, es decir, los

³⁷ Universidad de Alcalá, “¿Qué es la robótica colaborativa?” (2020), <https://www.maste-rindustria40.com/que-es-robotica-colaborativa/>.

Desca. Así lo precisó Frank la Rue, Relator Especial del CDH de la ONU, en el informe de julio de 2011, al expresar que la libertad de opinión y de expresión es un derecho fundamental en sí mismo, y que es coadyuvante de otros derechos, señalando que al funcionar como catalizador del derecho personal a la libertad de opinión y de expresión, internet también facilita el ejercicio de otros derechos humanos diversos.³⁸

Expresarse libremente constituye una prerrogativa inherente a toda persona humana, que le permite manifestar de manera pública sus pensamientos, ideas y opiniones según sus experiencias y prácticas de vida por cualquier medio, sin que pueda establecerse censura previa; así lo establecen el artículo 13 de la CADH y otros instrumentos que forman parte del bloque de convencionalidad.

Con respecto a la libertad de expresión, en reiteradas sentencias la Corte IDH se ha manifestado en el siguiente sentido:

La libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática, ya que es indispensable para la formación de la opinión pública.³⁹ He ahí su importancia para el alcance del bienestar general y la felicidad de los pueblos.

En esa misma línea se ha pronunciado el Tribunal Constitucional de la República Dominicana al indicar:

El principal bien jurídico protegido por la libertad de expresión e información es la existencia de opinión pública, lo cual es vital para el funcionamiento de la democracia siendo otros bienes protegidos: la búsqueda de la verdad y la necesidad de comunicarse.⁴⁰

Por esta razón, la carencia de información imposibilita defender los derechos fundamentales y cumplir con los deberes fundamentales.⁴¹

En cuanto a sus límites, ha dicho la referida alta Corte:

Lo anterior nos compele a reflexionar sobre el alcance para ejercer el derecho fundamental a la libertad de expresión y difusión del pensamiento en las redes sociales, sin que ello repercuta de manera negativa en los derechos e intereses de terceras personas. En ese tenor, este Tribunal Constitucional estima

³⁸ F. La Rue, Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, A/HRC/17/27, 2011, http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/17/27&referer=https://www.google.com/&Lang=S.

³⁹ Corte IDH, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 107, párr. 112.

⁴⁰ República Dominicana, Tribunal Constitucional, Sentencia TC/0716/17, de 8 de noviembre de 2017, 21, párr. 11.6.

⁴¹ República Dominicana, Tribunal Constitucional, Sentencia TC/0200/17, de 10 de abril de 2017, 13, párr. 11.g.

que, para garantizar el orden jurídico y una pacífica convivencia, el umbral de dicho derecho debe limitarse a que su difusión no se encuentre impregnada de frases obscenas, expresiones injuriosas o insultantes, ni fundamentada en informaciones ilógicas y desproporcionadas.⁴²

Con respecto al ejercicio de este derecho en la realidad virtual, la Corte Constitucional de Colombia, citada por el Tribunal Constitucional de República Dominicana, ha señalado:

... la libertad de expresión se aplica en Internet del mismo modo que en otros medios de comunicación, concluyéndose que las redes sociales no pueden garantizar un lugar para la difamación, el denuesto, la grosería, la falta de decoro y la descalificación. Ciertamente, ningún fundamento se deriva del artículo 20 de la Constitución, ni de la normativa internacional, ni de precepto alguno que, al margen de la veracidad, valide la divulgación de agravios, improprios, vejámenes ni infundios por cualquier clase de medio de comunicación.⁴³

De ahí que la garantía de expresarse libremente deba ser preservada tanto en la realidad presencial como en la virtual, e implique la libertad de formular el propio pensamiento, así como la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Así pues, la libertad de expresión posee una *dimensión individual* (hablar, escribir y utilizar información disponible) y también una *dimensión social* (intercambio de ideas e informaciones).⁴⁴ Dos dimensiones, ha dicho la Corte IDH, que deben garantizarse en forma simultánea.

Para la sociedad, poseen igual relevancia poder emitir opiniones sin censura previa y poder conocer la opinión de los demás y recibir información de la que disponen otros, porque este flujo de información coadyuva a consolidar la *participación ciudadana* y dota de herramientas a la ciudadanía para reclamar con fundamento una *buen administración pública*, lo que obliga a los servidores públicos a rendir cuentas, a actuar de manera transparente y con apego estricto a las leyes, la Constitución y los principios éticos.⁴⁵

La Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública, aprobada en 2009, en su punto n.º 4 expresa que “la participación ciudadana en la gestión pública refuerza la posición activa de los ciudadanos como miembros de sus comunidades, permite la expresión y defensa de sus intereses, el aprovechamiento de sus

⁴² República Dominicana, Tribunal Constitucional, Sentencia TC/0437/16, de 13 de junio de 2021, 25, párr. 10.r.

⁴³ República Dominicana, Tribunal Constitucional, Sentencia TC/0437/16, 25-26 párr. 10.t.

⁴⁴ Corte IDH, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 107, párr. 67.

⁴⁵ Corte IDH, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.

experiencias y la potenciación de sus capacidades, contribuyendo de esta manera a mejorar la calidad de vida de la población”. Por esta razón, el Tribunal Constitucional dominicano “sostiene el criterio de que el objetivo del neoconstitucionalismo latinoamericano denominado democrático será rescatar la idea de participación activa por parte de la población en la construcción de su propio futuro como sociedad”.⁴⁶

Lo anterior, aunado a la necesidad de abordar los graves problemas que supone el uso de las tecnologías digitales. De esta manera, la incitación al odio, la discriminación y la violencia, el reclutamiento y la propaganda terroristas, la vigilancia arbitraria e ilegal, la interferencia respecto al uso de las tecnologías de encriptación y el anonimato, y el poder de los intermediarios en línea, así como la continua prevalencia de restricciones legales indebidas sobre la expresión en línea y su aplicación abusiva, y las interrupciones arbitrarias para restringir el acceso a las redes de telecomunicaciones e internet, condujeron, el 10 de julio de 2019, a la formulación de la Declaración Conjunta del Vigésimo Aniversario sobre Desafíos para la Libertad de Expresión,⁴⁷ en la que se enumeran algunos de los desafíos para la libertad de expresión en la próxima década:

- a. *Creación de un ambiente que permita el ejercicio de la libertad de expresión.* La protección y la promoción de la libertad de expresión requieren normas legales y sistemas regulatorios que garanticen este derecho de manera adecuada, especialmente en el caso del entorno digital.
- b. *Consolidar y mantener un Internet libre, abierto e inclusivo.* El ejercicio de la libertad de expresión requiere de una infraestructura digital que sea robusta, universal y cuya regulación garantice que permanezca siendo un espacio libre, accesible y abierto para todas las partes interesadas.
- c. *Control privado como amenaza a la libertad de expresión.* Una característica transformativa del entorno de las comunicaciones digitales es el poder de las empresas privadas y, particularmente, de las redes sociales, las plataformas de búsqueda y otros intermediarios, sobre las comunicaciones, con un enorme poder concentrado en unas pocas empresas.

En consonancia con el referido instrumento y previo a su aprobación, en 2016, el Tribunal Constitucional de la República Dominicana, con respecto a la censura del derecho a la libertad de expresión, interpretando las disposiciones del artículo

⁴⁶ República Dominicana, Tribunal Constitucional, Sentencia TC/0092/19, de 21 de mayo de 2019, 47, párr. 12.4.

⁴⁷ Formulada por el Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y de Expresión, el representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) para la Libertad de los Medios de Comunicación, el Relator Especial de la Organización de Estados Americanos para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP).

49 de la Constitución y 13 de la CADH, señaló: “La regla general es que las personas tienen derecho a acceder a la información que reposa en las instituciones del Estado y, en tal virtud, las restricciones o límites a ese derecho deben estar legalmente precisados en lo relativo al tipo de información reservada”,⁴⁸ aclarando que la información confidencial es aquella que está en Poder del Estado y solo compete a sus titulares, siendo de índole estratégica para las decisiones de gobierno, la acción sancionadora y los procesos administrativos o judiciales. También abarca el secreto bancario, bursátil y tecnológico.⁴⁹ La información secreta o reservada es aquella que se encuentra en poder del Estado y cuyo acceso está restringido en atención a un interés superior vinculado con la defensa o la seguridad del Estado.⁵⁰

Todo lo anterior indica que los Estados deben aplicar medidas que permitan tutelar de forma efectiva la libertad de expresión, que garanticen el acceso a internet en condiciones de igualdad en todo el mundo –imprescindible para lograr la consolidación de la gobernanza digital–, y evitar la censura de información publicada en internet de manera injustificada por parte de entidades públicas y privadas.

Esto indica que urge que los Estados legislen en torno al tema de las redes sociales y la accesibilidad a internet, incluyendo estos temas como parte de los retos enumerados; así lo ha dejado entrever el Tribunal Constitucional dominicano, al señalar:

... cuando se fijan las limitaciones por medio de responsabilidades posteriores a este derecho, las mismas tienen que identificarse en la Ley de manera expresa, clara y precisa, ya que las normas sancionatorias ambiguas, amplias o muy abiertas violan la seguridad jurídica, [y] promueven interpretaciones que socavan desproporcionadamente el ejercicio del derecho de libertad de expresión, lo que, a su vez, provoca que las personas no se expresen por el miedo a las represalias. Sobre todo, cuando la norma sancionatoria proviene del derecho penal que es el medio más restrictivo y severo.⁵¹

En ese sentido, la Carta Iberoamericana de Función Pública de 2009, en su punto n.º 26, establece que los Estados iberoamericanos promoverán la regulación y la utilización de diversos canales que permitan la participación ciudadana en la gestión pública, en función de sus marcos normativos, tradiciones jurídicas e institucionales e instrumentos internacionales. Lo que en la época y condiciones actuales se traduce en facilidades de acceso indiscriminado a *internet* y a *internet de las cosas*, herramientas indispensables para hacer efectiva la libertad de expresión y la participación ciudadana, más aún en los albores de la cuarta revolución industrial.

⁴⁸ República Dominicana, Tribunal Constitucional, Sentencia TC/0512/16, de 2 de noviembre, 22, párr. 1.r.

⁴⁹ República Dominicana, Tribunal Constitucional, Sentencia TC/0512/16, 23, párr. 11.s.

⁵⁰ República Dominicana, Tribunal Constitucional, Sentencia TC/0512/16, 22, párr. 11.r.

⁵¹ República Dominicana, Tribunal Constitucional, Sentencia TC/0092/19, 27-28, párr. 12.3.m.

5. Protección de datos personales y el derecho al olvido como desafío en la gobernanza digital

Michael Sandel, de la Universidad de Harvard, ha expresado que “parecemos cada vez más dispuestos a reemplazar la privacidad por la conveniencia con muchos de los dispositivos que utilizamos habitualmente”. Estimulado en parte por las revelaciones de Edward Snowden, el debate global sobre el significado de la intimidad en un mundo de mayor transparencia solo acaba de comenzar, dado que podemos comprobar cómo internet puede ser una herramienta de liberación y democratización sin precedentes y, al mismo tiempo, un acicate de la vigilancia masiva indiscriminada, de gran alcance y casi insondable.⁵²

Partiendo de lo expresado por Sandel, podemos afirmar que, si bien el desarrollo vertiginoso de las TIC ha traído consigo avances significativos en términos de comunicación, acceso a la información, difusión de opiniones y data, no menos cierto es que existen peligros latentes que ponen en riesgo el honor, la dignidad y el buen nombre, la seguridad personal y financiera de las personas.

La Corte Constitucional de Colombia ha identificado los siguientes peligros en la era digital frente al derecho a la intimidad:

- I. Los datos personales pueden ser utilizados por terceros malintencionados de forma ilícita;
- II. Existe la posibilidad de que traten y publiquen en la red información falsa o sin autorización del usuario;
- III. A través de las condiciones aceptadas por los usuarios, estos ceden derechos plenos e ilimitados, sobre todos aquellos contenidos propios que alojen en la plataforma, de manera que pueden ser explotados económicamente por parte de la red social.⁵³

La exposición de los datos personales supone un riesgo para la seguridad personal y financiera, pero sobre todo para la integridad psicológica, la moral, el honor y el buen nombre de las personas, lo que indica que el bien jurídico protegido podría resultar gravemente afectado con el uso irresponsable de las redes digitales. Por esta razón, los tribunales han de tener claramente definido cuáles son los elementos que deben poseer las publicaciones en internet para que puedan ser consideradas violatorias de derechos, porque de no ser identificadas con certeza también se corre el riesgo de censurar mensajes con contenido beneficioso para la colectividad y para el fortalecimiento de la democracia.

⁵² Klaus Schwab, *La Cuarta Revolución Industrial* (Bogotá: El Tiempo Casa Editorial, 2016), 82.

⁵³ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-121 de 2018.

Así pues, es preciso definir reglas claras que permitan detectar publicaciones que afectan derechos, porque cuando el tratamiento y la transmisión de datos personales hacen surgir una colisión entre los derechos a la libertad de expresión y al acceso a la información, y los derechos del titular de los datos, se hace necesario analizar varios factores y proceder a ponderarlos con todo el rigor.

En ese sentido, la Corte Constitucional de Colombia ha determinado que, al analizar la procedencia de la censura de un mensaje publicado en redes de internet, se deberá determinar si la publicación cumple con lo siguiente:⁵⁴

- I. Que la afectación por ella producida sea suficientemente intensa para generar un daño en el patrimonio moral del sujeto;
- II. Que la gravedad de esta no depende en ningún caso de la impresión personal ni de la interpretación que el juez tenga de ella, sino del margen razonable de objetividad que le permita avizorar la lesión del núcleo esencial de los derechos a la honra y al buen nombre, lo cual ocurre cuando se endilgan delitos o conductas sancionables por el derecho;
- III. Que se atribuyan comportamientos que, sin ser estrictamente punibles, suelen tener un grado significativo de reproche social.

Por ejemplo: discursos que descalifican a la persona en los aspectos de su vida privada, como mensajes estigmatizantes sobre preferencias sexuales, vida sentimental, relaciones familiares, salud, etc.

Lo anterior indica que deberá analizarse el nivel de gravedad, el grado de afectación y la naturaleza de lo expresado, es decir, si lo divulgado cumple o no con las características de los *datos sensibles*, entendidos por la doctrina y la jurisprudencia como aquella información que versa sobre origen racial o étnico, opiniones políticas, religión, actividades sindicales, salud física o mental, preferencias sexuales y antecedentes penales. La categoría de datos que se consideran sensibles debe estar claramente definida, porque los datos sensibles pueden requerir un tratamiento especial, como el consentimiento explícito para su divulgación o, incluso, la prohibición de procesamiento de este tipo de datos, salvo que exista una excepción en la ley.⁵⁵

El derecho a la protección de los datos se encuentra íntimamente vinculado al *derecho al olvido*, toda vez que respecto de estos datos su titular tendrá derecho a que “se eliminen de los registros de buscadores referencias e informaciones que, por su contenido o por el tiempo transcurrido desde su recopilación, ya no tengan relevancia pública”.⁵⁶ Y es que, en efecto, nadie puede ser esclavo de las informaciones

⁵⁴ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-102 de 2019.

⁵⁵ OEA, Consejo Permanente, Documento presentado por el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, conforme al párr. 11 de la parte dispositiva de la Resolución AG/RES, 2514 (XXXIX-O/09), 2921/10 rev.1 corr. 1, 17 de octubre de 2011.

⁵⁶ Unión Europea, Declaración de los Derechos en Internet, artículo 11, https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/commissione_internet/testo_definitivo_spagnolo.pdf.

digitales, ni vivir bajo un castigo permanente con datos personales difundidos en las redes que lo hagan pasible de exclusión social o discriminación, porque de ese modo se le limitaría en el ejercicio de sus derechos y en sus relaciones interpersonales.

La tutela efectiva de los derechos de *protección de datos* y al *olvido* constituye uno de los principales desafíos que supone el uso de las tecnologías en la Administración pública. Esto en el entendido de que, en el necesario y obligado proceso de interrelación entre la Administración y los administrados (gobernanza digital), se da un flujo de información digital.

En este proceso, en algunos casos, en el manejo de la información quedan incluidos ciertos *datos personales sensibles*, por lo cual los servidores públicos están en la obligación ineludible e indelegable de reservar dicha información, no permitiendo su uso externo, sino tan solo un tratamiento interno y en los términos autorizados por el titular de los datos, en virtud de los principios de confidencialidad y secreto profesional.

Tal es el caso de los resultados de análisis médicos en manos de Salud Pública: se trata de una información confidencial que solo puede ser cedida a terceros por autorización expresa e informada de su titular. La inobservancia a este deber de reserva y de tutela puede ser reclamada por la persona afectada por ante los tribunales, mediante la acción de *habeas data*, regulada en la República Dominicana por el artículo 70 de la Constitución y por la Ley 172-13 sobre protección integral de datos personales.

En términos parecidos se concibe la responsabilidad de la Administración respecto al *derecho al olvido*, una prerrogativa que impone a los Estados, a través de sus instituciones, no tomar en cuenta información personal que carezca de relevancia pública en razón del tiempo. En estos casos, la propia Administración debe proporcionar las vías judiciales para reclamar la eliminación de toda la información pasada que en la actualidad pudiera limitar a su titular en el ejercicio de sus derechos, que, en este caso, también sería la misma acción de *habeas data*.

6. Otros desafíos de la gobernanza digital: desigualdad social y derecho al trabajo

Existe una compleja relación entre las TIC y los DESC, ya que las TIC pueden tener tanto impactos negativos como positivos en la satisfacción de derechos. Si bien las TIC pueden apoyar el cumplimiento de derechos, esos mismos derechos también pueden necesitar nuevos tipos de protección. Los derechos laborales establecidos en el Pidesc ejemplifican este desafío.⁵⁷

El referido desafío, aunado a otros más, ha incidido en que la gobernanza digital no sea concebida como positiva en su totalidad. Esta percepción limita en cierto

⁵⁷ ALAI, "Internet y Derechos Económicos, Sociales y Culturales", 9.

sentido su evolución e inserción en algunos Estados de Iberoamérica, pero sobre todo su inclusión en la Administración pública. Ya hemos hecho referencia a la brecha digital, y a la amenaza contra los derechos a la privacidad e intimidad debido a la exposición de los datos personales; otros retos son la *desigualdad* y la *afectación al derecho al trabajo por la posible sustitución de la mano de obra*.

Los desafíos planteados por la desigualdad creciente son difíciles de dimensionar, dado que la gran mayoría de las personas son consumidoras y productoras, y la innovación y la disrupción afectan los niveles de vida y bienestar tanto de manera positiva como negativa.⁵⁸ La desigualdad consiste en que no todas las personas puedan tener acceso a internet y a dispositivos electrónicos aptos para lograr su inclusión en el mundo virtual que proporciona la gobernanza digital.

La desigualdad social en el mundo virtual es lo opuesto de la observancia del *principio de igualdad*, enarbolado en los artículos 39 de la Constitución dominicana, 24 de la CADH, 14.1 del Pidesc, así como en el punto n.º 6.a de la Carta de Gobierno Electrónico de 2007. Establece este último instrumento:

En ningún caso el uso de medios electrónicos puede implicar la existencia de restricciones o discriminaciones para los ciudadanos que se relacionen con las Administraciones públicas por medios no electrónicos, tanto respecto al acceso a la prestación de servicios públicos como respecto a cualquier actuación o procedimiento administrativo [,] sin perjuicio de las medidas dirigidas a incentivar la utilización de los medios electrónicos.

Por otro lado, también se indica como negativo el impacto de la tecnología en el *empleo*. En 1931, el economista John Maynard Keynes advirtió acerca del extendido desempleo debido a la tecnología, “a causa de nuevos descubrimientos de medios para economizar el uso del trabajo a mayor ritmo del que podemos encontrar nuevas aplicaciones para el trabajo”.⁵⁹ Esta afirmación no resultó ser del todo acertada para ese entonces; sin embargo, la diferencia abismal existente entre la revolución tecnológica y las anteriores, en términos de modernidad, hace entender que en esta ocasión la predicción de Keynes podría consumarse, dado que la inteligencia artificial podría desplazar la mano de obra humana.

Una de las razones por las que la revolución tecnológica 4.0 provocará más revuelo que las anteriores revoluciones industriales es el hecho de que las nuevas tecnologías cambiarán profundamente la naturaleza del trabajo en todas las industrias, instituciones y ocupaciones. La incertidumbre fundamental tiene que ver con la medida en que la automatización sustituirá a la mano de obra.⁶⁰

⁵⁸ Schwab, *La Cuarta Revolución Industrial*, 16.

⁵⁹ Citado en Schwab, *La Cuarta Revolución Industrial*, 34.

⁶⁰ Schwab, *La Cuarta Revolución Industrial*, 34-35.

La Universidad de Oxford, en una investigación de 2013, determinó cuáles son las ocupaciones más y menos propensas a ser automatizadas, es decir, con mayor posibilidad de ser realizadas por máquinas dotadas de inteligencia artificial.⁶¹ El estudio deja entrever que los trabajos con más riesgo de desaparecer como producto de la irrupción de la cuarta revolución industrial son aquellos que implican labores mecánicas, que con base en patrones predeterminados pueden ser ejecutadas satisfactoriamente (realizadas mediante IA), y los menos propensos son aquellos para cuya realización es necesario poseer las competencias de análisis, liderazgo, creatividad, innovación, etc. Estas conclusiones concuerdan con la tesis de OBS Business School, que sostiene que los empleos que mayor riesgo corren de desaparecer son aquellos relacionados con la atención al público, como secretarios, recepcionistas, cajeros de banco o de supermercado, vendedores de prensa y de libros, además de personal de limpieza, empleados de lavanderías, traductores, etc.⁶²

7. La rendición de cuentas, la lucha contra la opacidad y la corrupción

La corrupción en la Administración pública ha sido siempre un tema de actualidad, relevancia y preocupación, que se manifiesta de distintas maneras a nivel internacional, ya sea mediante el tráfico de influencias, el contrabando, el soborno o el peculado, entre otros. Por ello, los Estados miembros del CLAD, de conformidad con el preámbulo del Código Iberoamericano de Buen Gobierno de 2006, asumen el compromiso de considerar inaceptable: i) un gobierno que ampare y facilite la corrupción; ii) un gobierno que dificulte el escrutinio público sobre su toma de decisiones; iii) un gobierno que no tome en cuenta las necesidades de sus ciudadanos, y iv) un gobierno irresponsable y que no rinda cuentas.

Es preciso señalar que según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), los principales factores que facilitan la corrupción institucional son los siguientes:⁶³

- a) amplio espacio de discrecionalidad en la toma de decisiones por parte de agentes estatales; b) falta de control de los actos de la autoridad, lo que se basa en poca transparencia y rendición de cuentas en torno a las decisiones adoptadas por la autoridad, así como en la naturaleza secreta de la corrupción;

⁶¹ Carl Benedikt Frey y Michael Osborne, *The future of Employment: How susceptible are jobs to computerization?* Oxford Martin School, 2013, <https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/publications/the-future-of-employment/>.

⁶² Mar Carpena, “La Cuarta Revolución Industrial: puestos de trabajo que desaparecerán y nacerán”, *Think Big/Empresas*, 22 de enero 2019, <https://empresas.blogthinkbig.com/la-cuarta-revolucion-industrial-puestos-de-trabajo-que-desapareceran-y-naceran/>.

⁶³ CIDH, *Corrupción y derechos humanos: estándares interamericanos* (OEA, 2019), 53.

c) alto nivel de impunidad, ello permite que actos o sistemas de corrupción operen sobre la base de garantías de que el costo de la corrupción es ampliamente superado por los beneficios obtenidos. [...] Esta amplia discrecionalidad sin el debido control y rendición de cuentas es fuente de posibles actos de corrupción.

Los estudios sobre la corrupción demuestran que los derechos humanos más afectados son los Desca, y entre estos, el derecho a la alimentación y a la salud individual, por un lado, y por el otro, el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la igualdad. En el primer caso, los derechos son afectados por el Poder Ejecutivo, mientras que en el segundo lo son por el Poder Judicial y el Ministerio Público.⁶⁴

En ese sentido, el IIDH ha indicado que la corrupción disminuye los recursos públicos y, por ende, se tienen menos bienes o peores servicios, con lo que se transgreden las obligaciones de protección, garantía y promoción de los Desca. Como cuando se efectúa una licitación amañada por medio de sobornos o se paga un sobreprecio por los bienes o servicios contratados o por un detrimento en su calidad.⁶⁵ Por consiguiente, las prácticas de corrupción afectan el ejercicio o disfrute de los derechos fundamentales, tanto en su dimensión individual como en su dimensión colectiva, sea de manera directa, indirecta o difusa.

En esa perspectiva, casi todos los derechos fundamentales son afectados de una u otra manera. El daño que ocasiona este flagelo no solo actúa sobre el *desarrollo económico* y la *confianza ciudadana*, sino también sobre los sectores más vulnerables de la sociedad, que son los más afectados por el desvío de fondos y el manejo inadecuado de procesos judiciales.

La gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades, al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia, y al comprometer el *desarrollo sostenible*, obliga a los Estados a tomar medidas rigurosas para su combate (persecución y sanción), pero sobre todo a aplicar políticas públicas efectivas para su prevención, que permitan garantizar el pleno ejercicio de los derechos, mediante el emprendimiento de acciones necesarias para asegurar que todas las personas estén en condición de ejercerlos y gozarlos; cuestión que necesariamente implica que las instituciones públicas actúen con observancia estricta de los principios de *honestidad profesional* y *transparencia*.

Por estas razones, la responsabilidad estatal de garantizar derechos no debe ser meramente formal. Bajo este argumento la Corte IDH indicó:

⁶⁴ Yván Montoya, “Corrupción judicial y afectación de los derechos a la tutela judicial efectiva y la indemnidad sexual, un caso peruano”, en *Corrupción, Estado de derecho y derechos humanos. Manual de casos*, ed. por Claudio Nash Rojas y Marie Christine Fuchs (Berlín: Fundación Konrad Adenauer, 2020), 259.

⁶⁵ IIDH, *Corrupción y derechos económicos y sociales en América Latina. Estudios de casos de Ecuador, México y República Dominicana* (San José: IIDH, 2020), 15.

La obligación de garantizar no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, *sino que comporta 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.*⁶⁶

Una de las herramientas para la materialización de estas obligaciones es permitir el acceso a los datos públicos y facilitar los medios para hacer efectiva la libertad de expresión; para ello es imprescindible instaurar un *gobierno de datos abiertos*, lo que impone actuar con *transparencia*; y esto, según la Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico de 2007, la Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto de 2009 y la Carta Iberoamericana de la Función Pública de 2003, comporta, *lato sensu*, garantizar el acceso a la información pública en lenguaje comprensible, siendo esto fácilmente alcanzable en todas sus dimensiones mediante la *gobernanza digital*.

Lo antes precisado constituye una de las razones por las que la Agenda 2030 de los ODS de la ONU consigna como objetivo n.º 16: “Facilitar el acceso a la justicia para todos y construir a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas”.

En ese tenor, es preciso agregar que la rendición de cuentas, considerada como uno de los pilares del *gobierno abierto*, según la Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto de 2016, consiste esencialmente en el análisis y tratamiento de la información existente, en la actualidad de manera digital, para lograr mayor acceso a estos datos públicos, por medio de “1) la explicación del origen, uso y aplicación de los fondos a disposición de la administración de justicia; 2) la confección y aplicación de los indicadores relevantes de la gestión jurisdiccional y administrativa...”⁶⁷

Los poderes públicos, según proceda, deben ofrecer información actualizada, accesible y comprensible del estado de ejecución de los presupuestos, de los ingresos y de los egresos, mediante una memoria periódica u otro instrumento adecuado.

En tal sentido, la Administración pública, a través de todos sus estamentos, ha de poner la información presupuestaria a disposición de la ciudadanía, habida cuenta de que la partida que se asigna a las entidades oficiales proviene de la recaudación de los impuestos pagados por la ciudadanía para recibir una contraprestación directa o indirecta mediante productos y servicios entregados y prestados por el gobierno, ya sea central o local; por lo tanto, los ciudadanos tienen el derecho a recibir información actualizada, accesible y comprensible sobre la ejecución presupuestaria.

Para la CIDH, una pieza imprescindible para garantizar procesos de transparencia y de rendición de cuentas adecuados, es la capacidad estatal de producción

⁶⁶ Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, párr. 167.

⁶⁷ Cumbre Judicial Iberoamericana, “Recomendaciones en materia de transparencia, rendición de cuentas e integridad de los sistemas de justicia iberoamericanos” (2012), http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=e078b55d-cf4e-4386-b9d8-f384401019e7&groupId=10124.

de información, así como la garantía de su difusión y el acceso a la misma por parte de la sociedad. La obligación del Estado de producir y difundir información pública se transforma así en un elemento esencial para que la sociedad pueda fiscalizar la actuación estatal en la formulación y gestión de políticas públicas,⁶⁸ y se refiere tanto a la institución como a la persona que se desempeña como servidor público.

El ejercicio del derecho de acceso a la información pública y el propio cumplimiento de los deberes de rendición de cuentas se hacen posibles con mayor facilidad con los beneficios de las TIC. Esto demuestra la importancia de contar con herramientas útiles para combatir la corrupción, la cual está siendo percibida a un nivel tan elevado que, según un estudio de la IE University de España, el 25% de los encuestados consideran que los robots pueden tomar decisiones políticas importantes al respecto.

Este pensamiento probablemente esté relacionado con la *desconfianza de los ciudadanos hacia los políticos*, según se explica en un comunicado de la referida universidad.⁶⁹ Así pues, es imperativo que la corrupción sea enfrentada, para lo cual la gobernanza digital presenta buenas alternativas, ya que pone a disposición bases de datos que permiten el registro de los datos que deban ser rendidos, a los que puede acceder la ciudadanía en tiempo real.

8. Importancia de la credibilidad y la confianza pública en la buena Administración

Según el Informe del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD-2004-2018) sobre calidad democrática en la República Dominicana, la evolución de la confianza en el Poder Ejecutivo en el país y en América Latina y el Caribe, durante este periodo, muestra que en el caso dominicano, en 2018, el Gobierno presentó un 22% de confianza, mientras entre 2006 y 2011 hubo un aumento de la desconfianza. Entre 2013 y 2016 hubo un nuevo periodo de alta confianza, pero en 2017 y 2018, de nuevo, hubo una caída drástica de dicho indicador.⁷⁰

La impresión que genera el análisis de estas estadísticas nos conduce a indicar que la protección de los derechos humanos, la creación de circunstancias que permitan progresar a la humanidad espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad, debe ser siempre el fin esencial de los Estados. Por otra parte, así lo contemplan el

⁶⁸ CIDH, Informe sobre Pobreza y Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.164, 7 de septiembre de 2017, párr. 195.

⁶⁹ BMagazine, “El gobierno del futuro con el que quedarás estupefacto” (2019), https://www.metropoliabierta.com/b-magazine/beyou/robots-politicos-ciudadanos_15277_102.html.

⁷⁰ PNUD, “Confianza en el Gobierno”, 95, <https://www.undp.org/es/dominican-republic/publications/informe-sobre-calidad-democr%C3%A1tica-en-la-rep%C3%BAblica-dominicana>.

preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y el primer considerando de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

Sin lugar a duda, la felicidad constituye el verdadero sentido de la existencia humana, y por esa razón el objetivo n.º 16 de la Agenda 2030 de la ONU tiene como norte la paz, la justicia y la construcción de instituciones fuertes, objetivo con el cual se pretende “promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas”.

Por tales motivos, un servicio público dedicado a la causa de la profesión, y a su país, es lo que se requiere de los servidores públicos, no un servicio con simples propósitos egoístas, ya que ello conduce a problemas sociales de gran magnitud, y al imperio de la deshonestidad y la corrupción.⁷¹ Para lograr aquel propósito es imprescindible trabajar con transparencia, la cual puede ser construida con mayor eficacia mediante los canales digitales que ofrecen las herramientas de la *gobernanza digital*, los cuales constituyen medios idóneos de acceso a la información que, además, permiten contrarrestar la corrupción en la Administración pública.⁷²

En el fortalecimiento de la confianza y la credibilidad de la ciudadanía en la Administración pública juega un rol importante la observancia del principio ético de la transparencia por parte de los servidores públicos, cuyo cumplimiento implica la diáfana explicación del origen, uso y aplicación de los fondos a disposición de la Administración de justicia, y la confección y aplicación de los indicadores relevantes de la gestión pública.⁷³ Ahora bien, los avances en el ámbito de las TIC ponen en manos de los servidores públicos múltiples canales para cumplir con el principio de transparencia mediante la rendición de cuentas y otros mecanismos.

La honestidad y la transparencia, principios éticos a los que alude la Carta Iberoamericana de Ética e Integridad en la Función Pública –aprobada por la XVIII Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, realizada en Antigua (Guatemala) los días 26 y 27 de julio de 2018–, son condiciones fundamentales para el afianzamiento y la sostenibilidad de las relaciones humanas, para la amistad y la auténtica vida comunitaria, porque la persona que cuenta con servidores públicos transparentes siente paz, al mismo tiempo que estos servidores también la sienten, ya que la transparencia es un valor “rentable”, porque ejercerla garantiza respeto, confianza, prestigio y, sobre todo, paz espiritual y armonía social, lo que coadyuva al logro de *sociedades pacíficas* y a la *felicidad de los pueblos*.

⁷¹ “Discurso del juez Huntley Eugene Munroe, Q.C., pronunciado el día 7 de septiembre de 1979, con ocasión de ser recibida la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la Junta Directiva del Colegio de Abogados de Costa Rica”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo 1979-2004* (San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005), párr. 477.

⁷² República Dominicana, Tribunal Constitucional, Sentencia TC/0042/12, de 21 de septiembre de 2012.

⁷³ Cumbre Judicial Iberoamericana, “Recomendaciones en materia de transparencia, rendición de cuentas e integridad”.

Conclusiones

Se tiene la percepción de que la gobernanza digital representa una amenaza para la humanidad, en vista de que las tecnologías emergentes podrían desplazar la mano de obra humana. Se teme también que un mundo hiperconectado, pero con una desigualdad en aumento, como producto, también, de la brecha digital, pueda incrementar la fragmentación, la segregación y el malestar social. Preocupa, además, que la privacidad, la intimidad y aun la seguridad financiera de las personas se puedan ver afectadas por la ciberdelincuencia debido a la exposición de los datos personales sensibles en las redes de internet.

Sin embargo, no se puede soslayar que la modernización que introducen las tecnologías disruptivas en la Administración pública, sin lugar a duda, permite forjar las bases para la construcción de un *buen gobierno*, puesto que una articulación correcta y armónica de lo que implica el ecosistema del mundo virtual en la gestión pública contribuye al aumento del desarrollo humano sostenible; en efecto, dicha modernización genera el incremento de los ingresos estatales, dada la aceleración de la productividad en todos los ámbitos de la sociedad. Esto se debe a que la inteligencia artificial ofrece la realización de grandes trabajos y proyectos en menor tiempo y a bajo costo, y a que proporciona herramientas idóneas que permiten brindar productos y servicios de mayor calidad en pro del bienestar social.

La gobernanza digital coadyuva significativamente en el fortalecimiento de la Administración pública, repercutiendo en la tutela del derecho fundamental a la buena Administración, en el sentido de que su modernización e inclinación hacia la transparencia motivan la apertura de datos, garantizando con efectividad el libre acceso a la información pública mediante canales de fácil acceso para el ejercicio a la libertad de expresión, propiciando así una participación ciudadana proactiva que se erige en garantía de derechos e impulsa el fortalecimiento de la democracia, a la par que incentiva la transparencia y la honestidad de los servidores públicos.

Solo así se puede articular una verdadera gobernanza digital, puesto que la participación e interacción directa de la ciudadanía con el Gobierno genera el círculo comunicacional Gobierno-ciudadanía, que conduce a la toma de buenas decisiones e impulsa la conducción acertada de los servidores públicos en el ejercicio de la función pública, todo lo cual propicia una gobernabilidad democrática real en pro de la buena Administración pública.

Bibliografía

Doctrina

ACEMOGLU, Daron y James A. ROBINSON. *El pasillo estrecho. Estados, sociedades y cómo alcanzar la libertad*. Barcelona: Deusto, 2019.

- AGENCIA EFE. “América Latina impulsa la gobernanza digital en su lucha contra la corrupción y el cibercrimen” (2018). <https://www.efe.com/efe/america/tecnologia/america-latina-impulsa-la-gobernanza-digital-en-su-lucha-contra-corrupcion-y-el-cibercrimen/20000036-3814235>.
- AGUILAR VILLANUEVA, Luis F. *Gobernanza: el nuevo proceso de gobernar*. México: Fundación Friedrich Naumann para la Libertad, 2010.
- ALAI, “Internet y Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, *América Latina en Movimiento (ALAI)*, n.º 521 (2017). <https://www.alainet.org/es/revistas/521>.
- APC NEWS. “The UN recognises freedom of expression on the internet as a human right”, 6 de julio de 2012. <https://www.apc.org/en/node/14772>.
- AUTORIDAD NACIONAL PARA LA INNOVACIÓN GUBERNAMENTAL. “Panamá, sede de la V Reunión Ministerial de Gobierno Electrónico” (2018). <https://innovacion.gob.pa/panama-sede-de-la-v-reunion-ministerial-de-gobierno-electronico/>.
- BENEDIKT FREY, Carl y Michael OSBORNE. *The future of Employment: How susceptible are jobs to computerization?* Oxford Martin School, 2013. <https://www.oxford-martin.ox.ac.uk/publications/the-future-of-employment/>
- BINDER, Alberto. “¿Cómo y sobre qué debe rendir cuentas el sistema judicial?” (2013). <https://www.telam.com.ar/advf/documentos/2013/02/512e871662d27.pdf>.
- BMAGAZINE. “El gobierno del futuro con el que quedarás estupefacto” (2019). https://www.metropoliabierta.com/b-magazine/beyou/robots-politicos-ciudadanos_15277_102.html.
- CARPENA, Mar. “La Cuarta Revolución Industrial: puestos de trabajo que desaparecerán y nacerán”. *Think Big/Empresas*, 22 de enero 2019. <https://empresas.blogthinkbig.com/la-cuarta-revolucion-industrial-puestos-de-trabajo-que-desapareceran-y-naceran/>.
- CIDH. *Corrupción y derechos humanos: estándares interamericanos*. OEA, 2019.
- CIDH. Informe sobre Pobreza y Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.164, 7 de septiembre de 2017.
- COMITÉ DESC. Observación General n.º 14.
- COMITÉ DESC. Observación General n.º 15.
- COMITÉ DESC. Declaración sobre la Pobreza y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/2001/10, 10 de mayo de 2001.
- CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA. “Recomendaciones en materia de transparencia, rendición de cuentas e integridad de los sistemas de justicia iberoamericanos” (2012). http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=e078b55d-cf4e-4386-b9d8-f384401019e7&groupId=10124.
- “DISCURSO DEL JUEZ HUNTLEY EUGENE MUNROE, Q.C., pronunciado el día 7 de septiembre de 1979, con ocasión de ser recibida la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la Junta Directiva del Colegio de Abogados de Costa Rica”. En *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo 1979-2004*, 477-479. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005.

- ESPEJO YAKSIC, Nicolás. “Justiciabilidad, política y Estado social y democrático de derecho: los derechos sociales como test”. Borrador. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, 2010. <http://www.odalalc.org/documentos/1341423255.pdf>.
- IIDH. *Corrupción y derechos económicos y sociales en América Latina. Estudios de casos de Ecuador, México y República Dominicana*. San José: IIDH, 2020.
- IIDH. “¿Qué son los Desca?” (2019). <https://iidh-jurisprudencia.ac.cr/index.php/que-es-desca>.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 1995.
- LA RUE, Frank. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, A/HRC/17/27, 2011. http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/17/27&referer=https://www.google.com/&Lang=S.
- MELÉNDEZ, Florentín. *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia. Estudio constitucional comparado*. El Salvador: Criterio, 2006.
- MONTOYA VIVANCO, Yván. “Corrupción judicial y afectación de los derechos a la tutela judicial efectiva y la indemnidad sexual, un caso peruano”. En *Corrupción, Estado de derecho y derechos humanos. Manual de casos*. Editado por Claudio NASH ROJAS y Marie Christine FUCHS, 259-279. Berlín: Fundación Konrad Adenauer, 2020.
- MORENO, Martínez. “Se prepara la Cuarta Revolución Industrial” (2009). <https://www.laverdad.es/ababol/ciencia/prepara-cuarta-revolucion-20190615010734-ntvo.html>.
- OEA. Consejo Permanente. Documento presentado por el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, conforme al párrafo 11 de la parte dispositiva de la Resolución AG/RES, 2514 (XXXIX-O/09) n.º 2921/10 rev.1 corr. 1, de 17 de octubre de 2011.
- PNUD. “Confianza en el Gobierno”. <https://www.undp.org/es/dominican-republic/publications/informe-sobre-calidad-democr%C3%A1tica-en-la-rep%C3%BAblica-dominicana>.
- RED GEALC. “Objetivos de Desarrollo Sostenible 2030 y Gobernanza Electrónica”. *Boletín e-Gobierno Red Gealc* 119 (2016).
- SANDOVAL, Areli y Carlos DE LA TORRE. *Los derechos económicos, sociales y culturales: exigibles y justiciables*. México: Decap Equipo Pueblo, 2010.
- SCHWAB, KLAUS *La Cuarta Revolución Industrial*. Bogotá: El Tiempo Casa Editorial, 2016.
- UNIÓN EUROPEA. “Declaración de los Derechos en Internet”. https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/commissione_internet/testo_definitivo_spagnolo.pdf.
- UNIÓN INTERNACIONAL DE TELECOMUNICACIONES. “TIC para un mundo sostenible” (2020). <https://www.itu.int/en/sustainable-world/Pages/default.aspx>.

UNIVERSIDAD DE ALCALÁ. “¿Qué es la robótica colaborativa?” (2020). <https://www.masterindustria40.com/que-es-robotica-colaborativa/>.

Jurisprudencia

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-121 de 2018. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-121-18.htm>.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-102 de 2019.

CORTE IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 4.

CORTE IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 107.

REPÚBLICA DOMINICANA. Tribunal Constitucional. Sentencia TC/0322/14, de 22 de diciembre.

REPÚBLICA DOMINICANA. Tribunal Constitucional. Sentencia TC/0437/16, de 13 de junio.

REPÚBLICA DOMINICANA. Tribunal Constitucional. Sentencia TC/0512/16, de 2 de noviembre.

REPÚBLICA DOMINICANA. Tribunal Constitucional. Sentencia TC/0200/17, de 10 de abril.

REPÚBLICA DOMINICANA. Tribunal Constitucional. Sentencia TC/0716/17, de 8 de noviembre.

REPÚBLICA DOMINICANA. Tribunal Constitucional. Sentencia TC/0092/19, de 21 de mayo.

REPÚBLICA DOMINICANA. Tribunal Constitucional. Sentencia TC/0051/20, de 17 de febrero.

William Fernando Buitrago Valderrama* (Colombia)

Garantías constitucionales y principios protectores en el ámbito laboral colombiano

RESUMEN

El presente texto analiza cómo, a partir de la Carta Política colombiana de 1991 y el nuevo constitucionalismo, aparecen nuevas garantías iusfundamentales para combatir las desigualdades en el plano laboral subordinado y no subordinado. Como consecuencia de la necesidad de regulación derivada de esas desavenencias surgen y se incorporan los principios del derecho laboral. Estos han tenido un desarrollo, tanto doctrinal como jurisprudencial, orientado a solventar las discrepancias humanas en el mundo del trabajo, con sus variados mecanismos políticos y económicos.

En este sentido, los fundamentos del derecho laboral tienen como objeto la tutela del trabajo ejecutado, bien sea de forma libre, por cuenta ajena o por relación de dependencia que recibe una contraprestación por el servicio realizado. Por lo tanto, se afirma que los derechos laborales poseen carácter heterónomo y autónomo, ya que regulan todos los tipos de trabajo que deben garantizarse de conformidad con los pilares establecidos por el Estado social de derecho.

Palabras clave: derechos fundamentales; garantías; trabajo.

Constitutional guarantees and protective principles in the Colombian labor market

ABSTRACT

This text analyzes how, based on Colombia's 1991 Constitution and new constitutionalism, new fundamental legal guarantees have emerged to combat inequalities in subordinate and non-subordinate work. As a consequence of the need for regulation

* Abogado, especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad Católica de Colombia; especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de Colombia; magíster en Derecho Público de la Universidad Santo Tomás (sede Bogotá) y la Universidad de Constanza (Alemania). buitragofer@gmail.com. Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-8644-8169>.

derived from these differences, the principles of labor law emerge and are incorporated. These have been developed, both in doctrine and jurisprudence, to resolve human disagreements in the world of work with its diverse political and economic mechanisms. In this sense, the fundamentals of labor law have the purpose of protecting the work performed, independently, as an employee, or in a dependent relationship where consideration is received for the services rendered. Therefore, labor rights are said to have a heteronomous and autonomous character, since they regulate all types of work that must be guaranteed according to the pillars established by the social state under the rule of law.

Keywords: Fundamental rights; guarantees; labor.

Verfassungsrechtliche Garantien und Schutzgrundsätze in der kolombianischen Arbeitswelt

ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Text analysiert, wie ausgehend von der kolumbianischen Verfassung von 1991 und dem neuen Konstitutionalismus neue verfassungsrechtliche Garantien entstehen, um den Ungleichheiten in nachgeordneten und nicht nachgeordneten Arbeitsverhältnissen zu begegnen. Der aus diesen Konflikten resultierende Regelungsbedarfs führt zur Entstehung von arbeitsrechtlichen Grundsätzen und deren Aufnahme in das Arbeitsrecht. Die Entwicklung dieser Grundsätze in Doktrin und Rechtsprechung hat die Lösung der zwischenmenschlichen Diskrepanzen in der Arbeitswelt mit ihren vielfältigen politischen und ökonomischen Mechanismen zum Ziel. Gegenstand des Arbeitsrechts ist demzufolge der Schutz der unabhängig, im Auftrag oder im Rahmen eines Abhängigkeitsverhältnisses gegen eine Vergütung der erbrachten Leistung durchgeführten Arbeit. Es wird daher die Auffassung vertreten, dass die Arbeitsrechte sowohl heteronomen als auch autonomen Charakter haben, da ihre Regelungen sich auf alle Typen von Arbeit erstrecken, die entsprechend der Grundlagen des sozialen Rechtsstaats schutzwürdig sind.

Schlüsselwörter: Grundrechte; Garantien; Arbeit.

Introducción

Uno de los acontecimientos jurídicos del siglo XX fue el surgimiento de una disciplina denominada “derecho del trabajo”,¹ con el objeto de regular las situaciones en el sistema de producción industrial.

Ahora, al iniciar el siglo XXI, se han levantado voces desde diversos ámbitos y organismos internacionales por la desaparición de una rama para regular la relación

¹ Guillermo Boza Pró, “Surgimiento, evolución y consolidación del derecho del trabajo”, *Themis. Revista de Derecho*, n.º 65 (2014): 13-26.

capital-trabajo. Todo ello, debido a los cambios en el ámbito de los sistemas de producción de la economía mundial, y a la correlativa necesidad de flexibilizar las relaciones laborales,² particularmente a partir de la formulación del Consenso de Washington.³

En ese sentido, se dice que no todo trabajo es objeto de normas jurídicas específicas, y que solo un tipo de trabajo es susceptible de ser regulado jurídicamente. En Colombia, el sistema internacional de los derechos humanos y la Constitución Política de 1991 constituyen el marco conceptual básico desde el cual debe abordarse el estudio, tanto de los derechos económicos, sociales y culturales, como de los civiles y políticos.

En ese contexto, para la realización efectiva del derecho humano al trabajo, los instrumentos internacionales ofrecen un conjunto de principios y reglas que fijan obligaciones para los Estados que los han ratificado. Por su parte, la Constitución Política también consagra derechos y establece obligaciones en materia de trabajo, los cuales han sido desarrollados por la Corte Constitucional siguiendo el bloque de constitucionalidad.⁴

Asimismo, el constituyente de 1991 declaró en el artículo 1 de la Carta Política que Colombia “es un Estado Social de Derecho”, lo que traduce que el Estado tiene un papel de promotor del desarrollo y la justicia social, para combatir las desigualdades humanas con sus mecanismos políticos y económicos.

Inmersos en esas aspiraciones estatales se encuentran los principios del derecho laboral. Estos resultan primordiales, ya que posibilitan los medios y la calidad de la subsistencia para la mayoría de la población. Puesto que son el origen de variadas y complejas relaciones sociales, también en la dimensión nacional son un factor determinante para el crecimiento y el desarrollo económico del Estado.⁵

Todo lo anterior determina el desarrollo de la presente investigación, orientada a analizar, desde el punto de vista constitucional, *cómo se garantiza la efectividad de los principios, derechos y deberes en las relaciones laborales individuales dentro de los fines del Estado social de derecho.*

² Iván Daniel Jaramillo Jassir, “Presente y futuro del derecho del trabajo: breve historia jurídica del derecho del trabajo en Colombia”, *Opinión Jurídica* 9, n.º 18 (2010): 57-74.

³ El Consenso de Washington se refiere al conjunto de medidas de política económica de corte neoliberal aplicadas a partir de los años ochenta para, por un lado, hacer frente a la reducción de la tasa de beneficio en los países del Norte tras la crisis económica de los años setenta, y, por otro, servir como salida impuesta por el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial (BM) a los países del Sur ante el estallido de la crisis de la deuda externa. Todo ello por medio de la condicionalidad macroeconómica vinculada a la financiación concedida por estos organismos.

⁴ Ángela Molina Higuera, “Aproximaciones sobre el derecho al trabajo desde la perspectiva de los derechos humanos”, *Estudios Socio-Jurídicos* 9 (especial), (2007): 166-189.

⁵ Ricardo Barona Betancourt, “Principios del derecho laboral en el sistema jurídico colombiano”, *Criterio Jurídico Garantista* 2, n.º 2 (2010): 252-264.

Para dar respuesta a este interrogante, se parte de un método descriptivo y del análisis documental de fuentes primarias y secundarias. El desarrollo de la investigación se divide en tres partes: inicialmente, se ocupa de la constitucionalización del derecho al trabajo; acto seguido, de los principios generales del derecho al trabajo; y, en tercer lugar, de los fundamentos constitucionales del derecho procesal del trabajo. Por último, las conclusiones buscan responder la pregunta de investigación planteada.

Así se determinará que el Estado social de derecho debe garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. Más aún cuando estos se hallan fortalecidos por los fundamentos de la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad y la prevalencia del interés general.

1. La constitucionalización del derecho al trabajo en la Carta Política de 1991

Antes de abarcar el tema objeto de estudio es importante resaltar que luego de la Segunda Guerra Mundial se ha construido una nueva forma de entender el derecho, partiendo de la importancia y necesidad de la protección de los derechos fundamentales y la dignidad humana. Este *nuevo constitucionalismo* puede caracterizarse, entre otras cosas, por la materialización del derecho por medio de los principios constitucionales, la garantía jurisdiccional de la Constitución, la relación del derecho con la moral y la importancia de la argumentación.

Como consecuencia, reta los fundamentos clásicos de la forma como se ha entendido el derecho, en especial mediante el proceso que ha sido llamado *constitucionalización del derecho*,⁶ y que se refiere al fenómeno jurídico según el cual “el ordenamiento legal de un país y por tanto el derecho en sí mismo considerado, debe estar regido en su interpretación y aplicación con la Constitución de dicho país”. Ello quiere decir que la norma primaria a la cual debe acompañarse en forma obligatoria el derecho del país respectivo es la Constitución.⁷

Bajo esta perspectiva, el fenómeno de la constitucionalización del derecho en Colombia ha traído como consecuencia la transformación progresiva de las normas constitucionales en fundamento común. Es decir que las distintas ramas del derecho han debido incorporar en sus decisiones enunciados constitucionales. Y es que la Constitución pasó de ser un documento político a ser un enunciado jurídico, el cual no puede ser obviado por el derecho laboral.

A su vez, y luego de los procesos de reformas constitucionales en Colombia, que propendían a seguir la tendencia mayoritaria de los países de América Latina que

⁶ Wilson Yesid Suárez Manrique, “La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano”, *Vniversitas* 63, n.º 129 (2014): 317-351.

⁷ Vicente de Jesús Arrieta Flórez, “La constitucionalización del derecho y su incidencia en Colombia”, *Pensamiento Americano* 2, n.º 2 (2009): 65-87.

se inclinaban por la flexibilización, el derecho del trabajo ha experimentado varios cambios. El común denominador de estos es el retorno a un sistema más garantista dentro de una jurisdicción especializada. En ese orden de ideas, Ospina Duque⁸ señala que en Colombia la evolución del derecho laboral está sujeta a las más variadas condiciones sociales, así como a las concepciones que determinan en cada momento histórico la aceptación y protección de los derechos humanos. Así por ejemplo, durante la primera mitad del siglo XX, la crisis económica, los conflictos sociales y laborales, y sobre todo la huelga de las bananeras, determinaron la influencia del liberalismo en el país y, entre otras cosas, la posterior configuración del movimiento obrero sindical, así como un desarrollo importante de la legislación laboral.

Al mismo tiempo, desde el preámbulo y el artículo 1.º de la Constitución Política de 1991, el trabajo se entiende e incorpora como uno de los fines esenciales del Estado social de derecho, tan importante como los principios de dignidad humana, solidaridad y prevalencia del interés general. Iván Jaramillo⁹ ha señalado que la profusa jurisprudencia constitucional a partir de 1991 ha cambiado la manera de abordar el estudio del ordenamiento laboral, ya que en la actualidad resulta imposible analizar cualquier institución jurídico-laboral sin acudir a los pronunciamientos de la Corte Constitucional.

Siguiendo la misma línea interpretativa, encontramos que el desarrollo de la jurisprudencia constitucional se ha fundamentado en lo establecido en los artículos 25 y 53¹⁰ de la Carta Política, los cuales, si bien no introducen elementos novedosos respecto de lo establecido en la legislación laboral, constituyen el fundamento de los diversos pronunciamientos en materia de derecho del trabajo.

Se han trazado líneas jurisprudenciales en torno a temas tan importantes como el fuero de maternidad y de paternidad, los ajustes salariales, el despido de trabajadores sindicalizados, los fueros por estabilidad laboral reforzada y estabilidad ocupacional, los pensionados y prepensionados, la pensión sanción y el otorgamiento de intervenciones y medicamentos excluidos del plan obligatorio de salud (POS), como el caso de las cirugías estéticas, entre otros.¹¹

Por otra parte, con la promulgación de la Carta Política colombiana de 1991, las relaciones laborales de carácter individual han tenido que ser replanteadas para adecuarse a las nuevas exigencias impuestas por los principios que iluminan toda la

⁸ Édgar Ospina Duque, *Antecedentes históricos del derecho colectivo del trabajo* (Bogotá: Ibáñez, 2005), 3-39.

⁹ Jaramillo Jassir, "Presente y futuro del derecho del trabajo".

¹⁰ En la Constitución, el trabajo representa un valor esencial que se erige en pilar fundamental del Estado social de derecho, como se deriva del conjunto normativo integrado por el preámbulo y los artículos 1, 2, 25, 39, 48, 53, 34, 55, 56 y 64, en cuanto reconocen como un derecho en cabeza de toda persona el de pretender y obtener un trabajo en condiciones dignas y justas, e igualmente lo consagran como una obligación social fundada en la solidaridad.

¹¹ Iván Daniel Jaramillo Jassir, *Principios constitucionales y legales del derecho del trabajo colombiano* (Bogotá: Universidad del Rosario, 2010).

actuación judicial. Lo anterior, debido a la expresa consagración que tienen estos pronunciamientos, teniendo en cuenta no solo parámetros legales, sino constitucionales y jurisprudenciales, los cuales no pueden ser ajenos a la mera potestad del legislador.

De igual manera, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido enfática al introducir dentro del derecho laboral los convenios internacionales debidamente ratificados por Colombia, los cuales pasan a formar parte del bloque de constitucionalidad,¹² en aplicación de los artículos 53 y 93 de la Carta Política.

Como primera medida, debe existir el trabajo libremente escogido o aceptado, de acuerdo con la expresa prohibición que se hace en el artículo 17 respecto a la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en todas sus formas.¹³ Son igualmente importantes el reconocimiento dado en el artículo 26 a la libertad de escoger profesión u oficio, y el señalamiento que se hace en el artículo 53: la ley, los contratos, los acuerdos y los convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana y los derechos de los trabajadores.¹⁴

Esa dimensión de libertad del trabajo no se contrapone al deber de trabajar, establecido en el artículo 25 de la Carta. La jurisprudencia constitucional ha señalado que este derecho conduce a obtener un empleo, pero ello no quiere decir que este derecho implique la existencia, prestación u ofrecimiento necesario de trabajo a todo ciudadano que se halle en condiciones de realizarlo.¹⁵

A su vez, la Constitución Política consagra el derecho a que el trabajo sea desarrollado en condiciones dignas y justas, siendo protegido por el Estado en todas sus modalidades. Con esta base, la Corte Constitucional ha revisado abundantes sentencias de tutela, resueltas a favor de los trabajadores, en virtud de los principios de dignidad humana y no discriminación, y de los derechos al mínimo vital, al trabajo en condiciones dignas, justas y del de petición. Los principios que regulan las relaciones laborales serán objeto de estudio en la segunda parte de este artículo. Ahora es de señalar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado una precisión importante:

No solo la actividad laboral subordinada está protegida por el derecho fundamental al trabajo. El trabajo no subordinado y libre, aquel ejercido de forma independiente por el individuo, está comprendido en el núcleo esencial del derecho al trabajo, razón por la cual, la Constitución, más que al trabajo como actividad abstracta, protege al trabajador y su dignidad.¹⁶

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-574 de 1992.

¹³ La trata de personas, tal como se define en el artículo 3 (a) del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, es un delito que tiene lugar en todas las regiones del mundo.

¹⁴ Molina-Higuera, "Aproximaciones sobre el derecho al trabajo".

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-008 de 1992.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-475 de 1992.

En otras palabras, las garantías constitucionales deben ser aplicadas no solo a los trabajadores que tienen una relación contractual o reglamentaria de trabajo, sino también a todos aquellos que realicen su labor de manera independiente o sin subordinación.¹⁷

Siguiendo con la misma línea de exposición, el artículo 53 de la Constitución ordena al Congreso de la República expedir el estatuto del trabajo, el cual debe consagrar los principios mínimos fundamentales de igualdad de oportunidades; remuneración mínima vital y móvil; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales; situación más favorable a los trabajadores; primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y la lactancia, y al trabajo de los niños, las niñas y los adolescentes.¹⁸ Todos ellos, temas que hacen parte del debate público en la agenda legislativa y la ardua jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Pese a lo anterior, el panorama no es nada alentador. Han transcurrido más de treinta años desde la expedición de la Constitución en 1991 y el Legislativo aún se encuentra en mora de promulgar un nuevo estatuto de trabajo. En la actualidad seguimos regidos por el Decreto 2663 de 1950, el cual dictó el actual Código Sustantivo de Trabajo, reformado por el Decreto 2351 de 1965 y la Ley 50 de 1990, entre otras modificaciones introducidas por diferentes gobiernos.

El artículo 54 de la Carta Política establece la obligación del Estado y los empleadores de ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. Además, el Estado tiene la obligación de propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar, y debe garantizar a las personas con discapacidad un trabajo acorde con sus condiciones de salud. Podría interpretarse que la reubicación laboral está relacionada con la estabilidad laboral reforzada, pues despliega la reincorporación y permanencia en el empleo del trabajador luego de padecer alguna limitación física, sensorial o psicológica.

Aunado a lo anterior están las garantías constitucionales que trae el derecho de asociación sindical, así como el derecho a la negociación colectiva, consagrados en los artículos 39 y 55 de la Carta Política. Sin embargo, el panorama del derecho de asociación sindical no es el mejor. Son varios los aspectos para destacar a la hora de analizar la situación de los sindicatos en Colombia. En primer lugar, es importante anotar que la tendencia registrada en los últimos años apunta a una paulatina disminución en el número de trabajadores sindicalizados, acompañada del estancamiento en el número de sindicatos. Los nuevos sindicatos, sobre todo de empresa, entran a compensar la salida de sindicatos tradicionales que han venido

¹⁷ Entiéndase como unos de los tres elementos del contrato de trabajo. Cfr. artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

¹⁸ Molina-Higuera, "Aproximaciones sobre el derecho al trabajo".

desapareciendo en los últimos años como fruto de los procesos de privatización, fusión, flexibilización laboral y hostigamiento de los trabajadores sindicalizados.¹⁹

El resultado ha sido una segregación del movimiento sindical, en pequeñas organizaciones con poca capacidad de movilización y coordinación con otros sindicatos, que en ocasiones terminan sirviendo más a los intereses de los empleadores que de los mismos trabajadores. De modo que se deslegitiman los fines del derecho de asociación, pues su limitación debe estar constitucionalmente justificada.²⁰

Además, no se puede dejar de lado el tema de la huelga, la cual se convierte en un instrumento muy importante para los sindicatos; el hecho de que su frecuencia no sea elevada y de que su incidencia, en términos de producción perdida, pueda no ser muy significativa, no es motivo para restarle importancia. Los conflictos laborales, denominados jurídicos y económicos, y en particular las huelgas, suponen costos para todas las partes implicadas, por lo que tanto la empresa como los trabajadores tratarán de que el conflicto sea la excepción y no la regla.

El estudio de la actividad huelguística constituye un medio para conocer el grado de organización de los sindicatos, así como su poder e influencia en el proceso de negociación colectiva. Sin embargo, el análisis empírico de la conflictividad presenta numerosos problemas, los cuales son de orden conceptual, pero también, y muy especialmente, estadístico; en efecto, se deben a la dificultad para medir con precisión algunas manifestaciones de la actividad huelguística.

Hay que mencionar, además, que los artículos constitucionales relacionados en este acápite protegen a todos los sujetos laborales sin ningún tipo de discriminación.²¹ La mujer y el hombre tienen iguales derechos, con la diferencia única, establecida en el artículo 43 de la Carta, de que la mujer no puede ser discriminada y debe gozar de especial asistencia y protección del Estado durante el embarazo²² y el posparto. Por su parte, el artículo 44 superior, sobre los derechos fundamentales de los niños, dispone la obligación de protegerlos contra toda forma de explotación laboral o económica y de trabajos riesgosos.²³ Luego, el artículo 45 de la propia Carta consagra el derecho de los adolescentes a la protección y la formación integral. Al paso que el artículo 64 *ibidem* establece la obligación de promover el acceso a la propiedad de la tierra para los trabajadores agrarios, así como también a los servicios de educación, salud y vivienda, con el fin de mejorar la calidad de vida de los campesinos y las víctimas del conflicto armado.

Finalmente, la Carta Constitucional da cuenta de la trascendencia de la protección que el Estado debe al trabajo. Además de que el artículo 225 de la Carta Política

¹⁹ José Vidal Castaño, *Panorama del sindicalismo en Colombia* (Bogotá: Friederich Ebert Stiftung en Colombia, 2012), 1-31.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-567 de 2000.

²¹ Ángela Molina Higuera, "Aproximaciones sobre el derecho al trabajo desde la perspectiva de los derechos humanos".

²² Corte Constitucional, sentencias SU-070 de 2013 y T-030 de 2018.

²³ OIT, Convenio 182 sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil (1999).

dispone, en su inciso final, que incluso en los estados de excepción le está vedado al gobierno desmejorar los derechos sociales de los trabajadores, razón por la cual sus normas deben ser progresivas y no regresivas. Situación similar acontece con el artículo 334 superior, sobre la intervención del Estado en la economía, ya que expresa que el mismo debe intervenir para dar pleno empleo a los recursos humanos y asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos.²⁴

Luego de este recorrido, podemos concluir que la Constitución de 1991 trae una extensa gama de disposiciones sobre el derecho al trabajo, el cual se consagra como un principio, un deber y un derecho fundamental que debe garantizarse a todas las personas, sin ningún tipo de distinción ni discriminación.

2. La influencia y relevancia de los principios del derecho al trabajo en el siglo XXI: del texto a la praxis

La formulación de los principios²⁵ del derecho laboral es fruto de la extracción del complejo normativo laboral, tal como se manifestó a lo largo del siglo XX. Cabe señalar que estos principios pueden variar entre países y con el transcurso del tiempo. Así mismo, deben ser incorporados dentro de los ordenamientos jurídicos como parte de la política social y del derecho laboral.²⁶

Por consiguiente, y para desarrollar el tema objeto de estudio, se debe señalar que los principios generales del derecho al trabajo son normas, valores y creencias que orientan y regulan la actividad personal subordinada y la no subordinada según lo señalado por la Organización Internacional de Trabajo (OIT).

Además, la Corte Constitucional²⁷ definió por primera vez el alcance de los principios y valores constitucionales, en consideración a su prevalencia en el ordenamiento interno, y no solo como fuentes de derecho, sino como pilares realmente vinculantes y obligatorios, mediante los cuales el juez debe interpretar y crear el derecho.

Hay que mencionar que un principio es un concepto fundamental sobre el que se apoya un razonamiento. Por ende, los principios jurídicos son cláusulas de derecho condensado que no tienen la misma estructura de las reglas, aunque están dotadas de significado jurídico externo e interno. Externo, porque hacen parte del ordenamiento jurídico y se han incorporado al derecho positivo; pero, además, tienen un

²⁴ Véase, por ejemplo, Organización Mundial de la Salud (OMS), "Entornos laborales saludables: fundamentos y modelo de la OMS. Contextualización, prácticas y literatura de apoyo" (2010), 5, 110. <https://iris.who.int/handle/10665/44466>.

²⁵ OIT, Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo. <https://www.ilo.org/declaration/lang-es/index.htm>.

²⁶ Humberto A. Podetti, "Los principios del derecho del trabajo". https://gc.scalahed.com/recursos/files/r161r/w24028w/c_ui_05.pdf.

²⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992.

significado interno por sí mismos, un contenido jurídico relativamente preciso, aceptado convencionalmente por la comunidad jurídica.²⁸

La teoría de los principios construye un tipo de formalismo constitucional y de la consolidación de los derechos fundamentales como verdaderos mandatos de optimización. Y hace necesario encontrar un punto donde el entendimiento de la Constitución, como un sistema de principios morales positivizados en una carta de derechos, y la interpretación del tribunal constitucional sean lo más coherentes y dinámicos en relación con el caso concreto.²⁹

El tema sobre el lugar de los derechos fundamentales en el sistema jurídico es debatido. Para algunos, el sistema jurídico no es más que una concreción de los derechos fundamentales. La tesis contraria supone que los derechos fundamentales constituyen un conjunto de garantías limitadas y puntuales. Para Robert Alexy, los derechos fundamentales son principios materiales que vinculan, por mandato expreso de la ley fundamental,³⁰ a todos los poderes públicos y, por tanto, deben ser aplicados en todos los casos relevantes. Sin embargo, en los Estados democráticos los principios formales conservan su validez, como el que versa sobre las competencias del legislador legitimado democráticamente y que restringen las competencias de control que tiene la jurisdicción.

Hasta aquí podemos decir que el principio protector es el más importante del derecho laboral, ya que lo diferencia de las otras ramas del derecho, donde impera el derecho de igualdad y la no discriminación. En este tipo de derecho se debe proteger a las partes más vulnerables, en este caso, al trabajador. Por tanto, hay desigualdad: se protege a una parte para equipararla con la otra.

Como resultado de lo anterior, se debe señalar que Colombia no puede ser ajena al proceso de globalización de todos los aspectos de la vida, entre ellos la economía, el derecho, la cultura y, por supuesto, el trabajo. Tal situación genera –para las y los trabajadores– nuevas restricciones y retos, aspectos positivos y negativos que no pueden regularse con la tradicional normatividad de cada país. La realidad actual superó el marco de la soberanía legislativa, de modo que la convergencia de soluciones comunes de los aplicadores del derecho motiva la identificación de esas reglas subyacentes para elevarlas a la categoría de normas tipo principios.³¹

²⁸ Sandra Patricia Daza Duarte y Rafael Humberto Quinche Pinzón, “Finalidad de los principios y valores constitucionales en el contexto del Estado social de derecho en Colombia”, *Academia* (2015): 1-24.

²⁹ Abraham Zamir Bechara Llanos, “Estado constitucional de derecho, principios y derechos fundamentales en Robert Alexy”, *Saber, Ciencia y Libertad* 6, n.º 2 (2011): 63-76.

³⁰ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993).

³¹ Isabel Goyes Moreno y Mónica Hidalgo Oviedo, “¿Los principios del derecho laboral y la seguridad social dinamizan la jurisprudencia constitucional en Colombia?”, *Entramado* 8, n.º 2, 168-183.

Esta tendencia a resolver conflictos jurídicos laborales y de la seguridad social con fundamento en principios, que no deja de causar resistencia, no es nueva ni exclusiva de Colombia. Por el contrario, se fortalece en todos los países de América Latina, en tanto representa la justiciabilidad de los derechos sociales, en contextos de bienes escasos. De esta manera, en naciones con altos índices de pobreza, los principios sirven a los operados jurídicos como mecanismo para alcanzar justicia material.

2.1. Principios generales del derecho al trabajo consagrados en los postulados procedimentales

En ese sentido económico, el trabajo es considerado como una actividad económica y productiva, caracterizada por contener elementos que generan un medio de protección para el trabajador. En el derecho laboral nos referimos a cierto tipo de actividad productiva con propiedades básicas y fundamentales que le dan carácter laboral. Según la doctrina, el derecho del trabajo aparece como un desprendimiento del derecho civil, enmarcándose dentro de las formas de organización de la producción y del trabajo. Así es como se ha constituido sobre la existencia de un tipo de relación intersubjetiva (entre personas), en la cual surge el concepto de autonomía privada de la libertad, por la cual el derecho crea una ficción jurídica que impone a las personas como iguales y libres ante el derecho, y limitadas solo por sus intereses cuando concurren al mercado.

La relación laboral se concreta a través de la autonomía de la voluntad de las partes, elemento esencial. Así, por ejemplo, el trabajador ofrece al empleador, por medio de un acuerdo de voluntades, su fuerza de trabajo y su energía, en contraprestación o a cambio de una remuneración. Sin embargo, existe una problemática debida a la diferencia de posiciones entre trabajador y empleador, puesto que el número de buscadores de trabajo es mucho mayor que el número de empleadores,³² siendo esta una diferencia sustancial a la hora de equilibrar las condiciones del contrato de trabajo. Como resultado, hay un desequilibrio en las fuerzas que, en virtud de su autonomía de la voluntad, entran en relación jurídica. Ante esa diferencia de fuerzas, generalmente es el empleador quien plantea y define las condiciones en las cuales se celebra el contrato, por lo que el Estado tiene que entrar a verificar el equilibrio relativo a la evidente desigualdad.

Por ello, en el siglo XX fue pertinente que se acuñaran principios para el derecho laboral como los términos: *protector, irrenunciabilidad, continuidad, primacía de la realidad, razonabilidad, buena fe, igualdad, no discriminación y ajenidad de los*

³² Para el mes de diciembre de 2018 la tasa de desempleo fue del 9,7%, con un aumento de 1,1 puntos porcentuales respecto al mismo mes de 2017 (8,6%). La tasa global de participación se ubicó en el 65,1% y la tasa de ocupación en el 58,7%. Cfr. DANE, *Empleo y desempleo*, <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/empleo-y-desempleo>.

riesgos.³³ No obstante, tales cláusulas fueron apreciadas como reglas hermenéuticas en pro de la identidad de la disciplina laboral, sin que trascendieran en la práctica judicial, debido a la ausencia del consecuente normativo.³⁴

En consecuencia, la tendencia a resolver problemáticas sociales con fundamento en los principios dinamizó la jurisprudencia y, a su vez, fortaleció la aplicación del precedente judicial que debería generar seguridad jurídica en los Estados sociales de derecho. Más aun, frente a los derechos laborales y de la seguridad social que pretenden la justicia material y dan cabida a la principialística con características especiales, por lo que ameritan un estudio sistemático y hermenéutico de la jurisprudencia constitucional.³⁵

Ese equilibrio deseado se logra bajo unos principios que modulan el comportamiento del trabajador y del empleador. Conviene subrayar que, en el derecho laboral, los principios actúan como reglas y normas que regulan las relaciones jurídicas entre trabajadores, empleadores y el Estado. Recordemos que la relación es voluntaria y subordinada, y que la labor es retribuida, pues se da por la necesidad de producción de bienes y servicios. En esta relación (empleador-trabajador), los principios se crean para disminuir la desigualdad y evitar que la brecha que existe entre empleador y trabajador sea cada vez más profunda.

De esta manera, para evitar mayores desigualdades, se crearon una serie de normas que buscan mejorar las relaciones de los trabajadores con sus empleadores, con el fin de asegurar que los derechos de aquellos no se vean vulnerados. Entonces, dentro del Estado social de derecho se constituyen las garantías constitucionales mínimas y necesarias en el ámbito laboral colombiano. Entre ellas tenemos las siguientes:

- *La favorabilidad*: cuando existan varias normas laborales de distintos orígenes, que regulen la misma materia y se apliquen a la solución del mismo caso, se aplicará la norma más favorable para el trabajador. Además, no se puede extraer de cada texto lo más favorable y armar un nuevo texto. Solo es posible escoger una norma y aplicarla en su integridad.³⁶
- *El in dubio pro operario*:³⁷ indica la existencia de una sola norma, susceptible de dos o más interpretaciones aplicables a un hecho concreto, caso en el cual se toma la norma más ventajosa para el trabajador. En el evento de que no existan normas que regulen los hechos, no se puede acudir a este principio.

³³ Jaramillo Jassir. “Presente y futuro del derecho del trabajo”, 70.

³⁴ Goyes Moreno e Hidalgo Oviedo, “¿Los principios del derecho laboral y la seguridad social”.

³⁵ Goyes Moreno e Hidalgo Oviedo, “¿Los principios del derecho laboral y la seguridad social”.

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-555 de 2000.

³⁷ Está consagrado en el artículo 21 del ordenamiento laboral.

El mismo se relaciona estrechamente con otro postulado laboral denominado *inescindibilidad*.³⁸

- *La primacía de la realidad sobre las formalidades*:³⁹ dispone que, una vez reunidos los elementos del contrato, se presume que este existe y no deja de hacerlo por razón del nombre que se le dé, ni por otras razones o modalidades que se le agreguen. Al presentarse un conflicto entre la realidad y la forma jurídica –contrato de trabajo– prevalecen los hechos y la práctica, evitando otras relaciones que pueden incluir formas de acuerdos contractuales que escondan su verdadera situación legal.⁴⁰
- *La estabilidad*: se trata de un factor primordial de protección para el trabajador. En cuanto a los servidores públicos, se traduce también en una forma de garantizar la eficacia en el cumplimiento de las funciones confiadas al Estado. Además, tiene un doble fin, de la mano del principio de seguridad: por un lado, garantizar un medio para el sustento vital; por otro, garantizar la trascendencia del individuo en la sociedad por medio del trabajo; entendiendo que el trabajador busca satisfacciones personales, posición en la sociedad, conservación del núcleo familiar, cooperación y desarrollo de su personalidad.⁴¹
- *La condición más beneficiosa*: la ley, los contratos, los acuerdos y los convenios de trabajo no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores. Es una garantía de carácter protector y se entiende como el reconocimiento de una situación concreta que debe ser respetada en caso de un cambio normativo. Para la Corte Constitucional, este postulado permite aplicar en un caso concreto un régimen precedente que esté derogado, incluso si la normativa por emplear no es la inmediatamente anterior.⁴²
- *La irrenunciabilidad*: ningún trabajador puede renunciar a los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales. Esta garantía tiene como fundamento el carácter de orden público que se reconoce a las normas del trabajo: el cumplimiento de ellas es esencial para la conservación del orden social. Algunos de estos derechos son el salario, el seguro de vida, las prestaciones sociales, etc.; derechos adquiridos, todos ellos, a los que ningún trabajador puede renunciar.⁴³
- *Los derechos adquiridos*: de acuerdo con la doctrina, son aquellos que han ingresado al patrimonio del titular del derecho. Pueden invocarse como tales aquellos derechos laborales que el trabajador ha consolidado durante la

³⁸ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Rad. 14581 de 2000 y Corte Constitucional, Sentencia T-730 de 2014.

³⁹ Establecido en el artículo 53 de la Constitución y de acuerdo con la Recomendación 198 de la OIT que insta a los Estados a que combatan las relaciones laborales encubiertas.

⁴⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-903 de 2010.

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia C-055 de 1999.

⁴² Corte Constitucional, Sentencia T-735 de 2016.

⁴³ Corte Constitucional, Sentencia T-149 de 1995.

existencia del vínculo laboral. Por derecho adquirido han entendido la doctrina y la jurisprudencia aquel derecho que ha entrado al patrimonio de una persona natural o jurídica, que hace parte de él y que, por lo mismo, no puede ser arrebatado o vulnerado por quien lo creó o reconoció legítimamente.⁴⁴

- *El mínimo vital*: es un principio constitucional que debe ser garantizado por el Estado. Consiste en mantener la capacidad adquisitiva de los trabajadores en aras de no desmejorar su calidad de vida, con lo que se busca dar la opción de progreso al trabajador. El mínimo vital, garantizado como derecho inalienable de todo trabajador, está constituido por los requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y de su familia. Lo cual implica que el Estado no debe mirar a sus asociados como simples personas cuya subsistencia se limita a la alimentación, puesto que a esta le son inherentes otras necesidades fundamentales como la educación, la vivienda digna, la salud, la seguridad social, entre otras.⁴⁵

Llegados hasta este punto, podemos señalar que los principios hacen parte de las garantías constitucionales con las cuales toda actividad laboral –ya sea libre, autónoma, subordinada o independiente– está protegida mediante los mecanismos judiciales establecidos dentro del ordenamiento jurídico, con el fin de salvaguardar a la parte más débil de la relación de trabajo.

De manera análoga, se debe señalar que dichas garantías se consideran como el núcleo del derecho laboral y la seguridad social. De modo que estas reglas y principios se constituyen bajo el nuevo constitucionalismo de 1991 como norma de normas. Así mismo, para su estructura e incorporación se añadieron los convenios internacionales ratificados por el Estado colombiano, como la OIT, el Protocolo de San Salvador, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el sistema interamericano de derechos humanos, entre otros.

Todos estos principios se consideran parte integral de las normas laborales, razón por la cual se convierten en normas de orden público.⁴⁶ Es decir, producen efecto general inmediato y no tienen aplicación retroactiva,⁴⁷ ya que su debido cumplimiento debe darse por parte de todas las entidades regidas bajo las normas de orden nacional.

Finalmente, se debe señalar que los principios aplicados por el derecho interno han tenido un desarrollo significativo gracias a la jurisprudencia constitucional. Sin embargo, poseen sustantividad propia, en razón de su generalidad. Los principios y las garantías constitucionales obedecen a la inspiración de la justicia social, razón

⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-168 de 1995.

⁴⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-716 de 2017.

⁴⁶ Decreto 2663 de 1950, artículo 14.

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Rad. 10597, de 30 de abril de 1998.

por la cual se dice que los principios en el derecho laboral son de orden público e irrenunciables para el trabajador, pues deben buscar los fines del Estado social de derecho.

Como hemos explicado, el principio protector está enmarcado dentro del derecho laboral, que a su vez es una rama del derecho cuyos principios y normas jurídicas tienen por objeto la tutela del trabajo humano realizado en forma libre a cambio de una contraprestación.

3. Fundamentos constitucionales del derecho procesal del trabajo

Luis Ernesto Vargas Silva, exmagistrado de la Corte Constitucional, se refiere a la importancia del derecho procesal dentro de la Ley Suprema y opina que “los valores, principios y reglas que se predicen del derecho sustantivo del trabajo son inescindibles de la dinámica que adquiere el derecho procesal del trabajo”.⁴⁸ Adicionalmente, es necesario considerar que las ideas (principios) consagradas dentro de la Carta Política dinamizan la forma de aplicar, no solo la norma sustantiva, sino también la normativa procesal.

En ese orden de ideas, los derechos y principios procesales contenidos en la Constitución Política prevalecen sobre la legislación interna. Además, los derechos fundamentales⁴⁹ pertenecen al derecho procesal del trabajo: así, en el caso de las garantías judiciales; el debido proceso; el derecho de impugnación; el derecho a la no incriminación; la garantía de acceso a la administración de justicia; el derecho a las acciones de tutela, de cumplimiento y populares; el derecho de los particulares a que se presuma la buena fe. Todo ello, por supuesto, sin dejar de lado el derecho de petición.

Acorde con lo dicho, y para desarrollar esta parte final del documento, es importante señalar que el procedimiento laboral en Colombia ha sido objeto de numerosos cambios, los cuales han llevado a reforzar, mediante distintas instituciones, la efectividad de la oralidad plasmada desde tiempo atrás. A partir de 1948, fecha en la que se expidió el Código de Procedimiento Laboral, mediante el Decreto 2158 de 1948, siendo adoptado como legislación permanente por el Decreto 4133 de 1948, no se había presentado una reforma de fondo en el procedimiento laboral, por lo cual en la actualidad aparecía como un código anticuado y deficiente para la nueva era procesal en el país.⁵⁰

⁴⁸ Luis Ernesto Vargas Silva, *Trazos en la construcción de un derecho procesal laboral colombiano* (Bogotá: Universidad Libre, 2017), 52.

⁴⁹ Contenidos en el numeral 2 del artículo 6.

⁵⁰ Armando Rojas, “Algunos aspectos de la reforma al Código de Procedimiento Laboral (Ley 712 de 2001)”, *Revista de Derecho* 18, n.º 18 (2011).

La jurisdicción laboral ha sido pionera en la puesta en marcha de la oralidad dentro de los procesos laborales. No solo en los aspectos formales, entre los cuales encontramos la adecuación de los despachos judiciales a tal dinámica, sino en aquellos puramente sustanciales del desarrollo de los trámites de procesos ordinarios y especiales, como el trámite por medio de audiencias y la grabación de lo actuado, entre otros muchos aspectos básicos.

Para efectos del tema que nos ocupa, entendemos la oralidad como la expresión más natural del ser humano entre dos o más interlocutores.⁵¹ A través del tiempo, la oralidad ha tenido gran importancia y se ha venido implementando en la justicia colombiana para dar solución a los obstáculos que se presentan en materia judicial, permitiendo una justicia ágil, segura y confiable para los ciudadanos.⁵² Por eso, la oralidad tiene valor para generar transformaciones en la humanidad, y, para nuestro caso, en el ámbito judicial, en aspectos como la concentración, la publicidad, la celeridad, la concertación, la lealtad procesal y la inmediatez, principios que ha acogido la jurisdicción del trabajo y de la seguridad social.

Así mismo, el desarrollo de la oralidad, desde el punto de vista procesal, exige una preparación puntual, tanto de apoderados como de las partes, para la atención del trámite de los procesos. Por ello, con la expedición de las leyes 712 de 2001⁵³ y 1149 de 2007⁵⁴ se empezó a preparar el terreno para implementar la oralidad en el sistema judicial laboral, la cual tuvo un serio desarrollo e inspiró a otras jurisdicciones.

De manera análoga, el proceso laboral se caracteriza por ser desarrollado mediante audiencias puramente orales, en las cuales la participación del juez es fundamental. De acuerdo con el principio de la inmediatez, el juez cumple el papel de rector, director y orientador de todas las actuaciones procesales. Se exige su presencia en las diferentes etapas del proceso, especialmente en la conciliación y la práctica de pruebas, lo que le permite tener un contacto más directo con los hechos y la dinámica del trámite. Esto, a su vez, se traduce en la posibilidad de obtener fallos más rápidos y la efectiva puesta en marcha de otros principios básicos, como la economía procesal y la celeridad. Así se generan audiencias más dinámicas, en las cuales puede apreciarse la realidad de las situaciones fácticas y jurídicas en conflicto, con el fin de obtener fallos de acuerdo con los principios constitucionales del derecho laboral y la seguridad social.⁵⁵ Con todo ello, se dirige hacia una constitucionalización del derecho laboral, dado que su aplicación y protección quedan en cabeza del Estado.

⁵¹ Óscar Fonseca Zamora, “La oralidad como elemento determinante para la práctica procesal”, *Gaudeamus* 1, n.º 11-12 (2017).

⁵² Hugo Alexander Bedoya Díaz, *La oralidad en el proceso laboral* (Bogotá: Leyer, 2008).

⁵³ Por la cual se reforma el Código Procesal del Trabajo, *Diario Oficial*, n.º 44.640, de 8 de diciembre de 2001.

⁵⁴ Por la cual se reforma el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social para hacer efectiva la oralidad en sus procesos, *Diario Oficial*, n.º 46.688, de 13 de julio de 2007.

⁵⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-574 de 1992.

De igual manera, y como se ha señalado en la segunda parte de esta investigación, a partir de la Constitución Política de 1991 se desarrolló el derecho procesal laboral, basado en principios sociales. Estos le han dado una categoría constitucional al tener un marco axiológico aplicable a una población, con la conciencia constitucional que a su turno le otorga funciones primarias frente a la realidad de una comunidad política moderna. Por ello, la tarea fundamental de una Constitución es “la formación y mantenimiento de una unidad política, así como la creación y mantenimiento del ordenamiento jurídico. Ambas estrechamente ligadas”.⁵⁶

Siguiendo con la dinámica, Hesse señala que el derecho procesal laboral no solo se convierte en parte de la organización administrativa dentro de la judicial, sino que además es regla obligada al administrar justicia; es decir, “la constitución determina primero las decisiones fundamentales que llevan a la unidad política, según las cuales debe ejecutarse esta, y deben llevarse a cabo las tareas estatales”.⁵⁷ Esto significa que, según la Ley Fundamental, la inviolabilidad de la dignidad humana –como principio supremo del ordenamiento constitucional–, la república, la democracia y el postulado de Estado social de derecho son principios que se deben respetar dentro de un sistema jurídico como garantías fundamentales.

Lo anterior demuestra que la Constitución es la norma superior, la cual consagra principios fundamentales puesto que “positiviza principios y criterios para establecer y aplicar las normas del ordenamiento”.⁵⁸ La finalidad de los principios y las garantías constitucionales del derecho procesal laboral permiten que el concepto de supremacía normativa de la Carta Política sea definitorio para el Estado social y constitucional de derecho, en virtud de la fuerza normativa de la Constitución. Por lo tanto, en el ejercicio de sus competencias, las autoridades judiciales se hallan sometidas al derecho positivo presidido por la norma superior. También, los ciudadanos pueden exigir la realización efectiva de los derechos subjetivos consagrados constitucionalmente, algunos de los cuales son de aplicación inmediata, merced, precisamente, a su fuerza normativa vinculante.

Además, la supremacía normativa de las normas constitucionales se funda en un principio clave para la concreción del catálogo de derechos fundamentales y la efectividad de los demás derechos consagrados en la Carta Fundamental que no pueden ser ajenos al derecho laboral y la seguridad social, propios del artículo 1 de la Constitución y del Código Sustantivo de Trabajo.

Para simplificar lo dicho hasta aquí, los principios protectores del derecho laboral buscan dotar al trabajador de los elementos necesarios que compensen su

⁵⁶ Vargas Silva, *Trazos en la construcción de un derecho procesal laboral colombiano*, 50.

⁵⁷ Ernesto Benda, Werner Maihofer, H. Vogel, Konrad Hesse y Wolfgang Heyde, *Manual de derecho constitucional*, 2.ª ed. (Barcelona: Marcial Pons, 2001), 3.

⁵⁸ Marlon M. Meza, *Autonomía del derecho procesal del trabajo en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y la aplicación supletoria del proceso civil al laboral* (Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2003).

situación para igualarla con la del empleador. Así mismo, obliga a que los diferentes operadores jurisdiccionales –por vía ordinaria o constitucional– apliquen la ley con fundamentos de protección de los derechos humanos, desde la prevalencia del derecho sustancial, el respeto al precedente y a los tratados internacionales, sobre el fundamento de la supremacía constitucional, y con base en el principio de la dignidad humana como cláusula de interpretación.

El objetivo fundamental del desarrollo de estos temas es plantear la necesidad de que el juez laboral, haciendo uso directo de la Constitución, recurra también a la nueva normativa procesal civil, inspirada en los principios que la Carta Política prevé para la jurisdicción laboral.⁵⁹

La propia Constitución debe considerarse como una unidad de regulación, compuesta por una parte dogmática, que comprende los valores, principios y derechos fundamentales, los cuales establecen que el Estado está estructurado para cumplir determinadas finalidades y que sus autoridades –entre ellas las que componen la jurisdicción ordinaria– están instituidas para proteger los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos. Por tanto, se debe establecer como finalidad constitucional que el Estado garantice la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta de 1991 bajo los criterios o garantías constitucionales de igualdad y confianza legítima.⁶⁰

Podemos condensar lo planteado diciendo que parte de los principios desarrollados son un producto social creado judicialmente, necesario para permitir que el sistema jurídico cumpla su propósito de garantía de los derechos laborales y de protección de las garantías y libertades de los ciudadanos. Más aún cuando los derechos y las garantías consagrados a favor del trabajo decente⁶¹ tienden hacia una constitucionalización del derecho laboral en pro de la parte más desprotegida en la relación capital-trabajo.

Conclusiones

A pesar de que han transcurrido tres décadas desde la promulgación de la Constitución de 1991, el Legislativo se encuentra en mora de expedir un nuevo estatuto de trabajo que consagre los principios y postulados constitucionales propios del artículo 53 de la Carta Política.

No obstante, podemos precisar que en Colombia se protege el trabajo en sí mismo. Por tanto, sus postulados son aplicables al trabajador dependiente o independiente, del sector público o privado, como lo ha establecido la Corte Constitucional

⁵⁹ Vargas Silva, *Trazos en la construcción de un derecho procesal laboral colombiano*, 54-60.

⁶⁰ Corte Constitucional, sentencias C-826 de 2013 y SU-067 de 2022.

⁶¹ OIT, “¿Qué es el trabajo decente?”, https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_LIM_653_SP/lang--es/index.htm.

de vieja data, en el entendido de que la Constitución no habla del trabajo como una actividad abstracta, sino que busca proteger al trabajador y su dignidad como uno de los fines del Estado social de derecho.

El cambio constitucional que se incorporó en Colombia con la Carta de 1991 trajo consigo que el alto tribunal constitucional desarrollara un activismo judicial de carácter progresista, fortaleciendo los derechos de los trabajadores, a la luz de los fines propios del Texto Fundamental.

Los principios protectores del trabajo y las garantías constitucionales establecidas en los Estados democráticos suelen ser la columna vertebral del derecho laboral, de acuerdo con la interpretación según la cual el operador jurídico debe aplicarlos en la realidad fáctica.⁶² En consecuencia, el juez laboral enfrenta un fallo judicial y constitucional.

En el mismo sentido, los principios y las garantías laborales sirven como límites a la arbitrariedad, tanto respecto de los empleadores como de los operadores judiciales. Todos: Estado, empleadores públicos y privados, están en la obligación de respetarlos y cumplirlos a la luz de los mandatos legales positivizados en la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Esta última ha caracterizado al trabajo como uno de los derechos sociales y económicos, haciendo énfasis en la necesidad de que dichos postulados sirvan para que los derechos cuenten con una protección legal formalizada. Se deduce que su realización práctica deba interpretarse en estrecha relación con los principios de igualdad, libertad y dignidad humana.

Además de la obligación del Estado de garantizar los mínimos constitucionales, se tiene la de desarrollar progresivamente la protección del trabajo, a fin de lograr la plena realización de ese derecho.⁶³ El Estado debe proteger especialmente el trabajo, y es deber de las autoridades garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución como uno de los fines del Estado.⁶⁴

Bibliografía

Doctrina

ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.

⁶² Al respecto, véase Corte Constitucional, Sentencia T-016 de 2007.

⁶³ Artículos 2 y 25 de la Constitución Política.

⁶⁴ Al respecto, véase Corte Constitucional, sentencias C-251 de 1997, SU-624 de 1999, C-1165 de 2000, C-1489 de 2000 y C-671 de 2002, entre otras.

- ARRIETA FLÓREZ, Vicente de Jesús. “La constitucionalización del derecho y su incidencia en Colombia”. *Pensamiento Americano* 2, n.º 2 (2009): 65-87.
- BARONA BETANCOURT, Ricardo. “Principios del derecho laboral en el sistema jurídico colombiano”. *Criterio Jurídico Garantista*, n.º 2 (2010): 252-264.
- BECHARA LLANOS, Abraham Zamir. “Estado constitucional de derecho, principios y derechos fundamentales en Robert Alexy”. *Saber, Ciencia y Libertad* 6, n.º 2 (2011): 63-76.
- BEDOYA DÍAZ, Hugo Alexander. *La oralidad en el proceso laboral*. Bogotá: Leyer, 2008.
- BENDA, Ernesto, Werner MAIHOFER, Hans-Jochen VOGEL, Konrad HESSE y Wolfgang HEYDE. *Manual de derecho constitucional*. 2.ª ed. Barcelona: Marcial Pons, 2001.
- BOZA PRÓ, Guillermo. “Surgimiento, evolución y consolidación del derecho del trabajo”. *Themis. Revista de Derecho*, n.º 65 (2014): 13-26.
- CALDERÓN ORTEGA, Michelle Andrea Nathalie. “Estado de cosas inconstitucional por omisión en la expedición del Estatuto del Trabajo en Colombia”. *Academia & Derecho*, 8 (2014): 71-97.
- DAZA DUARTE, Sandra Patricia y Rafael Humberto QUINCHE PINZÓN. *Finalidad de los principios y valores constitucionales en el contexto del Estado social de derecho en Colombia*, 1-24. https://www.academia.edu/7062768/FINALIDAD_DE_LOS_PRINCIPIOS_Y_VALORES_CONSTITUCIONALES_EN_EL_CONTEXTO_DEL_ESTADO_SOCIAL_DE_DERECHO_EN_COLOMBIA.
- FONSECA ZAMORA, Óscar. “La oralidad como elemento determinante para la práctica procesal”. *Gaudeamus* 1, n.º 11-12 (2017).
- FORERO VARGAS, Ernesto. *Trazos en la construcción de un derecho procesal laboral colombiano*. Bogotá: Universidad Libre, 2017.
- GOYES MORENO, Isabel y Mónica HIDALGO OVIEDO. “¿Los principios del derecho laboral y la seguridad social dinamizan la jurisprudencia constitucional en Colombia?”. *Entramado* 8, n.º 2 (2012): 168-183.
- JARAMILLO JASSIR, Iván Daniel. “Presente y futuro del derecho del trabajo: breve historia jurídica del derecho del trabajo en Colombia”. *Opinión Jurídica* 9, n.º 18 (2010): 57-74.
- JARAMILLO JASSIR, Iván Daniel. *Principios constitucionales y legales del derecho del trabajo colombiano*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010.
- JIMÉNEZ, Sergi y Mariluz MARCO. “El conflicto en las relaciones laborales. Un panorama”. *Revista de Economía Aplicada* 6, n.º 17 (1998): 81-107.
- MEZA, Marlon M. *Autonomía del derecho procesal del trabajo en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y la aplicación supletoria del proceso civil al laboral*. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2003.
- MOLINA HIGUERA, Ángela. “Aproximaciones sobre el derecho al trabajo desde la perspectiva de los derechos humanos”. *Estudios Socio-Jurídicos* 9 (especial), (2007): 166-189.

- OIT. Convenio 182 sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil (1999).
- OIT. Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo. <https://www.ilo.org/declaration/lang-es/index.htm>.
- OIT. “¿Qué es el trabajo decente?”. https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_LIM_653_SP/lang-es/index.htm.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). “Entornos laborales saludables: fundamentos y modelo de la OMS. Contextualización, prácticas y literatura de apoyo”. OMS, 2010. <https://iris.who.int/handle/10665/44466>.
- OSPINA DUQUE, Édgar. *Antecedentes históricos del derecho colectivo del trabajo*. Bogotá: Ibáñez, 2005.
- PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del derecho del trabajo*. 2.^a ed. Buenos Aires: Depalma, 1978.
- PODETTI, Humberto. A. “Los principios del derecho del trabajo”. https://gc.scalahed.com/recursos/files/r161r/w24028w/c_u1_05.pdf.
- ROJAS, Armando. “Algunos aspectos de la reforma al Código de Procedimiento Laboral (Ley 712 de 2001)”. *Revista de Derecho* 18, n.º 18 (2011).
- SUÁREZ MANRIQUE, Wilson Yesid. “La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano”. *Vniversitas* 63, n.º 129 (2014): 317-351.
- UGARTE CATALDO, José Luis. “La tutela de derechos fundamentales y el derecho del trabajo: de erizo a zorro”. *Revista de Derecho* 20, n.º 2 (2007): 49-67.
- VARGAS SILVA, Luis Ernesto. *Trazos en la construcción de un derecho procesal laboral colombiano*. Bogotá: Universidad Libre, 2017.
- VIDAL CASTAÑO, José. *Panorama del sindicalismo en Colombia*. Bogotá: Friederich Ebert Stiftung en Colombia, 2012, 1-31.

Jurisprudencia

- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-574 de 1992.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-008 de 1992.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 de 1992.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-475 de 1992.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-149 de 1995.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-168 de 1995.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-251 de 1997.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-055 de 1999.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-624 de 1999.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-567 de 2000.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1165 de 2000.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1489 de 2000.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-671 de 2002.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-016 de 2007.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-903 de 2010.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-826 de 2013.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-070 de 2013.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-730 de 2014.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-735 de 2016.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-716 de 2017.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-030 de 2018.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU-067 de 2022.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA LABORAL. Rad. 10597, de 30 de abril de 1998.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA LABORAL. Rad. 14581 de 2000.

Normatividad

CÓDIGO PROCESAL DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA.

DECRETO 2663 DE 1950.

Jhonathan Ávila Romero* (Perú)

La independencia judicial en el contexto del iliberalismo constitucional

RESUMEN

El presente trabajo evalúa las diversas posturas sobre la independencia judicial que se han elaborado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. El crecimiento, cada vez mayor, de las democracias iliberales ha incidido en la labor jurisdiccional tanto del poder judicial como del tribunal constitucional, lo cual ha generado constantes ataques contra estos órganos. Los casos de Polonia y Hungría ejemplifican claramente el constante asedio al tercero imparcial. Asimismo, se analiza la reciente sentencia emitida por el Tribunal Constitucional de Perú donde se resuelve un proceso competencial entre el Poder Legislativo y el Poder Judicial.

Palabras clave: independencia judicial; Tribunal Constitucional; iliberalismo constitucional.

Judicial independence in the context of constitutional liberalism

ABSTRACT

This study examines the diverse stances on judicial independence that have been developed both in doctrine and in jurisprudence. The increasing growth of illiberal democracies has affected the jurisdictional work of both the judiciary and the Constitutional Court, which has generated constant attacks against these bodies. The cases of Poland and Hungary are clear examples of the constant siege on the impartial third party. In addition, the article examines a recent ruling by Peru's Constitutional Court that decided a proceeding to settle a jurisdictional conflict between the legislative and judicial branches.

* Asesor Jurisdiccional del Tribunal Constitucional, miembro honorario del Taller de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Universidad Tecnológica del Perú. aavilar@puccp.pe. Orcid: <https://orcid.org/0009-0009-4009-5247>.

Keywords: Judicial independence; constitutional court; constitutional illiberalism.

Die Unabhängigkeit der Justiz im Kontext des liberalen Konstitutionalismus

ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit den unterschiedlichen Standpunkten zur Unabhängigkeit der Justiz, wie sie in Lehre und Rechtsprechung entwickelt wurden. Das stets zunehmende Gewicht der illiberalen Demokratien wirkt sich auf die Rechtsprechung der Gerichte sowie des Verfassungsgerichts aus und hat zu wiederholten Angriffen auf diese Organe geführt. Polen und Ungarn sind klare Beispiele für die kontinuierliche Belagerung der unparteiischen dritten Gewalt. Darüberhinaus wird auf das vor Kurzem verkündete Urteil des peruanischen Verfassungsgerichts zur Lösung eines Kompetenzstreits zwischen Legislative und Judikative eingegangen.

Schlüsselwörter: Unabhängigkeit der Justiz; Verfassungsgericht; illiberaler Konstitutionalismus.

Introducción

Los ordenamientos jurídicos están en constante cambio. La manera en que entendemos instituciones como “democracia”, “Constitución” o “derechos fundamentales” ha variado considerablemente con el transcurrir de los años. Estas variaciones han permitido que dichas instituciones puedan transitar entre el derrumbe y la supervivencia de sus democracias.¹

Las formas de entender la Constitución varían de país en país, de corte a corte, influenciadas no solo por las doctrinas jurídicas de las que se nutren, sino también por el contexto político y social que atraviesan. El matrimonio entre lo jurídico y lo político es cada vez más evidente.

En la actualidad, los ordenamientos jurídicos constitucionales comparten en buena medida la consecución de dos objetivos: 1) el control y límite del poder político y 2) la vigencia efectiva de los derechos fundamentales;² objetivos a los cuales consideramos necesario agregar el de la defensa de la supremacía de la Constitución, debido a que esta última es el documento normativo de mayor jerarquía en el sistema de fuentes, la cual contiene las reglas y los principios que regulan el ejercicio del poder político y los derechos fundamentales. Estos tres objetivos permiten constituir un constitucionalismo de los derechos, como ha propuesto Bruno Celano.³ En este contexto cobran especial relevancia los órganos que coadyuvan al logro de dichos

¹ Adam Przeworski, *La crisis de la democracia* (Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2022), 53.

² Giorgio Pino, *El constitucionalismo de los derechos* (Lima: Zela, 2018), 30-31.

³ Bruno Celano, *I diritti nello Stato costituzionale* (Bologna: Il Mulino, 2013), 155.

objetivos, como el poder judicial, el tribunal constitucional o el poder legislativo, por mencionar algunos.

Sin embargo, estas finalidades no pueden lograrse en distintos niveles debido a los problemas que se generan entre los órganos constitucionales, que deberían ser los primeros en colaborar para lograr los señalados fines constitucionales. Así, puede verse que en los ordenamientos jurídicos de Polonia y Hungría⁴ se han producido ataques consecutivos a los órganos judiciales con la finalidad de trastocar su independencia en detrimento de la democracia constitucional. Infortunadamente la experiencia de estos países europeos no es una situación aislada, sino que ha ido apareciendo en distintas latitudes alrededor del mundo.⁵ Esta problemática se presenta cada vez con más claridad, ya que los casos donde el poder ejecutivo interviene en las competencias de otros órganos constitucionales son evidentes; pero no se trata solo de las intervenciones de este poder, sino también de las realizadas por el Congreso o, lo que es más grave aún, por el Tribunal Constitucional respecto del Poder Judicial, como ocurre en el caso de Perú.

En dicha situación, quien hace frente a estas intromisiones es, según el caso, un tercero imparcial: el poder judicial y/o el tribunal constitucional. Si esto es cierto, la estrategia de los órganos que ejercen el poder político, el ejecutivo y el legislativo, radica en atacar a estos terceros imparciales a efectos de mantenerse al margen del control jurisdiccional de sus actuaciones. Estos ataques no son directos, sino indirectos, en la medida en que lo que hacen es menoscabar poco a poco sus competencias. El ataque a estas instituciones es el quiebre del sistema de pesos y contrapesos, que finalmente termina en la erosión de la democracia.

En ese escenario, el objetivo de este trabajo consiste en analizar el concepto de independencia judicial en el escenario del iliberalismo constitucional. Para ello será necesario esbozar las distintas posturas doctrinales sobre dicho concepto, lo cual permitirá entender que la independencia judicial puede operar como una regla o bien como un principio, según se explicará más adelante, en los términos de la teoría de Robert Alexy. Señalar que la independencia judicial es un derecho fundamental de los jueces servirá para catalogarla como principio y para que, en caso de entrar en conflicto con otro principio, sea de aplicación el análisis de proporcionalidad.

⁴ Tímea Drinóczi y Agnieszka Bien-Kacała, *Iliberal constitutionalism in Poland and Hungary* (New York: Routledge, 2022); Tímea Drinóczi y Agnieszka Bien-Kacała, *Rule of Law, common values, and iliberal constitutionalism* (New York: Routledge, 2021); András Sajó, *Ruling by cheating* (Oxford: Oxford University Press, 2021); Wojciech Sadurski, *Poland's constitutional breakdown* (Oxford: Oxford University Press, 2019); Juan Francisco Barroso Márquez, "Respuesta de Polonia al covid-19 y el principio de legalidad: iliberalismo y elecciones presidenciales", en *Anuario de la Facultad de Derecho* 36 (2020): 25-62; Adam Krzywon, "El iliberalismo constitucional ha llegado para quedarse. Las experiencias centroeuropeas", *Revista de Derecho Político*, n.º 113 (2022): 165-191.

⁵ Takis S. Pappas, *Populism and liberal democracy* (Oxford: Oxford University Press, 2019), 133-188.

Una vez precisado el concepto de independencia judicial será posible determinar cómo ciertos actos o comportamientos de otros órganos constitucionales pueden afectarla en diferentes niveles de intensidad. Al respecto, los casos de Polonia y Hungría servirán como ejemplos del constante asedio que viven tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional, en el marco de lo que se conoce como iliberalismo constitucional directamente ligado con el concepto de democracia.

Finalmente, se abordará el caso peruano, específicamente con la expedición de la Sentencia 00003-2022-CC, que resolvió el conflicto competencial generado entre el Poder Judicial y el Congreso de la República debido al control judicial realizado por aquel sobre los actos de este. La finalidad es analizar la corrección de la argumentación del Tribunal Constitucional en lo referido a la posibilidad de control de los actos políticos del Parlamento.

1. Concepto y dimensiones de la independencia judicial

La función judicial se destaca por ciertas virtudes imprescindibles en cuanto forman parte de lo que podríamos denominar el contenido necesario del rol de juez. No es posible concebir a un juez que esté a favor de una de las partes sin que previamente haya analizado los medios probatorios puestos a su alcance. Tampoco es acorde a la función judicial buscar beneficios, para sí o para terceros, por las decisiones que se adopten. En dicho escenario no se hablaría de un tercero independiente o imparcial, sino de alguien que traiciona las virtudes básicas del juzgador.⁶

En el Estado constitucional, la función judicial exige la independencia del tercero resolutor de los conflictos que se generan en el ordenamiento jurídico. La Constitución de Perú de 1993 es clara en ese aspecto; en efecto, el artículo 139, inciso 2 establece que es un principio y derecho de la función jurisdiccional: “La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional”.

Pero más allá del sustento normativo, la independencia judicial hunde sus raíces en la teoría de la separación de poderes, ya que es una tesis ínsita en el Estado constitucional de derecho. Como apuntala Laporta,⁷ la aplicación de la ley tiene que ir al margen del poder ejecutivo y del poder legislativo, máxime dado que dicho mecanismo institucional ha sido uno de los menos cuestionados y permanece firme desde los orígenes del liberalismo. En tales circunstancias, el poder judicial se configura como una institución autónoma, en tanto tiene el deber de aplicar los documentos normativos, y ello aun cuando contravenga los intereses de otros órganos constitucionales; en caso contrario acabaría siendo juez y parte de sus propios intereses.

⁶ Francisco Laporta, “Sobre la independencia del juez”, *Claves de Razón Práctica*, n.º 265 (2019): 103.

⁷ Laporta, “Sobre la independencia del juez”, 107.

Como no podía ser de otra manera, el Estado constitucional ha sido tierra fértil para consolidar la separación de poderes, puesto que solo en este tipo de Estado se encuentra una dimensión sustancial de la democracia, que requiere de un tercero imparcial garante de la dinámica democrática. La Constitución no es solo el documento normativo ubicado en la más alta jerarquía del sistema de fuentes, sino el parámetro de la función jurisdiccional que se decanta por la búsqueda de la verdad de los hechos, así como por el buen conocimiento y leal aplicación de la legalidad.⁸ Por consiguiente, este tercero resolutor de las controversias y que busca asegurar la supremacía de la Constitución debe contar, al menos, con independencia para ejercer sus competencias.

Delimitar la independencia judicial no es asunto sencillo, principalmente porque no existe unidad ni en la doctrina ni en la jurisprudencia sobre su conceptualización. Es que, además, se trata de un concepto poliédrico, donde se pueden visualizar piezas distintas que generan no solo discusiones, sino también confusiones, mayormente porque se suele focalizar predominantemente una de las caras del poliedro, ignorando las demás.⁹ Así, la independencia judicial es un lienzo en blanco donde pueden coincidir diversos colores que definirán el perfil del juez.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) también se ha enfocado en este concepto. Al respecto, ha precisado que los jueces cuentan con garantías específicas para el adecuado ejercicio de la función judicial. Esto permite derivar las garantías de un adecuado proceso de nombramiento, la inamovilidad en el cargo y la garantía contra las presiones externas.

En relación a la estabilidad e inamovilidad, en el caso *Colindres Schonenberg vs. El Salvador*, Sentencia de 4 de febrero de 2019, ha señalado la Corte IDH que dicha garantía implica que:

- (i) la separación del cargo obedezca exclusivamente a las causales permitidas, ya sea por medio de un proceso que cumpla con las garantías judiciales o porque se ha cumplido el término o período de su mandato; (ii) los jueces y juezas solo pueden ser destituidos por faltas de disciplina graves o incompetencia, y (iii) todo proceso seguido en contra de jueces o juezas deberá resolverse de acuerdo con las normas de comportamiento judicial establecidas y mediante procedimientos justos que aseguren la objetividad e imparcialidad según la Constitución o la ley. (Párr. 69)

Lo propio sucede con la garantía contra presiones externas. Así, en el caso *López Lone y otros vs. Honduras*, Sentencia de 5 de octubre de 2015, la propia Corte IDH señaló:

⁸ Perfecto Andrés Ibáñez, “La independencia judicial y los derechos del juez”, en *Los derechos fundamentales de los jueces*, ed. por Alejandro Saiz Arnaiz (Madrid: Marcial Pons, 2012), 48.

⁹ Laporta, “Sobre la independencia del juez”, 107.

Respecto a la garantía contra presiones externas, los Principios Básicos de Naciones Unidas disponen que los jueces resolverán los asuntos que conozcan basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo. Asimismo, dichos Principios establecen que no se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial. (Párr. 197)

El Tribunal Constitucional de Perú, en el Exp. 00023-2003-PI, ha advertido que la independencia judicial es la ausencia de vínculos de sujeción política o de procedencia jerárquica al interior de la organización judicial. Por ello destaca que el “principio” de independencia judicial tiene tres perspectivas: a) independencia orgánica, vinculada a la garantía del órgano que administra justicia; b) independencia funcional, que opera en la actuación del juez, y c) independencia como capacidad subjetiva, referida a la propia voluntad de ejercer y defender dicha independencia.

Algunos autores vinculan la independencia con la imparcialidad, y entienden que ambos conceptos están ligados a las competencias del Poder Ejecutivo en la medida en que operan como un freno al poder político ejercido por el referido órgano. Sin embargo, la independencia no cumpliría un fin en sí mismo, sino que tendría un carácter instrumental: su objeto sería salvaguardar la imparcialidad judicial, puesto que este es un rasgo distintivo del proceso judicial.¹⁰

Desde una perspectiva analítica, la independencia judicial tiene dos dimensiones. Linares ha señalado que la primera de ellas busca evitar el acecho de cualquier fuente de coerción, mientras que la segunda está referida a la aplicación del derecho en el caso concreto.¹¹

Por su parte, Ibáñez¹² plantea que la función jurisdiccional se caracteriza por ser cognoscitiva, no política, no representativa, no participativa, sujeta a la ley y la Constitución, garante de los derechos fundamentales y, por consiguiente, un contrapoder. Precisamente, la sujeción a la ley y a la Constitución hace que su relación con los otros órganos constitucionales sea únicamente a través del cauce de la sumisión a los documentos normativos señalados. En ese sentido, la independencia judicial es una garantía que sienta las bases de otras garantías, y es, en ese sentido, una metagarantía.

Dentro de la independencia judicial es posible distinguir entre independencia externa e interna. La primera está referida a la protección frente a otros órganos que ejercen poder; la segunda resguarda la inmisión desde la propia institución. Asimismo, es posible deslindar la independencia desde una perspectiva institucional,

¹⁰ Mauro Cappelletti, *La responsabilidad de los jueces* (Lima: Communitas, 2009), 53.

¹¹ Sebastián Linares, “La independencia judicial: conceptualización y medición”, en *Independencia judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?*, ed. por Germán Burgos (Bogotá: ILSA, 2003), 116.

¹² Andrés Ibáñez, “La independencia judicial y los derechos del juez”, 49.

referida al marco organizativo, y desde una óptica funcional, dirigida a proteger el concreto ejercicio de la función. La combinación de estos cuatro ámbitos permite delinear el perfil del juez en el Estado constitucional.¹³

En opinión de Biglino Campos,¹⁴ quien sigue al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la independencia judicial se caracteriza por tener dos dimensiones: 1) la dimensión externa, que exige que el órgano no esté sometido a ninguna institución pública o un tercero, y 2) la dimensión interna, que está asociada al concepto de imparcialidad e implica un distanciamiento respecto de las partes procesales; es decir, aquí nos encontramos en el marco de un proceso judicial.

Para Craig,¹⁵ la independencia judicial también puede entenderse desde una dimensión externa e interna. La primera permite que las cortes ejerzan sus funciones con plena autonomía, sin estar subordinadas por otra institución y sin recibir instrucciones u órdenes de cualquier índole. La segunda está vinculada a la imparcialidad en el proceso y busca garantizar que las partes tengan igualdad de condiciones para discutir sus pretensiones; por tanto, requiere únicamente la estricta aplicación de la ley y la Constitución. Añade este autor que la independencia judicial incide en la planificación de la vida de los ciudadanos en la medida en que la predictibilidad de las decisiones judiciales les permitirá saber las consecuencias jurídicas de sus acciones; con jueces independientes se garantiza la aplicación adecuada de los documentos normativos.

También es posible concebir la independencia judicial desde diferentes teorías del derecho, como puede apreciarse en el cuadro 1, elaborado a partir de las ideas de Aguiló Regla.¹⁶

A propósito de distinguir las normas jurídicas entre reglas y principios, tema que será desarrollado más adelante, es importante anotar que la independencia judicial puede entenderse desde tres ámbitos: subjetivo, objetivo y estatutario. Como señala Bustos Gisbert,¹⁷ “no es lo mismo el derecho a un juez independiente que la configuración constitucional de un poder judicial independiente ni que la garantía de la independencia individual del juez”. Estos tres aspectos se encuentran intrínsecamente vinculados en la medida en que la reducción o ampliación de un ámbito incide en el otro.

¹³ Andrés Ibáñez, “La independencia judicial y los derechos del juez”, 50-57.

¹⁴ Paloma Biglino Campos, “Los retos a la independencia judicial”, en *Derecho constitucional del siglo XXI: desafíos y oportunidades*, ed. por Manuel Aragón Reyes, Diego Valadés y José Tudela Aranda (Madrid: Fundación Manuel Giménez Abad, 2023).

¹⁵ Paul Craig, “Definition and conceptualization of the Rule of Law and the role of judicial independence therein”, en *Rule of Law in Europe*, ed. por Paul Craig, Stanislas Adam, Nuria Diaz Abad y Lorenzo Salazar (Bruselas: The European Judicial Training Network, 2019), 3-12.

¹⁶ Josep Aguiló Regla, “Aplicación del derecho, independencia e imparcialidad”, *Novos Estudos Jurídicos* 17, n.º 2 (2012): 168-171.

¹⁷ Rafael Bustos Gisbert, *Independencia judicial e integración europea* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2022), 342.

Cuadro 1. Independencia judicial vista desde diferentes teorías del derecho

| Formalismo | Positivismo normativista | Post-positivismo principialista |
|---|--|--|
| El juez independiente es estricto aplicador de los documentos normativos formales, los cuales permiten que el sistema jurídico sea cerrado y completo. En consecuencia, es avalatorio en la toma de sus decisiones. | El juez independiente aplica las reglas que establece el sistema jurídico. En caso de no estar regulada la solución de un caso, se activa la discrecionalidad judicial, la cual impregnará de subjetividad la decisión adoptada. | La independencia se enfoca en el juez, no tanto en la aplicación de la ley. En dicho contexto, el ordenamiento jurídico está compuesto por reglas y principios, cuyos conflictos se resuelven mediante la subsunción y la ponderación, respectivamente. Asumir la existencia de principios implica que la dimensión valorativa y justificativa de las decisiones judiciales adquiere mayor relevancia. |

La garantía subjetiva no es otra cosa que el derecho a un juez independiente, lo cual implica que este no sea objeto de presiones internas o externas. Esta dimensión subjetiva puede concretarse en cuatro formas, que si bien no son exhaustivas, sirven de ejemplo.¹⁸

La primera forma está vinculada al nombramiento de los jueces. En el contexto peruano, hay que diferenciar entre la forma en que son nombrados los jueces del Poder Judicial (por la Junta Nacional de Justicia) y la manera en que son elegidos los jueces del Tribunal Constitucional (por el Congreso de la República). Si bien la forma de elección es importante, la manera del ejercicio es aún más relevante, pues allí se podrá evaluar si existe algún nexo con quienes los eligieron, lo que podría traducirse en sentencias favorables para ellos.

En segundo lugar tenemos la duración y las condiciones del mandato. Se ha discutido que el mandato de los jueces no puede ser muy corto, pues en tal caso no se podrían fijar y asentar las líneas jurisprudenciales necesarias que permitan la predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales. A la par, aceptar una duración demasiado larga y expresa se contrapondría a la provisionalidad de los jueces, situación más que complicada para el justiciable en la medida en que ello contribuye con la demora en la solución de sus controversias. De la misma manera, son relevantes las reglas de asignación de expedientes, siendo necesario atender a la complejidad del caso, más que a la cantidad de expedientes manejados por cada despacho judicial; en efecto, no es lo mismo un caso donde solo hay un litigante por cada parte procesal, que uno en donde se encuentran diez personas por cada parte; como no

¹⁸ Bustos Gisbert, *Independencia judicial e integración europea*, 363-365.

es lo mismo que se discuta de desapariciones forzadas a que la *litis* verse sobre la validez de un contrato de alquiler.

La tercera forma está relacionada con la interdicción de presiones externas e internas sobre el juez. Si bien demostrar la existencia de dichas presiones es complicado, ya los indicios contribuyen a dar o no apariencia de independencia. Desde la perspectiva interna, ello podría apreciarse en la conformación de salas y la asignación de expedientes de acuerdo con los intereses que se estén discutiendo. Según el enfoque externo, Bustos puntualiza supuestos flagrantes de presiones, como en el caso de declaraciones públicas de miembros de otros poderes o de otros jueces, o incluso del Poder Judicial.

En último lugar tenemos a la apariencia de independencia. Para evaluar esta forma es necesario un observador externo en condiciones de considerar si los justiciables pueden razonable y objetivamente pensar que el tribunal que decide la controversia es independiente o no. En razón de ello, el observador externo debe seguir los tres criterios señalados previamente, los cuales operan como una suerte de test de independencia.

La dimensión objetiva de la independencia judicial consiste en reconocer al poder judicial como un poder distinto a los demás y que no está vinculado a las partes procesales. En cuanto a este último aspecto es que se puede hablar, en sentido estricto, de imparcialidad. Así, el deber de imparcialidad impone al juzgador la necesidad de resolver la controversia al margen de sus prejuicios y eventuales intereses en el objeto del proceso, como también al margen de las partes procesales.¹⁹

Finalmente, la dimensión estatutaria nace de los derechos y deberes propios del ejercicio del cargo de juez; de allí que su naturaleza sea compleja, pues si bien esta puede considerarse dentro de los derechos de los jueces, también existe el derecho del justiciable a que el juez disponga de tales elementos en la configuración de su estatus, y también el derecho a que la división de poderes respete la autonomía del poder judicial o el tribunal constitucional para delimitar su contenido.²⁰

A partir de lo expuesto por los autores reseñados, es posible sostener que la independencia judicial es un concepto que se entiende mejor cuando se materializa en tres ámbitos: interno, externo y estatutario (cuadro 2).

Si bien esto permite deslindar las dimensiones de la independencia judicial, también es justo anotar que los conceptos se encuentran íntimamente vinculados y, por tanto, su afectación también. Imaginemos que la intromisión de una institución pública, el Congreso, se haga realidad con la reducción del sueldo de los jueces. Dicha intromisión calzaría perfectamente con una vulneración a la independencia externa, pero también incidirá en la dimensión estatutaria que prevé un sueldo

¹⁹ Diego Papayannis, "Independencia, imparcialidad y neutralidad en la aplicación del derecho", en *Pensando al juez*, ed. por Manuel Vial-Dumas y Diego Martínez Zorrilla (Madrid: Marcial Pons, 2019), 148.

²⁰ Bustos Gisbert, *Independencia judicial e integración europea*, 359.

Cuadro 2. Ámbitos de la independencia judicial

| Ámbito interno | Ámbito externo | Ámbito estatutario |
|---|---|---|
| Está conformado por aquellos aspectos relacionados con el desarrollo del proceso judicial, específicamente con el no estar vinculado a las partes procesales o a cualquier tercero que tenga interés en el proceso. | Consiste en no estar sometido el juez a ninguna institución pública o privada que le impida o limite el ejercicio normal de la potestad jurisdiccional. Aquí las posibles vías de afectación son muchas, incluidas algunas legales, como por ejemplo el nombramiento, la evaluación, ratificación o destitución, la duración del mandato o la edad de jubilación. | Se refiere a aquellos aspectos necesarios para el ejercicio del cargo, desde una óptica organizativa, verbigracia: mantener y desarrollar la especialidad en la que se formó; la capacitación y especialización permanente, o la asignación de expedientes que sean de su especialidad. |

acorde a la función jurisdiccional y, a la vez, podrá afectar el normal desarrollo del proceso judicial.

Sin perjuicio de ello, delimitar las formas de independencia judicial es útil para abordar los casos donde ha sido vulnerada. En efecto, como se desarrolla más adelante, la independencia judicial ha sido entendida como un principio por la jurisprudencia, pero ello requiere de algunas precisiones en la medida en que algunas de las dimensiones de la independencia judicial funcionan como reglas y otras como principios, siendo en esta última donde se debe aplicar el análisis de proporcionalidad.

2. La independencia judicial en la teoría de los principios

En la actualidad, los tribunales de constitucionalidad han elegido al análisis de proporcionalidad como el mecanismo preferido para resolver los conflictos constitucionales, que pueden generarse entre los clásicos derechos fundamentales, como los de libertad o igualdad, como también entre los principios formales, caracterizados por tener como objeto de optimización las decisiones legales, prescindiendo de su contenido.

Los principios, dentro de la difundida teoría de Alexy,²¹ se caracterizan por ordenar que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes. Estos mandatos, entonces, en su aplicación, tienen diferentes grados de intensidad, por lo que en algunas controversias el principio P1 puede resultar victorioso frente al principio P2, pero en otros supuestos P1 puede

²¹ Juan Antonio García Amado, *El derecho y sus circunstancias* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010); Juan Antonio García Amado y Rafael Giorgio Dalla-Barba, *Principios jurídicos. El debate metodológico entre Robert Alexy y Ralf Poscher* (Lima: Palestra, 2022).

resultar vencido por P2. En otras palabras, algunas veces el derecho a la igualdad puede vencer, en otras puede perder, pues ningún principio es absoluto. Esta teoría de principios tiene conexión directa con el análisis de proporcionalidad y sus tres subprincipios. Ello es así porque las posibilidades jurídicas de un principio dependen del principio con el que se enfrenta; entonces, para arribar al grado correcto de satisfacción de un principio y al grado correcto de afectación del otro es necesario realizar el análisis de proporcionalidad.²²

A diferencia de los principios, las reglas pueden ser cumplidas o no, es decir, no son susceptibles de aplicarse según grados. En términos de Alexy, las normas pueden ser catalogadas como principios o como reglas, lo cual se determina interpretativamente, en razón de la manera como han de ser aplicadas y también de la forma como hayan de resolverse las colisiones o los conflictos en que se vean implicadas.²³

En dichas circunstancias, los tribunales constitucionales han preferido un modelo de derechos fundamentales donde los conflictos entre los mismos se resuelven bajo la aplicación del análisis de proporcionalidad. Esta herramienta poseería la neutralidad y la capacidad de racionalidad necesarias para determinar de la mejor manera el contenido de los derechos fundamentales, y en una democracia constitucional legitimaría con mayor vigor la toma de decisiones por parte de los órganos constitucionales.

Si la independencia judicial tiene la estructura de un principio, entonces puede ser entendida como un mandato de optimización que puede cumplirse dentro de sus posibilidades fácticas, jurídicas y empíricas. En consecuencia, la independencia judicial, en los tres ámbitos que la componen, se concreta como mandatos de optimización distintos, de acuerdo al contenido que cada uno de ellos tiene, conforme lo hemos explicado previamente. Ahora bien, si la independencia judicial es entendida como una regla, su aplicación se haría por medio de la subsunción y no requeriría del análisis de proporcionalidad.

Corresponde revisar primero la independencia judicial como regla, siempre teniendo en cuenta las tres dimensiones que hemos resaltado en el apartado anterior. Como hemos dicho, si se la entiende como regla, entonces no es posible una graduación de su enunciado normativo. Por ejemplo, si la normativa indica que se deben tener, como mínimo, cinco años en el cargo de juez para postular al cargo de juez especializado en materia civil, no es factible una interpretación por debajo de ese mínimo requerido. O el juez cumple con el requisito de los cinco años o no se puede postular a la plaza: estaremos, así, ante una situación de “todo o nada”. No se puede argumentar, entonces, una vulneración a la independencia judicial externa, específicamente que un órgano ajeno (en el caso peruano, la Junta Nacional

²² Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007), 67-68, 91-92.

²³ Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014), 734.

de Justicia) le impide al juez acceder a una plaza superior, porque lo que ocurre en este supuesto es que no se ha cumplido con el requisito de los cinco años.

Lo propio sucede con el procedimiento de evaluación y ratificación de jueces y fiscales. La Resolución 447-2023-JNJ, de la Junta Nacional de Justicia de Perú, en su artículo 11, establece que este organismo convoca al mencionado procedimiento a los jueces, juezas y fiscales titulares que cumplen siete años en el ejercicio de las funciones desde la fecha de ingreso a la carrera judicial o fiscal, desde su último ascenso al cargo inmediato o desde su última ratificación. Aquí también la independencia judicial, en su vertiente externa, opera como una regla, pues solo una vez cumplidos los siete años la Junta Nacional de Justicia podrá iniciar el procedimiento de evaluación y ratificación.

Lo propio sucede en el caso en el que el juez quiere conocer un proceso donde el demandante es un familiar directo, pues es probable que la imparcialidad se vea comprometida. En esta hipótesis tampoco se podría argumentar una vulneración de la independencia interna. En todos estos casos la independencia judicial es una regla.

Asimismo, la independencia judicial puede ser considerada como un principio y, por consiguiente, un derecho fundamental de los jueces. En este caso, el juez es el titular del derecho fundamental a la independencia judicial, que tiene como destinatario al Estado o a un particular.²⁴

Por ejemplo, la regulación del artículo 139 de la Constitución peruana de 1993 señala: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] 2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional”. Este enunciado normativo no es un mandato definitivo y requiere ser optimizado caso a caso. A juicio de Borowski,²⁵ esto dependerá de tres factores: a) el peso abstracto de los principios; b) la intensidad de la interferencia o el grado de su no-realización, pues mientras más severa la interferencia, más grande el peso, y c) la certeza epistémica, que se traduce en que mientras más inciertas las premisas empíricas y normativas relevantes en la ponderación, más bajo el peso del principio en cuestión.

En este supuesto, la independencia judicial es un principio, al que se le debe asignar un peso para el caso en concreto, a fin de proceder a determinar si la interferencia es severa. Por ejemplo, si por medio de un cambio constitucional se pretende instaurar una nueva edad para el cese de funciones de jueces que actualmente ejercen el cargo, se estaría quebrando totalmente la independencia judicial, en otras palabras, la interferencia al principio de independencia judicial sería severa. Y lo mismo sucedería si para continuar ejerciendo el cargo de juez se tuviera que pedir permiso a la cabeza del poder ejecutivo.

Los dos ejemplos que se señalaron en el párrafo anterior han sucedido en Polonia y Hungría. Por ello, entender la independencia judicial como un principio se explica

²⁴ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 163-165.

²⁵ Martin Borowski, “La idea de los principios formales. El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad”, *Ciencia Jurídica* 8, n.º 16 (2019): 90-91.

mejor en los casos donde la misma ha estado bajo constantes embestidas. Los casos de países señalados son los que mejor ejemplifican los ataques a este principio. Sin embargo, previamente es necesario explicar el contexto constitucional donde se han producido estas arremetidas, por lo que se hace imprescindible tratar, al menos brevemente, el iliberalismo constitucional.

3. El iliberalismo constitucional

Decía Rousseau que la democracia, en su más riguroso significado, no ha existido nunca ni existirá jamás, puesto que es contrario al orden natural que la mayoría gobierne a la minoría. La democracia, en su más estricto significado, es imposible porque requiere de un Estado muy pequeño, en que el pueblo sea fácil de congregarse, donde todos los ciudadanos se conozcan, además de evitar discusiones espinosas.²⁶

A pesar de este pesimismo, el mundo ha transitado por diferentes olas de democratización. Huntington²⁷ identifica hasta tres, la última de las cuales se manifestó primero en Europa, con la caída del régimen militar que gobernó Grecia en 1967; continuó luego en España, culminando con el final del franquismo en 1975, para trasladarse posteriormente a Latinoamérica, como se advierte en Ecuador a partir de 1979, o también en Bolivia, con la elección de un presidente democrático en 1982.

En este contexto, es factible argumentar que las democracias liberales buscan afianzar los tres objetivos que en el exordio de este trabajo señalamos, es decir, la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, la supremacía de la Constitución y el control y límite del poder político, máxime si esta tercera ola democrática calza con la expedición de nuevas constituciones. En efecto, estos objetivos actúan bajo el manto protector de un documento normativo que se encuentra en la cúspide del ordenamiento jurídico, documento que usualmente es, precisamente, la Constitución.

No obstante lo anotado, Zakaria²⁸ pone sobre la mesa una controversia: “Imagínemos que las elecciones han sido declaradas libres y justas, pero los ganadores son racistas, fascistas y separatistas”. Lamentablemente, dicho dilema se ha extendido en todo el mundo, pues los regímenes democráticamente elegidos, a menudo reelectos en más de una ocasión y confirmados por referéndum, desechan los límites y el control al poder político que ejercen, lo que a su vez implica el menoscabo y despojo de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Como apuntala el mismo autor: “Desde Perú a Palestina, desde Sierra Leona a Eslovaquia, desde Pakistán a Filipinas, vemos el surgimiento de un fenómeno preocupante en la vida internacional: la democracia iliberal”.

²⁶ Jean-Jacques Rousseau, *El contrato social* (Madrid: Austral, 2007), 95-96.

²⁷ Samuel P. Huntington, *La tercera ola. La democratización a finales del siglo XX* (Barcelona: Paidós, 1994), 32-33.

²⁸ Fareed Zakaria, “The rise of illiberal democracy”, *Foreign Affairs* 76, n.º 6 (1997): 22.

En la actualidad, las democracias constitucionales tienen problemas en todo el mundo. Los casos de Estados Unidos, Israel, Turquía, Sudáfrica, Hungría, Polonia y Venezuela son problemáticos, y el auge del constitucionalismo autoritario en el sur de Asia también es un claro ejemplo del debilitamiento democrático.²⁹ El reporte del año 2022 de Freedom House señala que a pesar de los claros argumentos a favor de la democracia, lo cierto es que los últimos 16 años han demostrado que ni la prevalencia de sus argumentos ni la continuidad de su progreso pueden darse por sentadas.³⁰

El declive democrático puede variar en su velocidad, y los remedios legales para hacerle frente tendrán que ser necesariamente distintos. En efecto, como señalan Ginsburg y Huq,³¹ un *colapso democrático* se caracteriza por ser rápido; un golpe de estado supone adjudicarse poderes de emergencia y apoyo militar, y el alejamiento del sistema democrático se produce de manera celer y generalizada. Por el contrario, se advierte una *erosión democrática* si el menoscabo se hace de manera paulatina y sustancial, mermando a los órganos constitucionales a efectos de asegurar la vigencia y permanencia del poder político en una sola mano.

Según lo explicado precedentemente, la democracia iliberal puede existir dentro de un sistema constitucional, y de hecho, la mayoría lo hace, si bien cambiando algunos aspectos que son esenciales para el constitucionalismo. Como señala Sajó, las democracias iliberales no son conocidas por tener sus propias teorías constitucionales, sino que afirman que sus gobiernos son simplemente constitucionales y democráticos. Básicamente, consideran que dichos gobiernos iliberales son igual de democráticos que cualquier otro Estado constitucional, solo que más populares y, por tanto, más genuinos. Además, los entienden como una variante dentro de las democracias constitucionales, solo que con la defensa de valores más tradicionales.³²

Ahora bien, para algunos el concepto de democracia iliberal es un callejón sin salida, pues su propia estructura lingüística denota contradicción. Desde esa perspectiva, no se puede hablar de democracia si no hay pesos y contrapesos entre los órganos constitucionales ni se asegura la libertad de prensa, entre otros elementos. Pese a ello, líderes de distintos países han mostrado su intención de romper con los dogmas e ideologías que propugna Occidente, esto es, con lo que el presidente de Rusia, Vladimir Putin, ha denominado “orden liberal internacional”. Así, líderes como Putin u Orbán pervierten tanto el término “liberalismo” como el término

²⁹ Mark A. Graber, Sanford Levinson, Mark Tushnet, “Constitutional democracy in crisis? Introduction”, en *Constitutional democracy in crisis?*, ed. por Mark A. Graber, Sanford Levinson y Mark Tushnet (Oxford: Oxford University Press, 2018), 1.

³⁰ Freedom House, *Freedom in the World 2022. The global expansion of authoritarian rule* (Washington, DC: Freedom House, 2022), 15.

³¹ Tom Ginsburg y Aziz Huq, *How to save a constitutional democracy* (Chicago: University of Chicago Press, 2018), 39.

³² Sajó, *Ruling by cheating*, 23.

“democracia” con la finalidad de legitimar su agenda; por ello es necesario el término iliberalismo para calificar a este tipo de regímenes.³³

Como se señaló previamente, la democracia está en declive y su progreso no está para nada asegurado. En razón de ello es que se prefiere mantener el sistema democrático, no solo para conseguir los objetivos que ya se han anotado, sino también para lograr el aval del pueblo, pues siempre quien acaba de ganar las elecciones se presenta como un gobierno más democrático que su predecesor. Además, en el ámbito internacional, presentarse como una democracia, aun con déficits, es mejor que presentarse como una dictadura.

Las democracias no son perfectas, tienen muchos asuntos por mejorar, como la realización de elecciones más transparentes, el fortalecimiento del sistema de partidos políticos o el establecimiento de mecanismos más eficientes para la rendición de cuentas de quienes ostentan el poder. En ese sentido, las democracias son imperfectas porque, como cualquier institución política, tienen límites para configurar y transformar la sociedad.³⁴

Volviendo al iliberalismo, varios Estados pueden calzar dentro de dicho concepto. Así, Viktor Orbán, primer ministro de Hungría, el 26 de julio de 2014 declaraba:

Lo que sucede hoy en Hungría, puede interpretarse como que el actual liderazgo político ha intentado que el trabajo y los intereses personales, que deben ser reconocidos, estén íntimamente ligados a la vida de la comunidad y de la nación, y que esa relación sea preservada y reforzada. En otras palabras, la nación húngara no es simplemente un grupo de individuos, sino una comunidad que debe organizarse, reforzarse y, de hecho, construirse. En ese sentido, el nuevo Estado que nos hallamos construyendo en Hungría es un Estado iliberal, un Estado no liberal. Ello no rechaza los principios fundamentales del liberalismo, como la libertad, podría enumerar algunos más, pero eso no convierte a esta ideología en el elemento central de la organización estatal, sino que incluye un enfoque diferente, especial, nacional.³⁵

Claramente, las acciones posteriores del primer ministro de Hungría no hicieron más que atacar directamente los cimientos de la democracia y rechazar los principios básicos del liberalismo. Así es como se han limitado las posibilidades de que el Parlamento pueda controlar los actos del Poder Ejecutivo, se han atacado directamente derechos fundamentales como la libertad de prensa o el principio de

³³ Helena Rosenblatt, “The history of illiberalism”, en *Routledge Handbook of Illiberalism*, ed. por András Sajó, Renáta Uitz y Stephen Holmes (New York: Routledge, 2022), 24-25.

³⁴ Adam Przeworski, *¿Por qué tomarse la molestia de hacer elecciones?* (Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2019), 21.

³⁵ Traducción libre. El discurso completo está disponible en: <https://2015-2019.kormany.hu/en/the-prime-minister/the-prime-minister-s-speeches/prime-minister-viktor-orban-s-speech-at-the-25th-balvanyos-summer-free-university-and-student-camp>.

independencia judicial, e incluso se han aprovechado medidas de emergencia para lesionar derechos humanos.

Una vez explicado el contexto del iliberalismo constitucional es necesario mostrar cómo afecta a la independencia judicial en los países que pueden ser calificados en dicho contexto, por lo que nos centraremos brevemente en Hungría y Polonia, para analizar con más detenimiento el caso peruano, específicamente en el proceso competencial 00003-2022-CC.

4. El caso de Hungría: la sentencia del caso András Baka

El 23 de junio de 2016, la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos emitió la sentencia sobre el caso Baka vs. Hungría.³⁶ Allí se decidió que Hungría violó el derecho de acceso a un tribunal de justicia y a la libertad de expresión (arts. 6.1 y 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, respectivamente) de András Baka, expresidente de la Corte Suprema de Hungría.

El 22 de junio de 2009, Baka, luego de una larga trayectoria como juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fue elegido presidente de la Corte Suprema de su país por el Parlamento, para un periodo de seis años, es decir, hasta el 22 de junio de 2015.

En abril de 2010, la Alliance of Fidesz – Hungarian Civic Union y el Christian Democratic People's Party obtuvieron la mayoría parlamentaria, lo que permitió que emprendieran cambios constitucionales. El demandante, en su calidad de presidente de la Corte Suprema, manifestó que dichos cambios constitucionales incidían negativamente en el Poder Judicial, citando el proyecto de ley que ordenaba la nulidad de algunas decisiones judiciales dictadas en el marco de unos disturbios producidos en el año 2006, así como la propuesta de reducir la edad de jubilación obligatoria de los jueces, de 70 a 62 años.

Asimismo, el 25 de abril de 2011 se estableció que el máximo órgano judicial se llamaría “la Curia”, dejando de lado el nombre de “Corte Suprema”, lo que equivaldría a un mero cambio de nombre. Sin embargo, se presentaron proyectos de ley que pretendieron terminar, y eventualmente lo consiguieron, el mandato del presidente de la Corte Suprema, en tanto la Curia nacería con un nuevo titular. En este punto es necesario destacar que en Hungría se estaba discutiendo un nuevo texto constitucional, que reemplazaría al de 1949, culminando con la aprobación de la Ley Fundamental de 2011, la cual entró en vigencia en 2012. De hecho, en las disposiciones relativas al cierre de entidades de la anterior Constitución, en el artículo 14.2 se estableció: “El mandato del presidente de la Corte Suprema y del presidente y de los

³⁶ European Court of Human Rights, Case of Baka v. Hungary, Application 20261/12, [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-163113%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-163113%22]}).

miembros del Consejo Nacional de Justicia finalizará con la entrada en vigor de la Ley Fundamental". En consecuencia, el periodo del demandante como presidente de la Corte Suprema finalizó abruptamente.

Ahora bien, el demandante sostuvo que no se le permitió defenderse de la destitución y, por tanto, se vulneró su derecho de acceder a un tribunal. El impedimento de acceso se debió a que la terminación prematura de su cargo fue incluida en la nueva Constitución, lo cual impedía su impugnación ante cualquier tribunal de justicia, incluido el Tribunal Constitucional. Lo cierto es que impedir al recurrente acceder a un tercero imparcial vulneró el artículo 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

La Gran Sala también destacó que, al incumplir su mandato como presidente, el recurrente fue trasladado a un puesto de menor grado y remuneración. El hecho de que fuese presidente de la Corte Suprema y ejerciera principalmente funciones de coordinación y representación no lo privaba de la independencia judicial de la que gozaban otros jueces. En el presente caso, no existía sustento jurídico para terminar anticipadamente el mandato del recurrente, máxime si en su propia legislación se establecían los supuestos donde se puede separar a los jueces del cargo. Asimismo, la protección del derecho del demandante a cumplir su mandato completo estaba respaldada por los principios de independencia judicial e inamovilidad de los jueces.

De igual manera, si bien no lo dice expresamente, la Gran Sala consideró vulnerada la independencia judicial en su vertiente estatutaria, en tanto la denegatoria de acceso a un tribunal, específicamente a iniciar un proceso, constituye un elemento inherente a lo regulado en el artículo 6.1 del citado Convenio que protege las garantías tanto en la organización como en la composición del tribunal, más aún en el desarrollo del proceso.

Para el presente trabajo importa destacar la violación clara al principio de independencia judicial tanto en su dimensión externa como estatutaria. En efecto, la dimensión externa se afectó cuando el Parlamento impidió que el demandante cumpliera con su mandato, en especial si la nueva Constitución permitió la aplicación retroactiva de una de sus disposiciones normativas. En ese sentido, si se demostró la vulneración del artículo 6.1 del Convenio, también se vulneró la dimensión estatutaria, pues se impidió a Baka el ejercicio de sus funciones como presidente de la Corte Suprema, y tampoco tuvo la oportunidad de cuestionar dicha separación.

El iliberalismo constitucional, sumado a un proceso constituyente, legitimó formalmente el menoscabo a la independencia del Poder Judicial. De donde se concluye que una constituyente iliberal puede presentar muchos más retrocesos que avances, a pesar de presentarse con un atuendo democrático.

5. El caso de Polonia: a propósito de una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Con fecha 24 de junio de 2019, la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea emitió la sentencia del caso Comisión Europea vs. República de Polonia,³⁷ en donde se condenó al mencionado Estado por el incumplimiento de las obligaciones consagradas en el artículo 19 del Tratado de la Unión Europea, apartado 1, párrafo segundo, al prever tanto la aplicación de la medida de reducción de la edad de jubilación de los jueces en ejercicio del Tribunal Supremo, nombrados con anterioridad al 3 de abril de 2018, como la atribución al presidente de la República de la facultad discrecional para prorrogar la función jurisdiccional de los jueces de dicho Tribunal una vez alcanzada la nueva edad de jubilación.

El 20 de diciembre de 2017, el presidente de la República de Polonia promulgó la Nueva Ley del Tribunal Supremo, que entró en vigencia el 3 de abril de 2018. Dicho documento normativo, en su artículo 37, señaló que los jueces del Tribunal Supremo se jubilarán el día en que cumplan 65 años, salvo que presenten una declaración, con una antelación máxima de 12 meses y mínima de 6 meses antes de alcanzar los 65 años, en la que manifiesten su deseo de continuar en el cargo y acreditar que su estado de salud no es inconveniente para ello, siempre que el presidente de la República conceda una autorización de prórroga de sus funciones. A su turno, el artículo 111 de la mencionada ley señaló que los jueces que hayan alcanzado 65 años a la fecha de entrada en vigor de la ley o los cumplan en los siguientes tres meses pasarán a estar en situación de jubilación desde el día siguiente al transcurso del plazo de tres meses, salvo que el presidente de la República los autorice a seguir desempeñando el cargo.

En la sentencia se menciona que la independencia judicial tiene dos aspectos. El primero de ellos es el externo, que supone la autonomía en el ejercicio de las funciones judiciales, sin estar sometido a ningún vínculo jerárquico o de subordinación respecto de terceros. El segundo es de orden interno, se asocia al concepto de imparcialidad y se refiere a la equidistancia que debe guardar el órgano de que se trate con respeto a las partes de la *litis* y a sus intereses respectivos en relación con el objeto de dicho litigio; en buena cuenta, exige respeto de la objetividad y la inexistencia de cualquier interés en la solución del contencioso diferente de la estricta aplicación de las normas jurídicas (párrs. 72 y 73).

Desde esa perspectiva, el Tribunal de Justicia argumenta que, si bien se puede fomentar el establecimiento de una estructura de edades equilibradas, facilitando el acceso a personas jóvenes, ello no se advierte en la exposición de motivos del documento normativo impugnado. De igual manera, la facultad discrecional del presidente de la República para conceder hasta dos prórrogas consecutivas a aquellos jueces

³⁷ Comisión Europea contra República de Polonia, Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 24 de junio de 2019, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62018CJ0619>.

que superen los 65 años de edad en realidad es una forma de apartar a los jueces que no sean del agrado del Ejecutivo. En el caso práctico, acortar el ejercicio de funciones de los jueces afectó a un tercio de ellos, especialmente a su “presidenta primera”, cuyo mandato de seis años establecido por la Constitución fue reducido al entrar en vigor la cuestionada ley. Como subrayó el mencionado Tribunal, esto supuso una profunda reestructuración de la composición del Tribunal Supremo como resultado de una reforma dirigida específicamente a este órgano constitucional, lo cual suscitó dudas sobre el verdadero carácter de esta reforma y las finalidades que realmente se perseguía.

Como puede apreciarse, el menoscabo a la independencia judicial en sus tres ámbitos fue debidamente acreditado. Por un lado, la independencia externa se vio condicionada por la injerencia del Poder Ejecutivo para otorgar prórrogas a los jueces que, a pesar de cumplir la edad de 65 años, tuvieran la voluntad de continuar en el cargo. Claramente, esta potestad presidencial se traducía en otorgar la autorización a quienes no tuvieran críticas al régimen y, eventualmente, pudieran legitimar las reformas que hiciera este. Por otro lado, la independencia interna también se afectó, en la medida en que los jueces que obtuvieran el permiso presidencial serían más proclives a fallar a favor de los intereses del Ejecutivo en los casos sometidos a su conocimiento; de manera que el compromiso del juez con la satisfacción de la voluntad de una de las partes venía a ser latente. Por último, la independencia estatutaria también se vio comprometida, pues al afectar a un tercio de los jueces del Tribunal Supremo, no solo supuso una reestructuración del órgano, sino que estos jueces dejaron de tener reconocidos todos los derechos y deberes inherentes a la función jurisdiccional.

6. El caso de Perú: análisis de la Sentencia 0003-2022-PC

Al igual que muchos países latinoamericanos, Perú también se encuentra atravesando una crisis republicana.³⁸ En efecto, esto se puede apreciar en los continuos cambios presidenciales que ha sufrido el país en los últimos siete años,³⁹ a pesar de que por mandato expreso de la Constitución de 1993 el periodo presidencial es de cinco años. Esta crisis republicana irradia a toda la sociedad e involucra a órganos que no necesariamente están involucrados en política. Así sucede, por ejemplo, con órganos como el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial.

Precisamente, estos dos órganos son los encargados de resolver todas las controversias jurídicas, en general, y los procesos constitucionales, en particular. En este punto es menester recordar que el Tribunal Constitucional de Perú es un órgano

³⁸ Alberto Vergara, *Repúblicas defraudadas* (Lima: Crítica, 2023), 18-24.

³⁹ Pedro Pablo Kuczynski, Martín Vizcarra, Manuel Merino, Francisco Sagasti, Pedro Castillo y Dina Boluarte.

constitucionalmente autónomo, que tiene por finalidad la resolución definitiva de los procesos constitucionales. En efecto, el artículo 202 de la Carta Fundamental señala que al Tribunal le compete la interpretación final en los procesos constitucionales de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y cumplimiento; mientras que actúa como única instancia en los procesos de inconstitucionalidad y conflicto de competencias.

En dicho escenario cobra especial relevancia la conformación del Tribunal Constitucional, pues es quien definirá las disputas que se generen entre los órganos constitucionales por medio del proceso competencial, más aún si los cambios de los magistrados se realizan de manera conjunta, como ocurrió hace poco en Perú.⁴⁰

Cuando una corte sustituye a sus miembros se puede instaurar una nueva mayoría que entre a modificar las líneas jurisprudenciales sentadas por muchos años.⁴¹ En el contexto peruano, el Tribunal Constitucional ha tenido diversas conformaciones y, por tanto, diversos criterios jurisprudenciales para la interpretación de los derechos fundamentales y de las competencias de los órganos constitucionales, como puede demostrarse a partir de una revisión jurisprudencial.⁴²

Conforme se señaló al inicio de este apartado, la crisis republicana no se ha limitado al ámbito político, sino que ha llegado al escenario judicial. Tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional se han visto obligados a intervenir en asuntos que, en principio, deberían corresponder a otros órganos, lo que ha provocado una discusión respecto a las competencias de los jueces para intervenir en procedimientos políticos.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 108 del Código Procesal Constitucional de 2021, el conflicto de competencias se produce respecto de las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimiten los ámbitos propios de los poderes estatales, los órganos constitucionalmente autónomos, los gobiernos regionales o municipales. Todo ello, aunado al contexto político del país, es tierra fértil para que los conflictos entre el Congreso, el Ejecutivo y el Poder Judicial estén a la orden del día.

Debido a las constantes disputas entre órganos constitucionales, el Tribunal Constitucional se ha visto obligado a pronunciarse sobre el proceso competencial interpuesto por el presidente del Congreso contra el Poder Judicial⁴³ a efectos de

⁴⁰ Con fecha 10 de mayo de 2022, el Congreso eligió a seis de sus siete miembros.

⁴¹ David Kosař y Katarína Šípulová, “Comparative court-packing”, *International Journal of Constitutional Law* 21, n.º 1 (2023): 80-126.

⁴² Juan Manuel Sosa Sacio, *Acceso a la justicia constitucional. Procedencia del amparo y del recurso de agravio constitucional* (Lima: Gaceta Jurídica, 2018); David Correa Castro, “Tribunal Constitucional vs. Tribunal Constitucional. A propósito de la reciente sentencia relacionada con el precedente Huatuco”, *Gaceta Constitucional*, n.º 105 (2016), 34-40; Roric León Pilco, “Avance o retroceso en la protección de los derechos contra el despido”, *Gaceta Constitucional*, n.º 105 (2016): 44-54.

⁴³ Tribunal Constitucional, Caso del control judicial sobre las decisiones de los órganos del Congreso, Sentencia 74/2023, Exp. 00003-2022-PCC/TC. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/00003-2022-CC.pdf>.

que cese el menoscabo de las atribuciones del primero por parte del segundo. Al respecto, ha indicado que dicho atentado contra sus atribuciones se ha concretado en la expedición de las siguientes resoluciones judiciales:

- a) Resolución 1 de 8 de junio de 2022, emitida por el Tercer Juzgado Especializado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima,⁴⁴ en el caso referido a la elección del defensor del pueblo; con la concesión de la medida cautelar se logró la suspensión del procedimiento de elección de este funcionario por parte del Congreso de la República.
- b) Todo mandato judicial dictado en ejecución de sentencia que tenga por efecto impedir la realización de investigaciones parlamentarias sobre asuntos de interés público.⁴⁵ En estos procesos judiciales se paralizó todo lo actuado respecto a las denuncias constitucionales 107,⁴⁶ 229⁴⁷ y 267;⁴⁸ también se exhortó al Congreso a abstenerse de realizar actos que vulneren el ejercicio de la función pública del presidente del Jurado Nacional de Elecciones.
- c) Resoluciones 16 y 17, emitidas por el Segundo Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, y todo lo actuado en el proceso iniciado por la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria.⁴⁹ Aquí se declaró nulo el procedimiento legislativo de los proyectos de ley acumulados 0697/2021-CR, 0862/2021 y 0908/2021-CR, que pretendían modificar la Ley 30220 (“Ley universitaria”) y se dispuso inaplicar la Ley 31520 (ley que reestablece la autonomía y la institucionalidad de las universidades).

Luego de una larga fundamentación, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda y, por consiguiente, nulas todas las resoluciones judiciales anotadas previamente. Además, puso en conocimiento a la Junta Nacional de Justicia la sentencia, a efectos de dar cuenta de la conducta funcional de los jueces que expidieron

⁴⁴ Específicamente, lo seguido en los Exps. 03898-2022-0-1801-JR-CD-03 (principal) y 03898-2022-12-1801-JR-DC-03 (cautelar).

⁴⁵ Se trata de las sentencias recaídas en los Exps. 00400-2022-0-0401-JRDC-01 (principal) y 00400-2022-91-0401-JR-DC-01 (cautelar).

⁴⁶ Denuncia constitucional presentada contra el presidente del Jurado Nacional de Elecciones (Jorge Luis Salas Arenas) y la fiscal de la Nación (Zoraida Ávalos Rivera), por la presunta infracción de los artículos 3, 176, 178 (num. 3), 179 y 180 de la Constitución, y por la probable comisión de los delitos de abuso de autoridad y usurpación de funciones, previstos en los artículos 376 y 361 del Código Penal, respectivamente.

⁴⁷ Denuncia constitucional presentada contra el presidente del Jurado Nacional de Elecciones (Jorge Luis Salas Arenas) por presunta infracción constitucional debido al dictado de la Resolución 097-2021-JNE.

⁴⁸ Denuncia constitucional presentada contra el presidente del Jurado Nacional de Elecciones (Jorge Luis Salas Arenas) por presunta infracción constitucional.

⁴⁹ Exps. 00893-2022-0-1801-JRDC-02 (principal) y 00893-2022-4-1801-JR-DC-02 (cautelar).

las resoluciones con afectación de las competencias reservadas al Congreso de la República, a fin de que evaluara institucionalmente dichos hechos.

Esta sentencia mereció la respuesta inmediata de la Corte Suprema de Justicia,⁵⁰ puesto que esta entendió que el Tribunal Constitucional había mermado sus competencias. Esta respuesta puede sintetizarse en cuatro puntos.

En primer lugar, sostuvo que la sentencia recaída en el proceso competencial del Congreso de la República contra el Poder Judicial, de 23 de febrero de 2023, no solo anuló las resoluciones dictadas por órganos jurisdiccionales, sino también denunció la conducta funcional de los jueces que las emitieron para la determinación de posibles responsabilidades disciplinarias en su contra. Además, exhortó al Congreso para que tramitara acusaciones constitucionales contra los integrantes de los órganos electorales, a pesar de que el artículo 99 de la Constitución de 1993 no contempla la acusación para estos altos funcionarios.

En segundo lugar, consideró la Corte que dicha decisión vulneró la independencia judicial y, por tanto, limitó la potestad jurisdiccional para fiscalizar la actuación de los demás poderes públicos. En resumen, la sentencia del Tribunal Constitucional censuró las opiniones judiciales plasmadas en una resolución dictada en el marco de sus competencias legítimas.

En tercer lugar, la Corte Suprema sostuvo que en lo concerniente al control de la actividad de los demás poderes públicos, la Constitución dispuso que el ejercicio de la potestad jurisdiccional ha de ser sin interferencias, limitaciones ni condiciones. Por tanto, el Poder Judicial no puede ser interferido por demandas competenciales, cuya única finalidad es el menoscabo de la potestad jurisdiccional.

Finalmente, sostuvo la Corte que ya no era de recibo la tesis de las inmunidades jurisdiccionales del poder, es decir, que los denominados actos no justiciables o *political questions* tienen una dimensión constitucional, por lo que necesariamente deben respetar un mínimo de justicia y razonabilidad. Ergo, no se puede minusvalorar la función de la jurisdicción en beneficio de otros órganos, con el serio riesgo de quebrar el equilibrio de poderes y apartarse de la Constitución.

Para el Poder Judicial hubo un claro ataque a la independencia judicial, en la medida en que el Tribunal Constitucional impidió el control constitucional de ciertos actos políticos con el argumento de que habría ciertas actuaciones que escapan del control de constitucionalidad por ser actos eminentemente políticos.

Al inicio de este trabajo se sostuvo que uno de los pilares del constitucionalismo es el control del poder político, bajo la tesis de que ningún órgano está exento del control del ejercicio del poder político. Ello necesariamente es así, porque el ejercicio del poder político muchas veces implica exceder las competencias constitucionalmente

⁵⁰ Corte Suprema de Justicia de la República, “Caso del control judicial sobre las decisiones de los órganos del Congreso”, <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/4263252/Comunicado%20Sala%20Plena%20Conflicto%20Competencial.pdf.pdf?v=1678917443>.

asignadas. En ese sentido, el sistema de frenos del poder político, en principio, no debería tener ningún límite.

La afirmación previa necesita de algunas precisiones. Empecemos por distinguir entre casos fáciles y casos difíciles: en los primeros no existe discusión sobre el ejercicio de competencias, mientras que en los segundos hay margen para la interpretación y, por tanto, para la discrecionalidad judicial.⁵¹

Por ejemplo, la Constitución de 1993 es categórica en señalar que la Junta Nacional de Justicia es la encargada del nombramiento de los jueces y fiscales, salvo que estos provengan de elección popular (art. 150): aquí no es posible una interpretación según la cual un órgano distinto al mencionado pueda nombrar jueces y fiscales. Por tanto, este es un caso sencillo.

En ese sentido, no es que se haya pretendido imponer un sistema infalible donde “no existen zonas exentas de control constitucional” (fundamento jurídico 38), sino que hay casos sencillos en los que no es posible el control constitucional en la medida en que habría una clara afectación de competencias. Siguiendo con el ejemplo anterior, si el Poder Ejecutivo intenta nombrar jueces y fiscales, claramente, nos encontraremos ante una interferencia de las competencias de la Junta Nacional de Justicia. La idea de que no existen zonas exentas de control constitucional está vinculada a los casos difíciles, a aquellos supuestos donde es posible más de una interpretación y la solución al caso concreto no está expresada de forma literal en la norma.

En el caso bajo comentario, el Tribunal Constitucional argumentó que la elección del defensor del pueblo es un acto político parlamentario discrecional atribuido por el artículo 161 de la Constitución y, por tanto, no puede estar sujeto a control constitucional, máxime si el Congreso ha seguido el procedimiento para su designación, conforme a la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.

En lo que corresponde a las modalidades de elección del defensor del pueblo, encontramos la ordinaria (donde es posible la formulación de tachas, que deben estar acompañadas de prueba documental) y la especial. Elegir una de estas modalidades dependerá de la Junta de Portavoces, como se deriva del artículo 5 de la Ley 26520.

Sin embargo, preferir la modalidad ordinaria implica que exista una etapa donde se puedan presentar tachas y, en consecuencia, haya un mayor análisis por parte de la ciudadanía; mientras que en la especial no existe posibilidad de presentar tachas. En consecuencia, la decisión que adopte el Congreso por alguna de las opciones no es baladí y merece una argumentación adecuada, más aún si se prescindirá de esta etapa de revisión ciudadana. No obstante, en el Acuerdo 0208-2021-2022-JUNTA⁵² simplemente se señaló: “A propuesta de la Mesa Directiva, se acordó por unanimidad,

⁵¹ En relación con la problemática de la distinción entre caso fácil y casos difíciles, véase Pablo Navarro, “Casos difíciles, lagunas en el derecho y discreción judicial”, en *Sistemas normativos y lagunas en el derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2022), 109-121.

⁵² [https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/MesaDirectiva/JuntaPortavoces.nsf/Acper/D164DF9FF3C07635052588300074F409/\\$FILE/jp26-30.mar.2022.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/MesaDirectiva/JuntaPortavoces.nsf/Acper/D164DF9FF3C07635052588300074F409/$FILE/jp26-30.mar.2022.pdf).

que la modalidad respecto del procedimiento de designación de candidatos a Defensor del Pueblo sea la especial por invitación”; es decir, no hubo ninguna motivación.

Esto nos permite argumentar que no se trata aquí de cualquier acto político discrecional, por el contrario, se trata de la elección del titular de un órgano constitucionalmente autónomo que tiene como atribución principal la defensa de los derechos fundamentales de las personas, así como supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía.

A mayor abundamiento, es el defensor del pueblo quien está encargado de presidir la Comisión Especial que elige a los miembros de la Junta Nacional de Justicia, conforme al artículo 71 de la Ley 30916, siendo este último órgano el encargado de la designación, evaluación y destitución de jueces y fiscales en todo el territorio peruano.

Desde esa perspectiva, no se puede intentar cubrir como un acto político no justiciable procedimientos que carecen de razonabilidad, con la finalidad de escapar del escrutinio de la ciudadanía, lo cual llevaría a la elección de un defensor del pPueblo con escasa experiencia en materia de derechos humanos.⁵³

Debido a lo anterior, es el Poder Judicial el llamado a controlar la falta de motivación para exonerar al procedimiento de elección del defensor del pueblo de la etapa de tachas, como sucede con la modalidad ordinaria. No es que el Poder Judicial determine el modo en que se habrá de llevar a cabo el procedimiento de selección ni que cometa el exceso de suplantar la decisión de la Junta de Portavoces, sino que se encuentra en la obligación de intervenir y salvaguardar la elección de un órgano constitucionalmente autónomo.

Por todo ello, no existió exceso de funciones en la emisión de las resoluciones judiciales cuestionadas, por el contrario, fue necesaria la intervención judicial para salvaguardar la elección del defensor del pueblo.

Al igual que en Hungría y Polonia, en el caso de Perú también existió un atentado contra la independencia judicial, solo que este provino de otro órgano jurisdiccional: el Tribunal Constitucional.

Conclusiones

Los estudios citados dan cuenta de que el efecto democrático está en retroceso y se pone en cuestión la continuidad de su progreso. Esto se debe al auge global de los gobiernos iliberales, con el correspondiente descontento de la sociedad gobernada.

⁵³ El 17 de mayo de 2023 fue elegido como defensor del pueblo Josué Gutiérrez Córdor. De su hoja de vida presentada para postular al cargo no se advierte que tenga experiencia en la defensa de derechos humanos. El documento fue consultado en: https://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2023/ce-eleccion-defensor-pueblo/files/hoja-vida/6._gutierrez_cordor,_josue_manuel_-_peru_libre.pdf.

Todo ello demuestra que la lucha por controlar y limitar el poder político no es tarea sencilla, pues repercute no solo en la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, sino también en el sistema democrático.

Si bien la democracia es un concepto jurídico indeterminado, es posible definirla como el medio por el cual un gobierno adquiere legitimidad frente al pueblo como frente a otros Estados, y que tiene como clave fundamental la realización de elecciones para acceder al poder. En este contexto, un sistema democrático permite controlar el ejercicio del poder político, no solo del gobierno de turno, sino también de los otros órganos constitucionales. En efecto, los tres clásicos poderes, junto a los órganos constitucionalmente autónomos, trabajan bajo determinadas normas de competencia a efectos de que puedan cooperar entre sí, las cuales también pueden ser limitadas si así se requiere.

No obstante este escenario democrático, algunos países, como Hungría y Polonia, han girado hacia una democracia iliberal, que también funciona bajo una Constitución. La calificación de un Estado como iliberal no es baladí, puesto que evidencia el fenómeno por el cual se llega al poder mediante unas elecciones transparentes, con pocos o nulos cuestionamientos, pero a lo largo del tiempo el Gobierno (que suele ser el actor principal de este fenómeno, pero no es el único, pudiendo asistirse, asimismo, a la restricción de las competencias democráticas del Poder Judicial por obra del Tribunal Constitucional, como en el caso de Perú) va cambiando radicalmente, en desmedro de los valores democráticos.

Identificar un Estado iliberal no es siempre tarea sencilla. La detección puede ser difícil debido, justamente, a la legitimidad de origen (la victoria en las elecciones) y al hecho de que los ataques a las instituciones democráticas no suelen ser directos o totales, sino transversales y paulatinos; en términos de Ginsburg, nos enfrentamos, entonces, a una erosión democrática. Ahora bien, una vez controlados los órganos clave, no hay nada de qué preocuparse para seguir en el poder.

Uno de los objetivos preferidos del iliberalismo constitucional es el menoscabo de aquellos órganos que puedan controlar las competencias del poder ejecutivo, lo cual se produce de forma paulatina pero teniendo clara la finalidad de hacerse inamovible en el ejercicio del poder político, como quedó ejemplificado en detalle en los casos de Hungría y Polonia. En dicho contexto, han sido los tribunales internacionales quienes se han visto en la obligación de tutelar la independencia judicial, como ha sucedido en los países mencionados.

Este momento iliberal también se ha producido en Perú, pero en este caso, como ya se recordó, el asedio fue adelantado por el Tribunal Constitucional en contra del Poder Judicial, específicamente, con la expedición de la sentencia que resolvió el conflicto de competencias entre este último órgano y el Poder Legislativo.

Como ha quedado acreditado, el Tribunal Constitucional sostuvo que la elección del defensor del pueblo es un acto político discrecional del Congreso y no sujeto a control constitucional. No obstante, dicha afirmación pretendía ocultar la forma en que se debía elegir al mencionado funcionario. En efecto, si bien se tenían dos

opciones, una ordinaria y otra especial, solo la primera de ellas permitía un escrutinio ciudadano, en la medida en que es la única que abre la posibilidad de presentar tachas contra candidatos que no cumplan los requisitos mínimos para tan alto cargo. Sin embargo, la junta de portavoces del Congreso se decantó por la opción especial y, lo que es aún más grave, no presentó ninguna motivación al respecto.

En dicho escenario, no se puede pretender escapar al examen ciudadano bajo el manto de estar ante un acto político no justiciable, más aún si el mismo ha carecido de la más mínima motivación. Por dicho motivo, el Poder Judicial rechazó los argumentos del Congreso y suspendió el procedimiento de elección del defensor del pueblo, en el marco de las competencias a él conferidas por la Constitución de 1993. En ese sentido, no son de recibo los argumentos del Tribunal Constitucional que pretendieron justificar la intangibilidad de las decisiones del Congreso en que son actos estrictamente políticos.

Así pues, no existían argumentos válidos para que el Tribunal Constitucional revocara las decisiones del Poder Judicial, en especial si de salvaguardar la participación ciudadana en el procedimiento de elección del titular de un órgano constitucionalmente autónomo se trataba. En consecuencia, la independencia judicial se vio comprometida, no solo por declarar nulas las resoluciones expedidas, sino también por pretender que la Junta Nacional de Justicia investigara y sancionara a aquellos jueces que solo buscaban proteger la Constitución y la democracia.

Bibliografía

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- AGUILÓ REGLA, Josep. “Aplicación del derecho, independencia e imparcialidad”. *Novos Estudos Jurídicos* 17, n.º 2 (2012): 161-172.
- BARROSO MÁRQUEZ, Juan Francisco. “Respuesta de Polonia al covid-19 y el principio de legalidad: iliberalismo y elecciones presidenciales”. En *Anuario de la Facultad de Derecho* 36 (2020), 25-62.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.
- BIGLINO CAMPOS, Paloma. “Los retos a la independencia judicial”. En *Derecho constitucional del siglo XXI: desafíos y oportunidades*. Editado por Manuel ARAGÓN REYES, Diego VALADÉS y José TUDELA ARANDA, 377-396. Madrid: Fundación Manuel Giménez, 2023.
- BOROWSKI, Martin. “La idea de los principios formales. El principio de proporcionalidad en el control de constitucionalidad”. *Ciencia Jurídica* 8, n.º 16 (2019): 81-98.
- BUSTOS GISBERT, Rafael. *Independencia judicial e integración europea*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022.
- CAPPELLETTI, Mauro. *La responsabilidad de los jueces*. Lima: Communitas, 2009.

- CELANO, Bruno. *I diritti nello Stato costituzionale*. Bolonia: Il Mulino, 2013.
- CORREA CASTRO, David. “Tribunal Constitucional vs. Tribunal Constitucional. A propósito de la reciente sentencia relacionada con el precedente Huatuco”. *Gaceta Constitucional*, n.º 105 (2016): 34-40.
- CRAIG, Paul, “Definition and conceptualization of the Rule of Law and the role of judicial independence therein”. En *Rule of Law in Europe*. Editado por Paul CRAIG, Stanislas ADAM, Nuria DÍAZ ABAD y Lorenzo SALAZAR, 1-14. Bruselas: The European Judicial Training Network, 2019.
- DRINÓCZI, Tímea y Agnieszka BIEN-KACAŁA. *Iliberal constitutionalism in Poland and Hungary*. New York: Routledge, 2022.
- DRINÓCZI, Tímea y Agnieszka BIEN-KACAŁA. *Rule of Law, common values, and liberal constitutionalism*. New York: Routledge, 2021.
- FREEDOM HOUSE, *Freedom in the World 2022. The global expansion of authoritarian rule*. Washington, D.C.: Freedom House, 2022.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *El derecho y sus circunstancias*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio y Rafael Giorgio DALLA-BARBA. *Principios jurídicos. El debate metodológico entre Robert Alexy y Ralf Poscher*. Lima: Palestra, 2022.
- GINSBURG, Tom y Aziz HUQ. *How to save a constitutional democracy*. Chicago: University Chicago Press, 2018.
- GRABER, Mark A., Sanford LEVINSON y Mark TUSHNET. “Constitutional democracy in crisis? Introduction”. En *Constitutional democracy in crisis?*. Editado por Mark A. GRABER, Sanford LEVINSON y Mark TUSHNET, 1-9. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- HUNTINGTON, Samuel P. *La tercera ola. La democratización a finales del siglo XX*. Barcelona: Paidós, 1994.
- IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. “La independencia judicial y los derechos del juez”. En *Los derechos fundamentales de los jueces*. Editado por Alejandro SAIZ ARNAIZ, 46-63. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- KOSAŘ, David y Katarína ŠÍPULOVÁ. “Comparative court-packing”. *International Journal of Constitutional Law* 21, n.º 1 (2023): 80-126.
- KRZYWON, Adam. “El iliberalismo constitucional ha llegado para quedarse. Las experiencias centroeuropeas”. *Revista de Derecho Político*, n.º 113 (2022): 165-191.
- LAPORTA, Francisco. “Sobre la independencia del juez”. *Claves de Razón Práctica*, n.º 265 (2019), 102-115.
- LEÓN PILCO, Roric. “Avance o retroceso en la protección de los derechos contra el despido”. *Gaceta Constitucional*, n.º 105 (2016), 44-54.
- LINARES, Sebastián. “La independencia judicial: conceptualización y medición”. En *Independencia judicial en América Latina. ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?*. Editado por Germán BURGOS S., 107-166. Bogotá: ILSA, 2003.
- NAVARRO, Pablo. “Casos difíciles, lagunas en el derecho y discreción judicial”. En *Sistemas normativos y lagunas en el derecho*, 109-121. Madrid: Marcial Pons, 2022.

- PAPAYANNIS, Diego. “Independencia, imparcialidad y neutralidad en la aplicación del derecho”. En *Pensando al juez*, coord. por Manuel VIAL-DUMAS y Diego MARTÍNEZ ZORRILLA, 131-150. Madrid: Marcial Pons, 2019.
- PAPPAS, Takis S. *Populism and liberal democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- PINO, Giorgio. *El constitucionalismo de los derechos*. Lima: Zela, 2018.
- PRZEWORSKI, Adam. *La crisis de la democracia*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2022.
- ROSENBLATT, Helena. “The history of illiberalism”. En *Routledge Handbook of Illiberalism*. Editado por Andrés SAJÓ, Renáta UITZ y Stephen HOLMES, 16-32. New York: Routledge, 2022.
- PRZEWORSKI, Adam. *¿Por qué tomarse la molestia de hacer elecciones?* Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2019.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *El contrato social*. Madrid: Austral, 2007.
- SADURSKI, Wojciech. *Poland’s constitutional breakdown*. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- SAJÓ, Andrés. *Ruling by cheating. Governance in illiberal democracy*. Cambridge: Cambridge University, 2021.
- SOSA SACIO, Juan Manuel. *Acceso a la justicia constitucional. Procedencia del amparo y del recurso de agravio constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, 2018.
- VERGARA, Alberto. *Repúblicas defraudadas*. Lima: Crítica, 2023.
- ZAKARIA, Fareed. “The rise of illiberal democracy”. *Foreign Affairs* 76, n.º 6 (1997): 22-43.

Jurisprudencia

- CORTE IDH. Caso Colindres Schonenberg vs. El Salvador, Sentencia de 4 de febrero de 2019.
- CORTE IDH. Caso López Lone y otros vs. Honduras, Sentencia de 5 de octubre de 2015.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ. Exp. 00023-2003-PI.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ. Exp. 00003-2022-PC.
- TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, GRAN SALA. Caso Comisión Europea vs. República de Polonia, Sentencia de 24 de junio de 2019.
- TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, GRAN SALA. Caso Baka vs. Hungría, Sentencia de 23 de junio de 2016.

Raul A. Ruiz Aguirre* (Venezuela)
Sebastián J. Zabaleta** (Venezuela)

El amparo constitucional contra el arbitraje: una perspectiva venezolana

RESUMEN

El presente artículo ofrece un examen sobre la situación actual de la aplicación del recurso de amparo constitucional contra el arbitraje en Venezuela; para ello, se realiza un acercamiento al funcionamiento del sistema arbitral en el país, con la finalidad de abordar el desarrollo jurisprudencial que ha tenido el amparo; específicamente, preocupa a los autores el uso del recurso de amparo constitucional en detrimento de la práctica arbitral. Este artículo pretende discernir si el arbitraje ha sido dinamitado bajo la premisa que intenta proteger el recurso de amparo constitucional o si, por el contrario, el recurso de amparo se ha usado apropiadamente.

Palabras clave: arbitraje; amparo constitucional; Venezuela; justicia constitucional.

Constitutional amparo against arbitration: a Venezuelan perspective

ABSTRACT

This article examines the current application of the writ of amparo against arbitration in Venezuela; to this end, the functioning of the arbitration system in the country is reviewed to address the writ's development in case law. Specifically, the authors are concerned about the use of the writ of amparo to the detriment of arbitration practice. This article seeks to discern whether arbitration has been eroded on the premise that intends to protect the writ of or whether, on the contrary, the writ of amparo has been used appropriately.

* Estudiante de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello. raulantonioruizaguirre@gmail.com. Orcid: [0009-0001-6028-7635](https://orcid.org/0009-0001-6028-7635).

** Abogado, Universidad Central de Venezuela. jrzabaleta.50@gmail.com. Orcid: [0004-0272-2346](https://orcid.org/0004-0272-2346).

Keywords: Arbitration; writ of amparo; constitutional justice; Venezuela.

Die Verfassungsbeschwerde gegen Schiedsverfahren: die venezolanische Perspektive

ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Artikel wird die derzeitige Situation der Anwendung der Verfassungsbeschwerde (amparo constitucional) gegen die Schiedsgerichtsbarkeit in Venezuela untersucht. Hierfür wird die Funktionsweise des Schiedsverfahrens in Venezuela untersucht, mit dem Ziel, die rechtswissenschaftliche Entwicklung, die die Verfassungsbeschwerde genommen hat, zu erörtern. Insbesondere befassen sich die Autoren mit der Anwendung der Verfassungsbeschwerde zu Ungunsten der Schiedspraxis. In diesem Artikel soll untersucht werden, ob die Schiedsgerichtsbarkeit solche Verfassungsbeschwerden (amparo constitucional) schützt, oder ob sie in der Praxis angemessen eingesetzt wird.

Schlüsselwörter: Schiedsverfahren; Verfassungsbeschwerde; Verfassung Gerechtigkeit; Venezuela.

Introducción

Mucho se ha discutido sobre el arbitraje y su relación con la justicia y los intereses de los particulares, especialmente teniendo en cuenta su génesis contractual que, de una manera u otra, termina por darle forma al derecho adjetivo aplicable a tales procedimientos;¹ siendo materia de especial estudio las relaciones del arbitraje con el derecho en todas sus vertientes, es relevante estudiar cómo se puede recurrir el producto del arbitraje, que en definitiva es el laudo arbitral.

En el presente trabajo se hace un análisis de la aplicabilidad del recurso de amparo constitucional contra el arbitraje, con especial referencia al caso venezolano. Para realizar dicho análisis, se desarrolla un estudio del sistema arbitral venezolano; específicamente, de la ubicación del arbitraje en el entorno jurídico del país, su consagración constitucional y el desarrollo que ha tenido en los tribunales nacionales.

Para poder tomar una postura sobre el uso del amparo contra el arbitraje es relevante tener siempre en mente la naturaleza del recurso de amparo, pero además comprender la institución arbitral desde sus cimientos hasta su regulación nacional, pues solo con esas nociones claras es posible ahondar en la colisión entre ambas figuras; finalmente, será necesario esbozar, con base en los desarrollos jurisprudenciales expuestos en las líneas que siguen, una conclusión sobre la pregunta que

¹ Emmanuel Gaillard, “The arbitral legal order: evolution and recognition”, en *The Oxford Handbook of International Arbitration*, ed. por Thomas Schultz y Federico Ortino (Reino Unido: Oxford University Press, 2020), 559-564.

plantea este artículo: ¿acaso el uso del amparo constitucional contra arbitrajes opera en detrimento de ese medio alternativo de resolución de conflictos?

Actualmente, no parece ser un hecho controvertido que el arbitraje forma parte del sistema de justicia venezolano,² y es de acuerdo con esa narrativa que debe ser considerado hasta qué punto una visión radical sobre la voluntad de las partes y la preclusión consecuente podría poner en riesgo los derechos fundamentales de las partes en el arbitraje.

También es cierto que, en general, puede sonar contradictorio evaluar si el consenso entre los particulares que deviene en la cláusula arbitral puede generar una situación en la que haya cabida para el recurso de amparo constitucional, ello en virtud de la existencia de un recurso aparentemente más apropiado, que es el de nulidad. A lo largo de este estudio se evalúa de forma reiterativa el valor del acuerdo que da pie al arbitraje y la posición de los intereses fundamentales de cara al procedimiento arbitral.

Para llegar a una conclusión es necesario realizar un amplio estudio de los criterios establecidos en el sistema venezolano la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia; solo luego de un profundo examen de lo dicho por el máximo intérprete de la Constitución de Venezuela es posible fabricar una opinión en cuanto a la consolidación del recurso de amparo constitucional en relación con el arbitraje.

Todo ello para poder responder si el uso del recurso de amparo representa un elemento esencial para la mejoría de la práctica arbitral o si, por el contrario, ha contribuido al empobrecimiento de la misma; para lo cual se analiza especialmente en qué consiste el interés del derecho procesal constitucional en el arbitraje y cuáles son los riesgos que pueden estar asociados al arbitraje, o dicho de otra forma, si en el arbitraje pueden producirse lesiones de los derechos fundamentales que justifiquen el uso del amparo.

1. El sistema arbitral

1.1. El arbitraje como derecho fundamental a la luz de la Constitución de 1999

Para poder explicar el fundamento del arbitraje hoy en día en Venezuela debemos acudir al Texto Fundamental,³ que consagra en su artículo 253 que el sistema de

² Esta afirmación merecería un estudio aparte, pero la Constitución venezolana consagra en sus artículos 253 y 258 que el arbitraje y los medios alternativos de resolución de conflictos son un elemento integrante del sistema de justicia, pero no del Poder Judicial, cuestión que, como se expone más adelante, ha sido ratificada e interpretada en la jurisprudencia nacional.

³ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (*Gaceta Oficial* n.º 36.860, de 30 de diciembre de 1999).

justicia está constituido por los medios alternativos de resolución de conflictos, y en su artículo 258 establece el mandato de promover dichos medios.

Ambas disposiciones les otorgan una calificación constitucional a los medios alternativos de resolución de conflictos,⁴ que es el nombre bajo el cual se ha encuadrado a todos aquellos medios distintos a la llamada jurisdicción ordinaria, la cual es representada por los tribunales de justicia que ordinaria y/o tradicionalmente están llamados a resolver los conflictos entre particulares y que forman parte del monopolio del Estado.

La inclusión expresa de dichos medios y, por tanto, del arbitraje en el texto constitucional implica “un desahogo de esa justicia ordinaria que está sobrecargada de asuntos pendientes de decisión”, y a la vez significó una profundización en el sentido del derecho, es decir, elevó “el fin del Derecho, como lo es la paz social, en perfecta conjunción con el Poder Judicial, que es el que mantiene el monopolio de la tutela coactiva de los derechos y, por ende, de la ejecución forzosa de la sentencia”⁵

Ahora bien, en estricto análisis de nuestra Constitución, la posibilidad de acudir a arbitraje se encuentra justificada por razones de justicia, concretamente en cuanto a la realización de los derechos de acceso a la justicia, tutela jurisdiccional efectiva, debido proceso y petición,⁶ amparados en los artículos 26, 49 y 51 de nuestra Carta Magna, en consonancia con la ya mencionada obligación de promover los medios alternativos de resolución de conflictos por parte del poder público, en este caso, el arbitraje. Puesto que para los interesados en dirimir sus controversias siempre debe existir la posibilidad de acudir a la jurisdicción arbitral, así como a la ordinaria, por mandato constitucional.

Así las cosas, en la opinión de quienes escriben y conforme con la doctrina, el derecho al arbitraje se reconoce en el sistema venezolano como un despliegue del derecho fundamental de acceso a la justicia y a la tutela jurisdiccional efectiva, inherentes a toda persona. En desarrollo de lo anterior, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha reafirmado la existencia de un derecho fundamental consistente en la posibilidad de acceder a los medios alternativos de resolución

⁴ Sobre el uso de los medios alternativos de resolución de conflictos y la administración de justicia *cfr.* Michael Palmer y Simon Roberts, *Dispute Processes: ADR and the Primary Forms of Decision Making* (London: Butterworths, 1998), 44 y ss.; Francisco Hung Vaillant, *Notas sobre el arbitraje en el sistema venezolano* (Caracas: Dahbar, 2022), 44-46.

⁵ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia 1136/2011, de 13 de julio de 2011. Como ha sido afirmado por Rosnell Carrasco Baptista, “Justicia constitucional y arbitraje”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, n.º 74 (2019-2020): 873-897.

⁶ Eugenio Hernández Bretón, “Arbitraje y Constitución: el arbitraje como derecho fundamental”, en *Arbitraje comercial interno e internacional: reflexiones teóricas y experiencias prácticas* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales-Comité Venezolano de Arbitraje, 2005), 27.

de conflictos, entre ellos el arbitraje,⁷ acogiendo así el principio proarbitraje⁸ en diversos fallos,⁹ lo cual conlleva una aplicación e interpretación normativa en beneficio de ese medio alternativo.

Recientemente, la Sala afianzó su criterio y estableció que el arbitraje es un derecho fundamental de rango constitucional relacionado con el acceso a la justicia que se desprende de los artículos 26 y 257 de la Carta Magna, por lo que cualquier acto que violente ese derecho es nulo de conformidad con lo establecido en el artículo 25 *eiusdem*.¹⁰ En definitiva, a pesar de que nuestra Constitución no contempla el derecho al arbitraje expresamente, esto no menoscaba su existencia, vigencia y exigibilidad.¹¹

Este breve pero relevante análisis pone de manifiesto una realidad llamada a ser considerada en este estudio: en el ordenamiento jurídico venezolano existe un interés fundamental hacia el arbitraje; dicho interés corresponde a un derecho autónomo, que además comporta una conexión expansiva del derecho de acceso a la justicia en conjunto con otros derechos fundamentales. Siendo ello así, la cuestión de rigor para este trabajo se hace aún más evidente: ¿acaso el uso del amparo constitucional en procedimientos arbitrales puede llegar a representar una lesión del derecho al arbitraje consagrado constitucionalmente?

1.2. El recurso contra el arbitraje

En un esfuerzo por dejar claras las ideas que rodean cualquier análisis sobre el uso del amparo constitucional contra el arbitraje, es necesario profundizar en algunas

⁷ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia 1.136/2011, de 13 de julio de 2011.

⁸ Andrea Cruz y Gabriel Sira, “El arbitraje según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”, en *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, n.º 1 (2020): 323-365; Hernando Díaz-Candia, *El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje (Teoría general del arbitraje)* (Caracas: Legis, 2016), 277-278.

⁹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia 462/2010, de 20 de mayo de 2010; Sentencia 1.121/2007, de 20 de junio de 2007; Sentencia 1.541/2008, de 17 de octubre de 2008. Es menester mencionar que, a raíz de los fallos citados, la Sala cambia su criterio reiterado establecido en las decisiones 1.139/2000, de 5 de octubre de 2000, y 2.731/2001, de 18 de diciembre de 2001, de considerar el arbitraje como una excepción de los tribunales ordinarios del país para resolver controversias. Asimismo, en decisiones como la 572/2005, de 22 de abril de 2005, se reconocen las potestades públicas ejercidas por la justicia arbitral revestidas de carácter jurisdiccional –conocer y decidir–, sosteniendo la imperiosa necesidad de abandonar toda percepción que reduzca la utilidad de la institución arbitral, especialmente, su fenómeno contractual, a pesar de que su fundamento sea de tal naturaleza.

¹⁰ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia 702/2018, de 18 de octubre de 2018; Sentencia 1.067/2010, de 3 de noviembre de 2010.

¹¹ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, artículo 22; Francisco González de Cossío, “El derecho humano arbitral: el derecho fundamental a contar con procesos arbitrales libres de interferencia judicial”, conferencia, XIV Congreso Nacional de Abogados, 7 y 8 de noviembre de 2014.

ideas que son esenciales sobre este medio alternativo. Siguiendo esa consideración, el elemento volitivo que está presente en el arbitraje y que se expande a sus etapas, implicando así el sometimiento voluntario a la jurisdicción arbitral, es algo que guarda especial relevancia con la sustanciación de procedimientos arbitrales.

Cuando se habla de arbitraje, el acuerdo de voluntades se encuentra en el centro del procedimiento arbitral; precisamente por eso suena tan acertado decir: “Si uno cree en la ley y en los mecanismos civilizados para resolver controversias, entonces no sólo se debe creer en ellos cuando se gana sino también cuando se pierde”.¹²

La decisión que resuelve quién gana y quién pierde en un arbitraje recibe el nombre de laudo final; aunque el tribunal arbitral también puede dictar laudos incidentales, los cuales reciben el nombre de laudos interlocutorios, parciales o cautelares. De manera que, al ser el laudo la decisión que pone fin al procedimiento iniciado tomando como base la voluntad de las partes, no resulta extraño que se afirme de forma reiterada e incisiva que el laudo solo es recurrible cuando es inválido y no cuando es desfavorable.¹³

La afirmación anterior encuentra sentido en el elemento volitivo que da nacimiento y forma al arbitraje, pues en definitiva son las partes quienes eligen someterse a un medio alternativo y, en virtud de ello, la decisión por la que su controversia es dirimida representa la cristalización del acuerdo de voluntades que dio inicio al arbitraje; en consecuencia, recurrir de amparo el laudo puede ser una lesión contra dicho acuerdo e incluso contra su naturaleza de justicia alternativa, privada, célere y expedita, al menos si la razón para ello es el descontento de la parte con la decisión.

Por eso, contra el arbitraje solo procede el recurso de nulidad y, como afirma Mezgravis, es este recurso el adecuado para la defensa de los derechos e intereses que pudieren llegar a estar en juego en el arbitraje: “Las causales de nulidad, a pesar de ser taxativas, son lo suficientemente amplias para que en ellas se pueda subsumir cualquier eventual violación a los derechos y garantías fundamentales”.¹⁴

¹² Citado por Andrés A. Mezgravis, Marcos Carrillo y Pedro Saghy, “El recurso de nulidad contra el laudo arbitral”, en *El arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*, coord. por Luis Alfredo Araque Benzo et al. (Caracas: Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas-Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje-Club Español de Arbitraje, 2013), 504. Publicación original disponible en Colprensa, “Se debe acatar el fallo de La Haya: Néstor Raúl Correa”, *El Universal*, 20 de noviembre de 2012, consultado el 27 de agosto de 2023, <https://www.eluniversal.com.co/colombia/se-debe-acatar-el-fallo-de-la-haya-nessor-raul-correa-98918-EAEU184275>.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Andrés Mezgravis, “El amparo constitucional y el arbitraje”, *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 6 (1999): 269. Al respecto, señalamos que la taxatividad de las causales de nulidad bajo ningún concepto reduce o limita el número de supuestos que pueden ser cobijados por tales causales; y cfr. María Candelaria Domínguez Guillén, “La indefensión y la inmotivación como causa de nulidad del laudo arbitral en el derecho venezolano”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 31 (2016): 237-238.

El régimen para recurrir el laudo arbitral se encuentra establecido en el artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial¹⁵ venezolana, en el cual se prevén seis supuestos bajo los cuales es posible introducir un recurso de nulidad contra el laudo; la Ley toma como referencia el artículo 34 de la Ley Modelo de Arbitraje hecha por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y, en particular, las causales de la ley venezolana han sido objeto de múltiples comentarios.

Son esas causales las que representan la posibilidad de recurrir el laudo, pues abarcan en su totalidad las cuestiones que afectan en forma sustancial el arbitraje; así por ejemplo, la falta de capacidad para contratar es un vicio que deviene en la nulidad del acuerdo arbitral; el error en la notificación representa una afrenta a la sustanciación del procedimiento arbitral al comprobarse que en el procedimiento una de las partes sufrió el desmembramiento de su derecho a la debida defensa; el incumplimiento con el marco legal representaría un atentado contra la seguridad jurídica de las partes; si la materia no es arbitrable, es decir, transigible, deja de ser parte de los derechos disponibles para la resolución del conflicto; y, por último, contrariar el orden público siempre es una cuestión de controvertida aceptación.¹⁶

Por lo anterior, parece obvio que al pensar en la posibilidad de recurrir el laudo arbitral o controvertir su contenido el legislador dejó claro que solo puede ser por vía del recurso de nulidad, cosa que en la apreciación de los autores se colige de la inminente presencia de la voluntad de las partes que hace valer el arbitraje y que además responde a la protección fundamental que recibe ese medio alternativo; retomando lo dicho anteriormente, esta serie de ideas ponen de manifiesto lo irrisorio que suena apriorísticamente pensar en la posibilidad de recurrir de amparo un laudo arbitral o un arbitraje.

2. El control del arbitraje por medio de la justicia constitucional

Habida cuenta de los elementos que componen el fundamento jurídico del arbitraje y el medio apropiado para recurrir el laudo arbitral, debemos concentrarnos en el estudio de la relación entre la justicia constitucional y el control del arbitraje. Si bien este capítulo versa específicamente sobre el amparo, consideramos relevante entender cómo, a raíz del llamado reconocimiento constitucional del arbitraje, se ha creado un puente entre ambos sectores.

¹⁵ Ley de Arbitraje Comercial (*Gaceta Oficial*, n.º 36.430, de 7 de abril de 1998).

¹⁶ Magdalena Maninat Lizarraga, “Uso y abuso del orden público en los procedimientos de reconocimiento y ejecución bajo la Convención de Nueva York y en los procedimientos de anulación y sus consecuencias para el arbitraje”, en *XII Jornada Aníbal Dominici en Homenaje a Eugenio Hernández-Breton*, coord. por José G. Salaverría L. (Caracas: Abediciones, 2022), 341-366.

Es claro que la constitucionalización del arbitraje trajo consigo amplios beneficios al considerarlo un derecho fundamental de rango constitucional que debe ser promovido y estimulado por el poder público en pleno, en especial por los poderes Judicial y Legislativo.

Como se comentó en líneas anteriores, el sistema arbitral venezolano está inspirado en la Ley Modelo,¹⁷ concentrándose así en la Ley de Arbitraje Comercial, la cual acoge el principio de la recurribilidad excepcional del laudo arbitral.¹⁸ A tal efecto se reitera que contra el laudo arbitral, en un inicio, solo procede el recurso de nulidad por las causales previstas en la Ley; así pues, este mandato es conteste con el arbitraje como un medio heterocompositivo, donde las partes acuerdan resolver sus controversias por un procedimiento propio en virtud del cual renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces ordinarios.

Pese a la claridad de la Ley sobre la recurribilidad del laudo, aún existe debate sobre la posibilidad de impugnarlo mediante otros recursos distintos al recurso de nulidad, esto debido a los criterios forjados por el Tribunal Supremo de Justicia, donde la falta de seguridad y certeza jurídica ha reinado. A criterio de estos autores, los laudos arbitrales, al ser dictados fuera de la jurisdicción ordinaria, no permiten un control de grado superior, pues la posibilidad de ejercer recursos ordinarios o extraordinarios contra los laudos arbitrales desvirtuaría la intención del legislador.

Una cuestión diferente es cuando se tiene una sentencia dictada con ocasión de la pretensión de nulidad de un laudo arbitral, en la que interviene un juez superior competente del lugar en que se profirió el laudo, a fin de verificar que se cumplan las exigencias mínimas que debe tener el laudo arbitral para equipararse a una sentencia con fuerza de cosa juzgada.

Los vaivenes de la jurisprudencia constitucional no solo han reforzado la institución arbitral, sino que también han debilitado su naturaleza privada y alternativa con respecto a la jurisdicción ordinaria; concretamente respecto al control que puede ejercer la jurisdicción ordinaria sobre el laudo o el procedimiento arbitral, todo ello sin pretensión alguna de negar la indubitable colaboración existente entre ambas; tales son los casos, por un lado, de la ejecución forzosa de laudos arbitrales y, por el otro, del descongestionamiento del poder judicial.

Por ello es que en las próximas líneas analizaremos brevemente los criterios que se han establecido sobre la recurribilidad del laudo en relación con los recursos que se ventilan ante la justicia constitucional.

¹⁷ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 21 de junio de 1985, con enmiendas adoptadas en 2006.

¹⁸ Ley de Arbitraje Comercial, artículo 44.

2.1. El recurso de amparo constitucional

Antes de entrar de lleno a revisar la jurisprudencia nacional, parece necesario esbozar una breve reseña sobre lo que es el recurso de amparo constitucional en Venezuela, recurso que representa un derecho consagrado constitucionalmente. Y, precisamente por su protección en el Texto Fundamental y por la paralela protección en este de los medios alternativos de resolución de conflictos (MARC), se presenta el dilema sobre la procedencia del amparo contra el arbitraje.

En Venezuela, el artículo 27 constitucional prevé el derecho¹⁹ a un recurso breve, oral, gratuito y sencillo, que recibe el nombre de amparo constitucional,²⁰ distinguido por ser una herramienta urgente y excepcional para restablecer el goce de los derechos. Este recurso extraordinario tiene la finalidad de proteger los derechos e intereses fundamentales de las personas cobijadas por la Constitución venezolana, y desde su concepción en la Ley Orgánica de 1988 se prevé que el recurso pueda ser usado contra decisiones o actos judiciales, lo cual se ha extendido por vía de jurisprudencia al arbitraje;²¹ pero este escenario es uno excepcionalísimo, que debe siempre mirarse con cuidado y que, como se analiza en este estudio, puede representar un riesgo para la seguridad jurídica.²²

Lo anterior resulta especialmente relevante al considerar que, de no ser así, el amparo sería una apelación todopoderosa que pondría en riesgo el sistema judicial. Si bien el recurso de amparo es un derecho fundamental que se materializa a través

¹⁹ Rafael Chavero Gazdik, *El nuevo régimen de amparo constitucional en Venezuela* (Caracas: Sherwood, 2001), 33; Allan Brewer-Carías, *Derecho de amparo y acción de amparo constitucional* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales-Jurídica Venezolana, 2021), 232-233; Carlos Ayala Corao y Rafael Chavero Gazdik, "El amparo en Venezuela", en *El derecho de amparo en el mundo*, coord. por Héctor Fix-Zamudio y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México: Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México-Fundación Konrad Adenauer, 2006), 655-658; y además véanse, al respecto, Tribunal Supremo de Justicia, Sala Política Administrativa, Sentencia 402/2001, de 20 de marzo de 2001, y Sentencia 368/2004, de 21 de abril de 2004.

²⁰ Chavero Gazdik, *El nuevo régimen de amparo constitucional en Venezuela*, 21.

²¹ Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (*Gaceta Oficial*, n.º 33.981, de 22 de enero de 1988). Artículo 4. Conviene acotar que la violación o amenaza de los derechos fundamentales, el urgente restablecimiento de la situación jurídica infringida, la eventual irreparabilidad del daño y la circunstancial ineficacia de las vías judiciales ordinarias o extraordinarias; determinan la admisibilidad y procedencia del amparo en todas y cada una de sus modalidades.

²² Ayala Corao y Chavero Gazdik, "El amparo en Venezuela", 679. Por vía de jurisprudencia véase Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia 939/2000, de 9 de agosto de 2000; Sentencia 963/2001, de 5 de junio de 2001; Sentencia 3.435/2003, de 8 de diciembre 2003. Al respecto, en otras oportunidades se ha evaluado cómo el recurso de amparo constitucional ha sido utilizado en detrimento del Estado de derecho en el caso de Venezuela: véase Amado José Carrillo Gómez, "Los excesos de la jurisdicción constitucional en las decisiones de amparo constitucional por parte de las salas del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela como forma de activismo judicial desbordado y expresión de un Estado fallido", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXVI (2020), 339-360.

de la pretensión de proteger otro derecho, debe ser usado solo cuando la situación jurídica infringida así lo amerite y otro medio no logre asegurar la eficacia requerida para lograr una verdadera protección de los intereses fundamentales puestos en riesgo por la conducta del Estado o de particulares.

2.2. Otras formas de intervención de la justicia constitucional

El avocamiento. Se trata de una facultad extraordinaria que implica la posibilidad de que cualquiera de las salas del Tribunal del Supremo de Justicia asuma el conocimiento directo de un asunto que se está tramitando ante otro tribunal de inferior jerarquía en el Poder Judicial.²³

Así pues, este remedio procesal se divide en dos fases: i) en una primera fase, la Sala analiza la admisibilidad de la solicitud de avocamiento, y ii) en una segunda fase, que dependerá de si la Sala consideró admisible la solicitud, podrá requerir el expediente, pudiendo suspender inmediatamente el curso de la causa, decretar la nulidad de ciertos actos, remitir la causa a otro tribunal competente, decidir el fondo o devolver el asunto al tribunal de origen, *ex* artículo 108 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

El avocamiento debe ser ejercido con suma prudencia y solo en caso de graves desórdenes procesales o de escandalosas violaciones al ordenamiento jurídico, que perjudiquen manifiestamente la imagen del Poder Judicial, la paz pública o la institucionalidad democrática.²⁴

Aun así, en el año 2020, por primera vez, se presentó una solicitud de avocamiento en la Sala Constitucional, en el marco de un procedimiento arbitral que se ventilaba en un tribunal arbitral del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (Cedca), con el fin de que ella decidiera sobre el fondo de la controversia, en una contravención clara de la Constitución y los preceptos que hemos descrito ampliamente en este trabajo.²⁵ Frente a esto, la Sala solicitó la remisión del expediente para analizar el caso y decidir sobre la solicitud de avocamiento, e igualmente acordó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de arbitraje y los actos de ejecución hasta tanto decidiera la solicitud.

Tal decisión de la Sala Constitucional supuso una perversión del arbitraje en Venezuela, ya que ni siquiera existía un laudo, y se atacó directamente el procedimiento, específicamente “el borrador del laudo”, desconociendo así la relación reconocida por la Sala, esto es, de colaboración, que debe existir entre la jurisdicción ordinaria

²³ Rafael Chavero Gazdik, *El control constitucional de las decisiones judiciales* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana-Centro para la Integración y el Derecho Público, 2018), 37-109.

²⁴ Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (*Gaceta Oficial*, n.º 39.522, de 1 de octubre de 2010), artículo 107.

²⁵ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia 42/2020, de 20 de febrero de 2020.

y la arbitral, transgrediendo el principio de intervención mínima de los tribunales de la República en el arbitraje.²⁶

Finalmente, luego de un año, en la segunda fase del avocamiento, tras la suspensión del procedimiento, la Sala Constitucional declaró²⁷ inadmisibile la solicitud, reconociendo, a su vez, que los tribunales arbitrales no son tribunales inferiores de la República y que no existe una relación de subordinación, sino una relación de colaboración respecto del Poder Judicial. Lo anterior dejó sin efecto la medida cautelar decretada y ordenó la inmediata remisión del expediente al Cedca a fin de que el procedimiento continuara en el estado en que se encontraba antes de su suspensión.

Ahora bien, a pesar de que la Sala decretó la inadmisibilidad de la solicitud, por encontrarla infundada, entró a revisar el objeto del avocamiento. De esta manera, se configuró una intromisión negativa en el arbitraje que terminó conculcando la celeridad y eficacia de la institución arbitral. La Sala se abstuvo de tomar una postura firme al respecto. Esto se ve reflejado en una reciente decisión del Tribunal Supremo de Justicia,²⁸ donde aquella procedió a avocarse a un conflicto conocido en un tribunal arbitral, situación que podría ser considerada como una violación del principio de confianza legítima y expectativa plausible, si tomamos en cuenta el primer criterio descrito.

La revisión constitucional. Como ya se ha indicado anteriormente, la posibilidad de que el laudo sea revisado mediante otro recurso que no sea el de nulidad debe ser descartada, pero respecto a la decisión que resuelve el recurso de nulidad es totalmente viable la revisión constitucional.²⁹

Así, la revisión constitucional se erige como un medio extraordinario de impugnación, exclusivo de la Sala Constitucional, de carácter excepcional, por medio del cual se somete a consideración una controversia ya resuelta por otro tribunal o sala mediante una sentencia con carácter de cosa juzgada, con el objeto de evaluar su adecuación a los principios y a la doctrina constitucional desarrollada por la propia Sala,³⁰ en interpretación del Texto Fundamental, a los fines de consolidar criterios uniformes.

Sus presupuestos de procedencia son los siguientes: i) que la solicitud verse sobre una sentencia, es decir, que tenga por objeto las decisiones que se dictan como

²⁶ Gary Born, "The principle of judicial non-interference in international arbitral proceedings", *International Litigation & Arbitration* 30, n.º 4 (2014): 1000.

²⁷ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia 151/2021, de 30 de abril de 2021.

²⁸ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia 1.239/2023 de 14 de agosto de 2023.

²⁹ Rafael Badell Madrid, "El recurso de revisión constitucional en el arbitraje", *Revista del Comité de Arbitraje de Venamcham*, n.º 2 (2010-2011): 17. El mismo autor ha profundizado al respecto, ver: Rafael Badell Madrid, *Derecho Procesal Constitucional* (Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2020), 427-428.

³⁰ Chavero Gazdik, *El control constitucional de las decisiones judiciales*, 117-142.

consecuencia del ejercicio de la potestad jurisdiccional del Estado; ii) que dicha decisión emane del Poder Judicial. Tanto la Constitución (art. 336.10) como la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (art. 25.10) hacen expresa mención a que la potestad de revisión recae sobre las decisiones jurisdiccionales que dictan los órganos del Poder Judicial, es decir, los distintos tribunales de la República; y, por último, iii) que la decisión se encuentre definitivamente firme, lo cual supone un fallo contra el cual no existen o se han agotado los respectivos medios de impugnación.

La Sala ha precisado al respecto que “si bien los laudos arbitrales [...] son una manifestación de la función jurisdiccional, no emanan del Poder Judicial y, en consecuencia, no se ajustan al elemento orgánico que determina el segundo supuesto de la revisión constitucional”,³¹ concluyendo en la inadmisibilidad de dicha revisión; empero, posteriormente y en contradicción del criterio anterior, señaló:

... que una vez dictado el laudo arbitral definitivo, la respectiva impugnación del mismo, de considerarse pertinente, procedería bien por la vía ordinaria ante la interposición de un eventual recurso de nulidad de laudo arbitral de conformidad con lo establecido en la Ley de Arbitraje Comercial, o bien por vía excepcional a través del ejercicio de una acción de amparo constitucional o mediante el mecanismo de revisión constitucional.³²

En suma, los últimos criterios de la Sala Constitucional sobre el control constitucional del arbitraje no han sido nada pacíficos, y han sido incluso contradictorios, olvidando lo que tanto afirmara aquella en sus fallos, en el sentido de que “la justicia arbitral forma parte del sistema de justicia, pero no del Poder Judicial”; esto al fomentar una injerencia de dicho Poder a través de la implementación de recursos que en realidad están limitados a las decisiones de los tribunales de la República por ley,³³ comprometiendo con ello la práctica arbitral y cercenando su amplio desarrollo como una justicia privada.³⁴

³¹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia 443/2013, de 6 de mayo de 2013. Aunado a este criterio, véase la Sentencia 192/2008, de 28 de febrero de 2008.

³² Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia 151/2021, de 30 de abril de 2021, Sentencia 347/2018, de 11 de mayo de 2018, y Sentencia 1.773/2011, de 30 de noviembre de 2011. Para controvertir el laudo, además de las causales contenidas en el artículo 44 de la Ley de Arbitraje Comercial, se estableció que se pueden ejercer la acción de amparo o la revisión constitucional, siempre y cuando estén presentes los supuestos que, de acuerdo con la Ley y el desarrollo jurisprudencial de la Sala Constitucional, las harían precedentes.

³³ James Otis Rodner, “La anulación del laudo arbitral”, en *Estudios de derecho procesal civil. Libro homenaje a Humberto Cuenca* (Caracas: Tribunal Supremo de Justicia, 2002), 827.

³⁴ Gerardo Fernández Villegas, *Manual de derecho constitucional. Parte orgánica de la Constitución de 1999* (Caracas: Universidad Católica Andrés Bello-Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2020), 174-179.

3. La “amparización” del arbitraje

Luego de estudiar el recurso de amparo constitucional, las fluctuaciones entre la justicia constitucional y el arbitraje, y la consagración fundamental del medio alternativo en el ordenamiento jurídico venezolano, resulta posible adentrarse en los criterios desarrollados en relación con el amparo constitucional contra el arbitraje.

En ese sentido, es posible clasificar la jurisprudencia nacional emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia y de otros tribunales en tres grandes grupos: i) amparos intentados contra actas de misión, ii) amparos intentados contra laudos interlocutorios, parciales o cautelares y iii) amparos intentados contra laudos finales.

3.1. Amparos constitucionales contra actas de misión

Las actas de misión, también llamadas términos de referencia o primeras órdenes procesales, son el documento que nace de la primera audiencia arbitral luego de constituido el tribunal;³⁵ en ellas se delimita la controversia y se determinan las formalidades del procedimiento, es decir, el derecho aplicable, las reglas procedimentales, el objeto del conflicto, en algunas ocasiones las pruebas que deben ser introducidas y otros elementos de relevancia.

Este primer documento no suele ser objeto de excesiva crítica o disconformidad de las partes, por cuanto representa tan solo el inicio del procedimiento. Pero en el año 2001 se intentó el primer recurso de amparo constitucional contra un acta de misión; así, en el recurso intentado por la Compañía Anónima Venezolana de Televisión (VTV), los quejosos alegaron que el acta de misión violaba el derecho al juez natural, el derecho de petición, el derecho de acceso al sistema de administración de justicia y otros derechos fundamentales.³⁶

Aunque la Sala declaró inadmisibile el amparo por ser necesario el agotamiento de los medios ordinarios y por haber interpuesto anteriormente el accionante un recurso de nulidad contra el laudo arbitral,³⁷ la sentencia dejó por sentado que las actuaciones de los tribunales arbitrales pueden ser objeto de amparo constitucional al estar sujetas a la aplicación de las normas y los principios constitucionales; ello a la luz de una interpretación del artículo 26 de la Constitución y del artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

³⁵ Luis Alfredo Araque Benzo, *Manual del arbitraje comercial* (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2011), 109-110; Hung Vaillant, *Notas sobre el arbitraje en el sistema venezolano*, 212-213.

³⁶ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia 1.981/2001, de 16 de octubre de 2001.

³⁷ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político Administrativa, Sentencia 855/2006, de 5 de abril de 2006.

En otras palabras, el máximo intérprete de la Constitución venezolana señaló que el acta de misión puede ser objeto de amparo por cuanto esa Sala está llamada a impartir justicia y a preservar la independencia y soberanía de la nación, así como la vigencia de los presupuestos constitucionales, afirmando entre líneas la superioridad del Poder Judicial respecto de los tribunales arbitrales.

En 2013, la Sala Constitucional decide un amparo en apelación contra la decisión del 26 de enero de 2010 del Juzgado Superior Sexto, mediante la cual se declaró improcedente el amparo interpuesto por Promociones 1T.T., C.A. en resguardo de sus derechos en el marco de un procedimiento arbitral. El amparo intentado por Promociones 1T.T., C.A. denunciaba varias situaciones, pero entre sus denuncias más relevantes se encontraba la que iba dirigida contra el acta de misión, ya que, en la voz de los accionantes, esa acta de misión violentó sus derechos al no establecer de manera expresa ciertos puntos y, consecuentemente, determinando que el arbitraje fuese de equidad, ignorando lo solicitado por Promociones 1T.T., C.A. La Sala Constitucional corroboró que la accionante ya había intentado un recurso de nulidad contra el laudo, razón por la cual la Sala terminó por declarar como inadmisibile el amparo, pues si en verdad existía una situación jurídica infringida, la misma ya no podía ser restablecida por existir una decisión firme sobre el recurso de nulidad, *ex* artículo 6.3 de la Ley de Amparo.³⁸

Los amparos contra actas de misión representan, entonces, una rareza en la jurisprudencia venezolana. Ahora bien, los criterios sostenidos en el Caso Compañía Anónima Venezolana de Televisión influyeron en el Caso Grupo GECC, C.A. en 2022. En este, antes de firmar el acta de misión, el Centro de Arbitraje abrió una incidencia para determinar la posibilidad de reformar la demanda luego de consignada la contestación por los demandados; los mismos intentaron un amparo constitucional ante el Juzgado Superior Octavo en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en donde obtuvieron una sentencia favorable que declaró la admisibilidad del amparo, tomando como base el criterio establecido en el año 2001.³⁹

Sin embargo, en el amparo en apelación intentado contra esa sentencia, la Sala Constitucional revocó el amparo acordado por el Juzgado en virtud de que, en cualquier caso, el laudo final resultante del arbitraje sería recurrible de nulidad; como fundamento de su decisión es posible ubicar el artículo 6, numeral 5 de la Ley Orgánica de Amparo, el cual establece como requisito el agotamiento de los recursos disponibles y consagra el carácter extraordinario del recurso de amparo

³⁸ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia n.º 797/2013, de 21 de junio de 2013.

³⁹ Juzgado Superior Octavo en lo Civil, Mercantil, de Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Exp. AP71-O-2022-000016, de 10 de agosto de 2022.

constitucional.⁴⁰ Asimismo, la Sala destacó las características propias y flexibles del sistema arbitral, sobre lo cual reiteró que no se puede pretender trasladar los remedios naturales, así como los formalismos de la jurisdicción ordinaria a la arbitral.

De hecho, el operador judicial en el Caso Grupo GECC, C.A. afirmó con mucha razón que el sistema arbitral está constituido sobre las premisas de no intervención judicial y complementariedad entre la jurisdicción ordinaria y la arbitral, y que, en consecuencia, permitir la injerencia de la jurisdicción constitucional en cualquier decisión adoptada por los tribunales arbitrales no solo afecta el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y de acceder a los medios alternativos de resolución de conflictos, sino también el principio pro arbitraje contenido en el artículo 258 de la Constitución y la doctrina que ha desarrollado la Sala sobre el mismo.

Así, es posible apreciar que la jurisprudencia venezolana ha admitido el extraño caso de amparos constitucionales contra actas de misión, bajo la extensión del derecho de acceso a la justicia y a la tutela jurisdiccional efectiva. Sin embargo, los sentenciadores nacionales han sido reiterativos en la necesidad de agotar los recursos disponibles, ello siguiendo lo dispuesto en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, e incluso han sostenido con mucho acierto que el arbitraje está construido sobre la premisa de no intervención de la jurisdicción ordinaria.

3.2. Amparos constitucionales contra laudos interlocutorios parciales o cautelares

Por laudos interlocutorios o parciales deben entenderse todos aquellos laudos dictados por el tribunal arbitral que tienen por objeto resolver una incidencia dentro del procedimiento; mientras que por laudos cautelares se deben entender todos los laudos que, sin ser finales, otorgan una medida que debe ser ejecutada en conjunto con la jurisdicción ordinaria y que se encuentra dirigida a asegurar los resultados del procedimiento arbitral.

En el año 2003 fue decidido el amparo en consulta intentado por Consorcio Barr, C.A.⁴¹ contra un laudo parcial del 10 de octubre de 2002 que afirmaba la jurisdicción del tribunal arbitral y ordenaba a la sociedad mercantil abstenerse de intentar otro recurso en los tribunales de Venezuela. La Sala Constitucional dictaminó que el amparo era inadmisibile por dos razones: i) porque el laudo no iba a poder ser ejecutado en Venezuela de conformidad con el artículo 49.d de la Ley de Arbitraje Comercial, y ii) en virtud de la regulación de jurisdicción ejercida por la Sala

⁴⁰ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia 1.191/2022, de 15 de diciembre de 2022.

⁴¹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia 2.346/2003, de 26 de agosto de 2003.

Político-Administrativa, la cual declaró que la jurisdicción pertenecía a los tribunales de la República por cuanto la manifestación de voluntad debe ser inequívoca.⁴²

El Caso Consorcio Barr, C.A. es uno de especial relevancia y de particular estudio, puesto que el contrato contenía una cláusula arbitral y luego una cláusula que confería jurisdicción no excluyente a los tribunales de Venezuela.⁴³ Ante esta confusión y en virtud del laudo parcial,⁴⁴ la Sala Político-Administrativa declaró que la jurisdicción correspondía a los tribunales de la República.

Por ello, en Sentencia 2.346/2003, la Sala Constitucional revocó la sentencia de primera instancia que declaraba admisible el amparo y lo declaró inadmisibile, pues a criterio del sentenciador la situación jurídica infringida ya había cesado y Consorcio Barr, C.A. no estaba obligado a acatar lo dispuesto por el tribunal arbitral. Es decir, la Sala declaró inadmisibile el amparo que intentó Consorcio Barr, C.A. por cuanto no existía objetivamente una situación jurídica infringida y, en el caso de que existiera, ello se encontraba fuera de los límites que podría haber decidido el tribunal arbitral.

De este caso vale la pena rescatar que la Sala Constitucional ratificó el criterio expuesto en el Caso Compañía Anónima Venezolana de Televisión, al expresar que podría, pero no es procedente la solicitud de amparo constitucional contra un laudo arbitral en virtud del artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo.

Al analizar la decisión del máximo tribunal del país observamos que, en un primer momento, mal podría pensarse que la lesión constitucional resulta ilusoria, pues sin duda aquel sería un debate lleno de vida. Empero, observamos que, como lo afirmó en su momento Madrid Martínez, contra la medida cautelar dictada por un tribunal arbitral solo cabe el amparo;⁴⁵ así también lo ha admitido la jurisprudencia nacional,⁴⁶ y por eso parece ser apropiado el recurso de amparo contra las medidas cautelares que sin duda, al ser dictadas, podrían poner en riesgo a los particulares.⁴⁷

⁴² Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, Sentencia 476/2003, de 25 de marzo de 2003.

⁴³ Este caso tuvo una notoria actividad judicial, con múltiples demandas en Estados Unidos y Venezuela, interpuestas por Consorcio Barr; todo para determinar a cuál tribunal pertenecía la jurisdicción: si a los venezolanos, si al arbitral o si a los estadounidenses.

⁴⁴ American Arbitration Association (AAA), Four Seasons Caracas C.A., Four Seasons Hotels and Resorts, B.V. and Four Seasons Hotel Limited vs. Consorcio Barr S.A., Caso n.º 50-T-180-00550-01, Laudo parcial de 10 de octubre de 2002.

⁴⁵ Claudia Madrid Martínez, "Medidas cautelares y arbitraje. Especial referencia a la Ley de Arbitraje Comercial", en *Liber amicorum. Homenaje a la obra científica y académica de la profesora Tatiana B. de Maekelt*, t. II, (Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2001), 109.

⁴⁶ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia 894/2012, de 27 de junio de 2012.

⁴⁷ Sobre el tema de la situación del tercero y su oponibilidad a la medida cautelar *cfr.* Jorge I. González Carvajal, "Artículo 26", en *Comentarios a la Ley de Arbitraje Comercial Venezolana*, t. II, coord. por Caterina Jordan Procopio y Fernando Sanquirico Pittevil (Caracas: Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Monteávila, 2023), 1064-1071.

De esta manera, tan solo un año después, Consorcio Barr, C.A. intentó otro recurso de amparo constitucional contra un segundo laudo parcial del 22 de mayo de 2003, mediante la cual los integrantes del tribunal arbitral acuerdan no separarse, ni inhibirse del procedimiento arbitral ante la solicitud hecha por Consorcio Barr, C.A.;⁴⁸ a la luz de esta realidad, el recurso de amparo fue introducido en el Juzgado Superior Décimo y luego distribuido al Juzgado Superior Sexto, donde sería declarado improcedente.

La representación judicial apeló contra la decisión de este último y la Sala Constitucional reconoció que la intención del tribunal arbitral de ratificar las medidas acordadas el 10 de octubre de 2002 representaba una posible lesión a los derechos constitucionales de Consorcio Barr, C.A., por cuanto podía terminar dilatando o entorpeciendo los procesos en el foro nacional; otorgó entonces el amparo, revocando la sentencia del Juzgado, y ordenó a los tribunales de la República seguir conociendo de las demandas introducidas por Consorcio Barr, C.A.⁴⁹

Siguiendo en el tiempo, Procter & Gamble de Venezuela, C.A. intentó un amparo constitucional contra un laudo interlocutorio mediante el cual el tribunal arbitral *ad hoc* se resistió a la recusación de un árbitro; dicho amparo fue decidido por el Juzgado Superior Octavo, que lo declaró inadmisibile por considerar que Procter & Gamble tenía que haber intentado los recursos ordinarios a su disposición, especialmente, porque ya se había emitido el laudo final.⁵⁰

En fe de ello, la Sala Constitucional, al examinar el amparo en apelación, dictaminó que el *a quo* erró en su dispositiva, por cuanto el accionante en verdad no disponía del recurso de nulidad al no encontrarse la recusación de los árbitros subsumida en las causales para la procedencia del recurso de nulidad contra el laudo arbitral; al efecto, la Sala expresó que al coincidir ambas partes en la recusación del árbitro en cuestión, ello comportaba una inminente amenaza a la garantía a ser juzgado por un árbitro idóneo, independiente e imparcial.⁵¹

Sin duda alguna, este caso presenta detalles muy especiales; salta a la vista que el hecho de que ambas partes hayan estado de acuerdo en la recusación y aun así no se haya procedido parece ser una violación al principio fundacional del arbitraje. Pero, especialmente, resulta interesante observar que la Sala consideró que el supuesto

⁴⁸ American Arbitration Association (AAA), Four Seasons Caracas C.A., Four Seasons Hotels and Resorts, B.V. and Four Seasons Hotel Limited vs. Consorcio Barr S.A., Caso n.º 50-T-180-00550-01, Laudo parcial de 22 de mayo de 2003.

⁴⁹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia 2.635/2004, de 19 de noviembre de 2004.

⁵⁰ Juzgado Superior Sexto en lo Civil, Mercantil, de Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Exp. A-11-1363, de 7 de diciembre de 2011.

⁵¹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia 894/2012, de 27 de junio de 2012. Luego, en Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y de Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sentencia de 8 de agosto de 2012, se decidiría la nulidad del laudo en cuestión.

de recusación de árbitros no se encontraba presente en las causales de nulidad del laudo, lo que hizo procedente el amparo constitucional.

Sin embargo, es la opinión de quienes escriben que el artículo 44.c de la Ley de Arbitraje Comercial abarca directamente el supuesto de hecho en el que consiste la pretensión de la accionante, y en este caso ya existía un laudo final, por lo que en definitiva la Sala obvió su criterio sobre lo extraordinario del recurso de amparo y admitió un recurso que buscaba controvertir el contenido del laudo.

En la misma línea de análisis, en el caso de Ferryven, C.A. se intentó un recurso de amparo constitucional contra un laudo cautelar que decretó una medida de embargo preventivo. El Fallo de la Sala Constitucional resolvió un amparo en apelación contra la decisión del juzgado superior, que declaró como no procedente el recurso de amparo constitucional, porque existía la posibilidad de oponerse a la medida de conformidad con el reglamento del centro arbitral o de introducir un recurso de nulidad; asimismo, la sentencia de la Sala reafirmó la improcedencia por desistimiento del proceso.⁵²

En el mismo sentido, en el Caso TCA Services, S.A., la Sala Constitucional conoció de un amparo en apelación que siguió a la decisión del Juzgado Superior Séptimo en donde se declaró admisible el amparo constitucional introducido por Carroferfa Media Group, C.A. en contra del laudo cautelar emitido por el tribunal arbitral del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (Cedca).

En el amparo decidido por el *a quo*, Carroferfa Media Group, C.A. denunció la violación de los derechos al debido proceso y a la defensa por considerar que el procedimiento de oposición⁵³ previsto en el reglamento del Cedca era deficiente e insuficiente para cumplir con las garantías del debido proceso; por lo que el Juzgado Superior declaró procedente la demanda de amparo constitucional y declaró nulo el procedimiento cautelar de urgencia y las decisiones contenidas en el mismo, mientras exhortaba al Cedca a la modificación del reglamento para subsanar la deficiencia denunciada.⁵⁴

Seguidamente, mediante Sentencia 882/2022, la Sala Constitucional declaró inadmisibile el amparo en apelación interpuesto contra el fallo proferido por el Juzgado Superior Séptimo, y en su dictamen confirmó, en los términos expresados por la recurrida, la acción de amparo contra el laudo cautelar emanado del tribunal arbitral,

⁵² Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia 117/2013, de 26 de febrero de 2013.

⁵³ En la actualidad, los centros de arbitraje más importantes del país consagran en sus reglamentos, por un lado, el Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas (CACC), que prevé la oposición a la medida cautelar en su artículo 50; y por el otro, el Reglamento del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (Cedca), que establece la posibilidad de oposición en su artículo 38.5.

⁵⁴ Juzgado Superior Séptimo en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Exp. AP71-R-2021-000008, de 4 de mayo de 2021.

pero revocando el cuarto punto de la sentencia objeto de amparo, en lo relativo a la modificación del reglamento.⁵⁵

Esta última decisión representa un caso muy especial en la jurisprudencia nacional, pues la Sala entendió que los procedimientos arbitrales son los que las propias partes determinan a través de su autonomía de la voluntad, así como que el reglamento del Cedca representaba las reglas procedimentales públicas y conocidas susceptibles de ser escogidas por las partes que sometieran su conflicto a la jurisdicción arbitral; por lo que el alto Tribunal, en resguardo del principio de autonomía de la voluntad de las partes, revocó dicho punto resolutorio.

3.3. Amparos constitucionales contra laudos finales

Como se mencionó anteriormente, el procedimiento arbitral termina con la emisión de una decisión final, que recibe el nombre de laudo final. En adelante, se revisan aquellos fallos en los cuales se ha intentado un recurso de amparo constitucional contra los llamados laudos finales.

En el caso de Soficredito Banco de Inversión, C.A. contra Grupo Inmensa, C.A. y Corporación de Metales y Esmaltes Valencia, C.A. (Coresmalt), el laudo arbitral condenó a las empresas demandadas, con la emisión del laudo se ordenó su ejecución forzosa y, en respuesta, las demandadas interpusieron un amparo constitucional. Dicho amparo se fundamentó en la demanda original, y es que, antes de ir a arbitraje, Soficredito interpuso una demanda ante el Juzgado Noveno de Primera Instancia en lo Civil, que declinó su jurisdicción al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas; lo que alegan las demandadas en su amparo contra el laudo es que el juzgado noveno tuvo que haber consultado a la Sala Político-Administrativa a quien pertenecía la jurisdicción, según el derecho venezolano.

Ahora bien, el juzgado que conoce del amparo lo declara procedente y determina que en efecto tuvo que mediar la consulta de la Sala Político-Administrativa, pero ante esa decisión apela Soficredito y la apelación la conoce la Sala Constitucional, que termina por declarar que el amparo intentado por las demandadas, ahora perdidosas, es improcedente ya que se obligaron en virtud de sus propios actos al procedimiento arbitral y, en definitiva, no se cumplen los requisitos de ley para consultar a la Sala Político-Administrativa.⁵⁶

La jurisprudencia venezolana empezaría a gestar un razonamiento que permanece por algunos años⁵⁷ en el amparo introducido en el contexto del Caso Corporación

⁵⁵ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia 882/2022, de 1 de noviembre de 2022.

⁵⁶ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia 827/2001, de 23 de mayo de 2001.

⁵⁷ Sobre la procedencia del amparo, el criterio en cuestión apareció por primera vez con el Caso Compañía Anónima Venezolana de Televisión (VTV), mediante Sentencia 1.981/2001; Caso expuesto *infra*.

Todosabor, C.A.,⁵⁸ en donde el accionante alegó la violación de su derecho al debido proceso, a la igualdad y a la defensa, y además arguyó que el laudo recurrido incurrió en violaciones al principio de congruencia del fallo y al principio dispositivo, todo ello con base en el criterio al que se acogió el tribunal arbitral sobre la renovación del contrato que mantenía esta última con Haagen Dazs International Shoppe Company, Inc.

En el fallo citado, la Sala Constitucional acogió el criterio del Caso Compañía Anónima Venezolana de Televisión, pero declaró que no era competente para conocer del amparo y declinó la jurisdicción a los tribunales superiores. Específicamente, señaló que la cobertura constitucional del artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo es extensible a los laudos arbitrales.

La declinatoria de jurisdicción de la Sala Constitucional llevaría al Fallo del 9 de junio de 2006 del Juzgado Superior Sexto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en el cual, el sentenciador tomó como base el voto salvado de la magistrada Luisa Estela Morales Lamuño en la ya citada Sentencia 174/2006, y terminó por considerar no procedente la acción de amparo constitucional por ser el recurso de nulidad el medio idóneo para la impugnación de los laudos internacionales.⁵⁹

En otra sentencia que decide el amparo en apelación intentado por Gustavo Yélamo, la Sala Constitucional decidió que el amparo era inadmisibles, ratificando el criterio del *a quo*⁶⁰ y apegándose a un criterio pro arbitraje; al establecer que el recurso de nulidad es el único que cabe contra los laudos arbitrales, el juez declaró inadmisibles la acción de amparo, reafirmando el carácter extraordinario del recurso de amparo constitucional en consonancia con el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.⁶¹

En otro caso, la Sala Constitucional conoció de un amparo en apelación que siguió a una sentencia que decidió el amparo contra un laudo final intentado por Carlos Bustamante ante el Juzgado Superior Cuarto; la Sala ratificó el criterio de la sentencia del Juzgado Superior, toda vez que interpretó que el accionante pretendía revisar el fondo del laudo arbitral sin que mediara un abuso de poder o incompetencia para decidir. Dicho de otra forma, la Sala resolvió que el accionante pretendía

⁵⁸ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia 174/2006, de 14 de febrero de 2006.

⁵⁹ Alfredo de Jesús O., “La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina”, en *Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet*, coord. por Fabricio Mantilla Espinosa y Carlos Pizarro Wilson (Bogotá: Universidad del Rosario, 2008), 29-30.

⁶⁰ Juzgado Superior Décimo en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Bancario del Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sentencia 3/2010, de 8 de enero de 2010.

⁶¹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia 462/2010, de 20 de mayo de 2010.

una revisión del fondo cuando, tanto el laudo como la sentencia del Juzgado eran conformes a derecho.⁶²

En tiempos más recientes, en el caso *Desarrollos Mercayag, C.A.*, mediante Sentencia 179/2021, la Sala Constitucional analizó el artículo 25.20 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia,⁶³ para afirmar que debía interpretarse que dicho artículo “comprende la demanda de aquellos laudos arbitrales definitivamente firmes que violen el orden constitucional”.⁶⁴ La interpretación hecha por la Sala Constitucional responde a los desarrollos constitucionales expansivos que se congracian con el desarrollo jurisprudencial venezolano; sin embargo, ello representa una plausible injerencia negativa de la justicia constitucional en el arbitraje.

La citada sentencia resolvió otorgar el amparo por cuanto mediaba una renuncia tácita al arbitraje, ello en vista de que las partes resolvieron su controversia por medio de la jurisdicción ordinaria sin acudir al arbitraje. La lesión constitucional se hace patente en el momento en el que, una vez resuelta la controversia por vía ordinaria, una de las partes acude al arbitraje y la otra hace uso del amparo constitucional; es de notar que lo que la Sala llama quebrantamiento del orden constitucional se traduce en la recurribilidad del laudo, la oposición a su ejecución e, incluso, la imposibilidad de sustanciar el procedimiento arbitral, por lo que el amparo no tiene ningún mérito.

De especial mención es el caso de los Castillo, en el que se intentó un amparo constitucional contra un laudo arbitral dictado por un tribunal arbitral extranjero. Los demandantes fundamentaron su amparo constitucional en la inarbitrabilidad de la controversia, toda vez que la disputa versó sobre el traspaso de acciones de un grupo de compañías en el que las partes del arbitraje –hermanos– eran accionistas y dentro de ese grupo de compañías se contaba una empresa aseguradora, un banco y una empresa de valores; de manera que se alegó que la controversia decidida en arbitraje era inarbitrable, ya que no se notificó al ente competente en Venezuela.

El juzgado superior que decidió la controversia estableció la admisibilidad del amparo en una primera decisión, sobre la base de que no existe un recurso contra el laudo extranjero en la ley venezolana.⁶⁵ Luego, en una segunda decisión, establece la procedencia del amparo para proteger el orden público interno, al reconocer la inarbitrabilidad de la controversia y consecuente violación del derecho al juez natural.⁶⁶

⁶² Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia 1.497/2012, de 14 de noviembre de 2012. La admisibilidad de los amparos constitucionales contra laudos arbitrales también fue sostenida en Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia 1.206/2012, de 14 de agosto de 2012.

⁶³ Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, artículo 25.20.

⁶⁴ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia 179/2021, de 14 de mayo de 2021.

⁶⁵ Juzgado Superior Primero de lo Civil, Mercantil y de Tránsito de la Circunscripción del Área Metropolitana de Caracas, Exp. n.º AP71-O-2012-000042, de 27 de diciembre de 2012.

⁶⁶ Juzgado Superior Primero de lo Civil, Mercantil y de Tránsito de la Circunscripción del Área Metropolitana de Caracas, Exp. n.º AP71-O-2012-000042, de 22 de abril de 2013.

En feliz acuerdo con lo dicho por Escovar León, el laudo recurrido no necesariamente iba a ser ejecutado por tribunales venezolanos, e incluso si así fuera, quienes escriben suscriben que el ordenamiento jurídico venezolano prevé una forma de rechazar la ejecución y el reconocimiento de un laudo arbitral extranjero; por eso, y tal como invita a pensar Canova, la existencia del amparo en Venezuela lo hace disponible, incluso sobre recursos más apropiados.⁶⁷

Conclusiones

A manera de conclusión, corresponde resolver si el amparo constitucional se ha desvirtuado por su uso en contra del arbitraje o si, por el contrario, se ha consolidado como una herramienta útil y necesaria para la institución arbitral en Venezuela. Para poder responder, es necesario tener presente en todo momento el objeto del recurso que, indudablemente, es la protección de los derechos fundamentales consagrados en la Norma Fundamental; incluyendo aquellos derechos que, aunque no se encuentren expresados en la Carta Magna, formen parte de los que asisten a todo particular en la esfera de su dignidad.

A través del tiempo, el alcance del recurso de amparo constitucional se ha ido extendiendo a nuevos límites, y las necesidades que se coligen a partir del andamiaje constitucional se han vuelto cada vez más variadas, por cuanto el desarrollo de la sociedad humana genera crecientes oportunidades y, correlativamente, nuevos escenarios de riesgo; cosa que resulta irónica al recordar que antes se afirmó con confianza que había escasos escenarios en los que era más necesario el amparo que el recurso de nulidad.

Así pues, siendo el objeto del recurso de amparo constitucional la defensa de los intereses fundamentales, es la opinión de los autores que dicho objeto debe ser considerado en dos vertientes a los efectos de elaborar una conclusión: i) la defensa activa de los intereses que comporta el derecho al amparo, y que se concreta a través de pretensiones ante un tribunal competente, y ii) el carácter extraordinario del recurso.

Sobre el último punto vale la pena hacer un énfasis especial, ya que es dicho carácter extraordinario el que permite la existencia de un recurso tan ágil, expedito y accesible. Es menester afirmar que es una carga usar el recurso de amparo responsablemente, pues existen sanciones aplicables a quienes intenten irresponsablemente el recurso).⁶⁸

Lo que se busca afirmar es que el uso indiscriminado de un recurso que ofrece muchas ventajas prácticas podría terminar por destruir el sistema judicial y afectar los derechos de otro, por lo que el objeto del amparo se encontraría bajo riesgo si

⁶⁷ Ramón Escovar León y Antonio Canova, "Amparo constitucional contra laudos arbitrales extranjeros" *Revista Comité de Arbitraje*, n.º 11 (2013): 3-6.

⁶⁸ Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, artículos 25 y 28.

todos lo usaran constantemente y con descuido, con preferencia sobre otros recursos más apropiados. La relación es clara: el amparo constitucional debe ser estrictamente extraordinario para no lesionar fatalmente al sistema jurídico.

Especialmente si se considera que existe un catálogo amplio de recursos para una variedad de pretensiones, pues el recurso de amparo busca restablecer una situación jurídica infringida con urgencia y preferencia, no rebatir el fondo de un asunto.

Siendo las afirmaciones anteriores la realidad que manejan los autores y que se deducen de este estudio, determinar si el amparo constitucional se ha desvirtuado o consolidado pasa por corroborar la ubicación jurídica del arbitraje en el país. La cuestión ameritaría ciertamente un desarrollo particular, pero por ahora baste apreciar que el arbitraje ha sido incluido dentro del catálogo constitucional de Venezuela.

Más allá de los múltiples problemas que rodean tal afirmación, la protección del arbitraje representa la protección del principio de autonomía de la voluntad y de la libertad contractual, es decir, la libertad de pactar y que se respete el pacto. Por supuesto, son muchos los intereses que entran en juego cuando se trae a colación cualquier análisis respecto del tema arbitral, pero a la hora de evaluar un problema como el planteado en este artículo resulta importante centrarse en esa libertad convencional.

En ese sentido, el amparo contra el arbitraje y, específicamente, contra laudos arbitrales, puede representar una lesión del acuerdo que se protege constitucionalmente, aunque, como algunos autores y sentenciadores han dicho, el arbitraje tiene una ubicación imprecisa que ha terminado por expandirse, lo que mal podría justificar que el arbitraje sea objeto de los recursos de la justicia constitucional. Esa expansión hace válida la duda, pues no parece lógico afirmar que, entonces, quien acuda al arbitraje automáticamente cercena su derecho al amparo.

Todo lo contrario. Bajo ningún contexto es sostenible, lógico o congruente concluir que al pactar ir a arbitraje se cercene el derecho al amparo; lo cierto es que si dos personas van a arbitraje y se ven en la necesidad de usar el amparo deberían ser libres de hacerlo. El ejercicio de oposición, hoy y siempre, es al uso preferencial, descuidado y ambicioso del recurso de amparo cuando existe la posibilidad de acudir al recurso idóneo: el recurso de nulidad.

La jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia no ha sido del todo pacífica ni uniforme; siempre ha dejado puertas abiertas que “fundamentan” la injerencia de la justicia ordinaria en la arbitral, en especial, el control constitucional. De hecho, al leer sus fallos es posible apreciar cómo en ocasiones se contradice directamente; sin embargo, no son pocos los fallos que han reconocido la necesidad de remitir al accionante al recurso de nulidad; mientras que pocos son los casos en los que se ha verificado una verdadera situación de urgencia.

En definitiva, el recurso de amparo constitucional ha venido haciendo mofa del recurso de nulidad por su uso preferencial por encima de este último; claro está que existen muchos alicientes para acudir al amparo (la gratuidad, la supuesta velocidad, el trámite de urgencia), pero igual de claro es que el recurso de nulidad prevé causales

taxativas, mas no limitativas para la nulidad del laudo, las cuales en principio y en la práctica abarcan la mayoría –por no decir la totalidad– de los escenarios en los que puede verificarse la necesidad de recurrir la decisión arbitral.

Si hay algo que es evidente en este estudio es que las causales de nulidad, aunque taxativas, pueden configurar una amplitud importante de supuestos. En virtud de ello, solo es posible afirmar que, en efecto, el amparo se ha venido desvirtuando de manera importante; más que consolidarse como un auxilio, se ha comportado como un arma en contra del procedimiento arbitral.

No son pocas las ocasiones en las que se espera un amparo luego de concluir un arbitraje, precisamente ese es el mayor asedio contra el arbitraje. El recurso de amparo constitucional ha empezado a ser el recurso contra el laudo y no la herramienta de urgencia que debe ser, desde su origen; ya no es la excepción, sino la regla, y por tanto resulta un arma en detrimento de la práctica arbitral.

Bibliografía

Doctrina

- ARAQUE BENZO, Luis Alfredo. *Manual del arbitraje comercial*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2011.
- AYALA CORAO, Carlos y Rafael CHAVERO GAZDIK. “El amparo en Venezuela”. En *El derecho de amparo en el mundo*. Coordinado por Héctor FIX-ZAMUDIO y Eduardo FERRER MAC-GREGOR. México: Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México-Fundación Konrad Adenauer, 2006.
- BADELL MADRID, Rafael. *Derecho Procesal Constitucional*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2020.
- BADELL MADRID, Rafael. “El recurso de revisión constitucional en el arbitraje”. *Revista del Comité de Arbitraje de Venamcham* (2010-2011): 15-21.
- BREWER-CARÍAS, Allan. *Derecho de amparo y acción de amparo constitucional*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales-Jurídica Venezolana, 2021.
- BORN, Gary. “The principle of judicial non-interference in international arbitral proceedings”. *International Litigation & Arbitration* 30, n.º 4 (2014): 999-1030.
- CARRASCO BAPTISTA, Rosnell. “Justicia constitucional y arbitraje”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, n.º 74 (2019-2020): 873-897.
- CARRILLO GÓMEZ, Amado José. “Los excesos de la jurisdicción constitucional en las decisiones de amparo constitucional por parte de las salas del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela como forma de activismo judicial desbordado y expresión de un Estado fallido”. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXVI (2020): 339-360.
- CHAVERO GAZDIK, Rafael. *El control constitucional de las decisiones judiciales*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2018.

- CHAVERO GAZDIK, Rafael. *El nuevo régimen de amparo constitucional en Venezuela*. Caracas: Sherwood, 2001.
- COLPRENSA. “Se debe acatar el fallo de La Haya: Néstor Raúl Correa”. *El Universal*, 20 de noviembre de 2012. <https://www.eluniversal.com.co/colombia/se-debe-acatar-el-fallo-de-la-haya-nessor-raul-correa-98918-EAEU184275>.
- CRUZ, Andrea y Gabriel Sira. “El arbitraje según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”. En *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, n.º 1 (2020): 323-365.
- DE JESÚS O., Alfredo. “La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina”. En *Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet*. Coordinado por Fabricio MANTILLA ESPINOSA y Carlos PIZARRO WILSON, 213-260. Bogotá: Universidad del Rosario, 2008.
- DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria. “La indefensión y la inmotivación como causa de nulidad del laudo arbitral en el derecho venezolano”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 31 (2016): 229-262.
- ESCOVAR LEÓN, Ramón y Antonio CANOVA, “Amparo constitucional contra laudos arbitrales extranjeros”. *Revista Comité de Arbitraje*, n.º 11 (2013): 3-6.
- FERNÁNDEZ VILLEGAS, Gerardo. *Manual de derecho constitucional. Parte orgánica de la Constitución de 1999*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello-Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2020.
- GAILLARD, Emmanuel. “The arbitral legal order: Evolution and recognition”. En *The Oxford Handbook of International Arbitration*. Editado por Thomas SCHULTZ y Federico ORTINO, 554-568. Oxford: Oxford University Press, 2020.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. “El derecho humano arbitral: el derecho fundamental a contar con procesos arbitrales libres de interferencia judicial”. Conferencia, XIV Congreso Nacional de Abogados, 7 y 8 de noviembre de 2014.
- HERNÁNDEZ BRETÓN, Eugenio. “Arbitraje y Constitución: el arbitraje como derecho fundamental”. En *Arbitraje comercial interno e internacional: reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, 341-366. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales-Comité Venezolano de Arbitraje, 2005.
- HUNG VAILLANT, Francisco. *Notas sobre el arbitraje en el sistema venezolano*. Caracas: Dahbar, 2022.
- MADRID MARTÍNEZ, Claudia. “Medidas cautelares y arbitraje. Especial referencia a la Ley de Arbitraje Comercial”. En *Liber amicorum. Homenaje a la obra científica y académica de la profesora Tatiana B. de Maekelt*, t. II, 87-117. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2001.
- MANINAT LIZARRAGA, Magdalena. “Uso y abuso del orden público en los procedimientos de reconocimiento y ejecución bajo la Convención de Nueva York y en los procedimientos de anulación y sus consecuencias para el arbitraje”. En *XII Jornada Aníbal Dominici en Homenaje a Eugenio Hernández-Breton*. Coordinado por José G. SALAVERRÍA L., 341-366. Caracas: Abediciones, 2022.

- MEZGRAVIS, Andrés A., Marcos CARRILLO y Pedro SAGHY. “El recurso de nulidad contra el laudo arbitral”. En *El arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*. Coordinado por Luis Alfredo ARAQUE BENZO, Milagros BETANCOURT C., Diana C. DROULERS y Carlos LEPERVANCHE M., 503-560. Caracas: Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas-Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje-Club Español de Arbitraje, 2013.
- MEZGRAVIS, Andrés. “El amparo constitucional y el arbitraje”. *Revista de Derecho Administrativo*, n.º 6 (1999): 255-278.
- PALMER, Michael y Simon ROBERTS. *Dispute processes: ADR and the primary forms of decision making*. London: Butterworths, 1998.

Jurisprudencia

- JUZGADO SUPERIOR DÉCIMO EN LO CIVIL, Mercantil, del Tránsito y Bancario del Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. Sentencia 3/2010, de 8 de enero de 2010.
- JUZGADO SUPERIOR SÉPTIMO EN LO CIVIL, Mercantil, del Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. Exp. AP71-R-2021-000008, de 4 de mayo de 2021.
- JUZGADO SUPERIOR SEXTO EN LO CIVIL, Mercantil, del Tránsito y Bancario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. Exp. A-11-1363, de 7 de diciembre de 2011.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional. Sentencia 1.067/2010, de 3 de noviembre de 2010.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional. Sentencia 1.121/2007, de 20 de junio de 2007.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional. Sentencia 1.136/2011, de 13 de julio de 2011.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional. Sentencia 1.139/2000, de 5 de octubre de 2000.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional. Sentencia 151/2021, de 30 de abril de 2021.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional. Sentencia 192/2008, de 28 de febrero de 2008.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional. Sentencia 2.731/2001, de 18 de diciembre de 2001.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional. Sentencia 347/2018, de 11 de mayo de 2018.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional. Sentencia 378/2022, de 25 de julio de 2022.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional. Sentencia 42/2020, de 20 de febrero de 2020.

- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional. Sentencia 443/2013, de 6 de mayo de 2013.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional. Sentencia 462/2010, de 2 de mayo de 2010.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional. Sentencia 572/2005, de 22 de abril de 2005.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional. Sentencia 702/2018, de 18 de octubre de 2018.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional. Sentencia 1.191/2022, de 15 de diciembre de 2022.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional. Sentencia 1.239/2023, de 14 de agosto de 2023.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional. Sentencia 1.497/2012, de 14 de noviembre de 2012.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional. Sentencia 1.981/2001, de 16 de octubre de 2001.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional. Sentencia 117/2013, de 26 de febrero de 2013.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional. Sentencia 174/2006, de 14 de febrero de 2006.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional. Sentencia 2.346/2003, de 26 de agosto de 2003.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional. Sentencia 2.635/2004, de 19 de noviembre de 2004.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional. Sentencia 462/2010, de 20 de mayo de 2010.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional. Sentencia 827/2001, de 23 de mayo de 2001.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional. Sentencia 882/2022, de 1 de noviembre de 2022.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional. Sentencia 894/2012, de 27 de junio de 2012.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional. Sentencia 1.773/2011, de 30 de noviembre de 2011.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Constitucional. Sentencia 1.541/2008, de 17 de octubre de 2008.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Político Administrativa. Sentencia 368/2004, de 21 de abril de 2004.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Político Administrativa. Sentencia 402/2001, de 20 de marzo de 2001.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Político Administrativa. Sentencia 476/2003, de 25 de marzo de 2003.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, Sala Político Administrativa. Sentencia 476/2003, de 25 de marzo de 2003.

UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE SOUTHERN DISTRICT OF FLORIDA. Decisión 02-23249-CIV-MOORE, de 4 de junio de 2003.

Normativa

CÁMARA DE COMERCIO DE CARACAS (CACC). Reglamento General del Centro de Arbitraje, 2022.

CENTRO EMPRESARIAL DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE (CEDCA). Reglamento de Conciliación y Arbitraje, 2020.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. *Gaceta Oficial*, n.º 36.860, de 30 de diciembre de 1999.

LEY DE ARBITRAJE COMERCIAL. *Gaceta Oficial*, n.º 36.430, de 7 de abril de 1998.

LEY ORGÁNICA DE AMPARO SOBRE DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES. *Gaceta Oficial*, n.º 33.981, de 22 de enero de 1988.

LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL de 21 junio de 1985, con enmiendas adoptadas en 2006.

Eje 2. El constitucionalismo transformador de los derechos y la democracia

- Alan E. Vargas Lima (Bolivia)
El derecho fundamental a la prueba y su desarrollo en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de Latinoamérica
- Beatriz Lodônio Dantas (Brasil)
Thiago Oliveira Moreira (Brasil)
O papel do Ius Constitutionale Commune Latino-Americano na proteção dos direitos humanos das pessoas em situação de mobilidade internacional.
- Sergio Daniel Ruiz Díaz Arce (Paraguay)
La problemática sobre los derechos del niño en el sistema interamericano de derechos humanos
- Mônia Clarissa Hennig Leal (Brasil)
Fernando Roberto Schnorr Alves (Brasil)
Supremo tribunal federal e desigualdade estrutural de gênero: as diferentes abordagens da igualdade
- Maria Thereza de Assis Moura (Brasil)
Daniel Marchionatti Barbosa (Brasil)
Marcelo Costenaro Cavali (Brasil)
Carl Olav Smith (Brasil)
El rol de los jueces y las juezas en la preservación del Estado de derecho y la democracia
- Rolando Wotzbelí Zúñiga González (Guatemala)
La argumentación jurídica en las decisiones judiciales penales en casos de desobediencia civil. Un estudio jurídico a propósito de Guatemala

Alan E. Vargas Lima* (Bolivia)

El derecho fundamental a la prueba y su desarrollo en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales de Latinoamérica

RESUMEN

El presente trabajo expone las principales tendencias doctrinales acerca de la prueba, con énfasis en su configuración como derecho fundamental y su manifestación en la jurisprudencia constitucional comparada. Luego, analiza brevemente los elementos que integran el derecho a la prueba y sus alcances como elemento sustancial del debido proceso. Todo ello, acorde a su intenso desarrollo en la jurisprudencia establecida por el Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.

Palabras clave: derecho a la prueba; derecho a la defensa; debido proceso; fundamentación; motivación.

The fundamental right to evidence and its development in the jurisprudence of the constitutional courts of Latin America

ABSTRACT

This research presents the main doctrinal trends regarding evidence, with emphasis on its recognition as a fundamental right and its expression in comparative constitutional jurisprudence. Thereafter, it briefly analyzes the elements that constitute the right to evidence and its scope as a key element of due process. All this, based on its intense development in the jurisprudence of Bolivia's Plurinational Constitutional Tribunal.

Keywords: Right to evidence; right to defense; due process; legal foundation; motivation.

* Abogado, especialista en Derecho Constitucional y Procedimientos Constitucionales (UMSA). alanvargas4784@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6372-7870>.

Das Grundrecht auf Beweis und seine Entwicklung in der Rechtsprechung der lateinamerikanischen Verfassungsgerichte

ZUSAMMENFASSUNG

Die vorliegende Arbeit stellt die wichtigsten Tendenzen auf dem Gebiet des Rechts auf Beweis dar, wobei sie den Schwerpunkt auf seine Konfigurierung als Grundrecht und seine Ausprägung in der vergleichenden Verfassungsrechtsprechung legt. Daran schließt sich eine kurze Analyse der Elemente an, die Bestandteil des Rechts auf Beweis sind, und ihrer Bedeutung als materielle Elemente eines rechtmäßigen Verfahrens. Dabei wird seine intensive Weiterentwicklung in der Rechtsprechung des Plurinationalen Verfassungsgerichts von Bolivien berücksichtigt.

Schlüsselwörter: Recht auf Beweis; Recht auf Verteidigung; Rechtsweg; Begründung; Motivation.

1. La polisemia de la palabra *prueba*

Para el análisis de la temática propuesta corresponde, previamente, hacer referencia a los diferentes significados que se le asignan a la palabra *prueba*, y los distintos sentidos en que puede utilizarse, para luego incidir en la importancia de su configuración como derecho fundamental. Con ese fin, es oportuno destacar algunas ideas de Ferrer Beltrán¹ al respecto.

En un primer sentido, es habitual el uso del término *prueba* para hacer referencia a los medios por los cuales se pueden aportar elementos de juicio a favor de una determinada conclusión. Pero en todo caso, siempre pueden producirse ambigüedades. Por ejemplo, en ocasiones se hace referencia a los medios de prueba en *sentido genérico*, para significar los tipos de medios probatorios utilizables o aceptados jurídicamente. Así, se habla de la prueba documental, la prueba testimonial, la prueba pericial, etc., y también de su admisibilidad en el caso concreto. En cambio, en otras ocasiones solo se hace referencia al medio de prueba *en específico*, es decir, a un elemento probatorio concreto aportado al expediente. Así, se puede hablar de la prueba documental constituida por el documento (*D*), de la prueba testifical aportada mediante la declaración del testigo (*T*) o de la prueba pericial realizada por el perito (*P*). Cabe destacar que solo en este sentido específico puede hablarse significativamente de la relevancia de las pruebas, entendiéndose por *relevancia* de un medio de prueba el hecho de que pueda contribuir efectivamente a confirmar o falsear la ocurrencia de un determinado hecho alegado en un proceso.²

¹ Jordi Ferrer Beltrán, *Prueba y verdad en el derecho* (Madrid: Marcial Pons, 2005), 27-29.

² Michele Taruffo, Jordi Ferrer Beltrán y Ma. del Carmen Vázquez Rojas, "La verdad y prueba dentro el proceso", en *Teoría de la prueba* (Sucre: Tribunal Constitucional Plurinacional, 2018). <https://bit.ly/39AvVkM>.

En un segundo sentido, se puede usar el término *prueba* para indicar no solamente la actividad consistente en la aportación de elementos de juicio a favor de una determinada conclusión, sino también la fase o procedimiento del proceso judicial en que se realiza esa actividad. Así, se puede hablar de prueba legal, prueba judicial, fase de prueba, período probatorio, etc.

En un tercer sentido, la palabra *prueba* hace referencia al resultado producido por la aportación de elementos de juicio con relación a la confirmación o el falseamiento de una determinada hipótesis acerca de los hechos que se discuten en un proceso. Algunos autores³ consideran que en este caso se equipara la prueba al convencimiento o grado de convicción del juez, lo cual no es cierto, porque esa convicción psicológica del juez puede producirse o no, independientemente de que los hechos hayan quedado probados en el proceso. Sin embargo, aquí también puede presentarse una ambigüedad: en efecto, puede hablarse del resultado probatorio producido por un medio específico de prueba, y preguntarse, por ejemplo, en qué medida la declaración testifical T_1 prueba o demuestra la hipótesis H planteada en el objeto del proceso. Otras veces, en cambio, se podrá usar el término *prueba* para describir el resultado de la actividad probatoria realizada durante el proceso, es decir, como el resultado obtenido de la valoración conjunta de todos los elementos probatorios, de todos los medios de prueba aportados al expediente.

Sobre la base de lo expuesto y para comprender cómo se han ampliado los alcances desde la utilización de los *medios de prueba* –como elemento derivado del derecho a la defensa–, hasta la configuración progresiva del *derecho a la prueba* como un derecho fundamental, es pertinente realizar a continuación –sin ánimo de exhaustividad– una revisión de su aplicación práctica a través de su desarrollo jurisprudencial en algunos países.

2. Los alcances del derecho a la prueba en la jurisprudencia constitucional comparada

En muchos casos sucede que el propio sistema jurídico, a través del denominado *derecho a la prueba*, exige la aplicación de ciertas reglas de racionalidad para la valoración –pertinente, objetiva, adecuada e idónea– de la prueba. Por ello es necesario brindar un panorama general de su tratamiento, tanto a nivel europeo como latinoamericano.

2.1. El derecho a la prueba en el contexto europeo

Generalmente, el derecho a la prueba se considera como una concreción de un derecho más amplio, es decir, un elemento derivado del derecho a la defensa. Así por

³ Eduardo J. Couture, *Vocabulario jurídico. Con especial referencia al derecho procesal positivo vigente uruguayo* (Buenos Aires: Depalma, 1988), 490.

ejemplo, el artículo 24 de la Constitución española, de manera literal, reconoce a todo aquel que es parte de un proceso judicial el “derecho [...] a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa”. Aquí, el derecho a la prueba aparece estrechamente relacionado con la defensa en el proceso.

También se lo reconoce expresamente en el artículo 6.3 d) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, aunque cabe anotar que este instrumento se refiere literalmente a la prueba testifical y al ámbito penal. Sin embargo, la doctrina ha interpretado ese derecho como parte de la garantía genérica del debido proceso, y en consecuencia lo ha extendido a todo tipo de pruebas y jurisdicciones.

En otros casos también sucede que, aunque no se haya formulado constitucionalmente de forma expresa un *derecho a la prueba*, la jurisprudencia constitucional y la doctrina lo hayan derivado también del derecho a la defensa. Así por ejemplo, en Italia, la jurisprudencia de la Corte Constitucional considera que el derecho a la prueba es parte esencial del derecho a la defensa, reconocido expresamente por la Constitución italiana.⁴

2.2. El derecho a la prueba a nivel latinoamericano

En Latinoamérica, la Constitución de Argentina, por ejemplo, al igual que la mayoría de las leyes fundamentales vigentes en el derecho comparado, no contiene una cláusula que de forma clara e inequívoca reconozca a los justiciables el derecho a la prueba.⁵

Sin embargo, existen algunos otros casos excepcionales. Entre ellos, el más sobresaliente es el caso de Colombia, donde se reconoce el derecho a la prueba como un derecho explícito plasmado en la Constitución de 1991, cuyo artículo 29 establece que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, y que además:

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. *Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.*⁶

⁴ Véase https://www.constituteproject.org/constitution/Italy_2020?lang=es#s77.

⁵ Marcelo Midón, “El derecho a la prueba como contenido esencial de la garantía del proceso justo”, *Proceso y Constitución*, ed. por Osvaldo Gozaini, (Buenos Aires: Ediar, 2009), 397-407.

⁶ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-537 de 2006.

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia,⁷ a tiempo de analizar el derecho a la prueba en su relación con el debido proceso, en su Sentencia C-496 de 2015 ha precisado que este derecho constituye uno de los principales ingredientes del debido proceso y del derecho al acceso a la administración de justicia, y el más importante vehículo para alcanzar la verdad en una investigación judicial.⁸

En este sentido, según el artículo 29 de la Constitución, la persona que sea sindicada tiene derecho a la defensa y, por lo tanto, de esa norma –que responde a un principio universal de justicia– surge con nitidez el derecho, también garantizado constitucionalmente, a controvertir las pruebas que se alleguen en contra del procesado y a presentar y solicitar aquellas que se opongan a las pretensiones de quienes buscan desvirtuar la presunción de su inocencia.⁹

La importancia de las pruebas en todo procedimiento es evidente, pues solo a través de una vigorosa actividad probatoria, que incluye la posibilidad de solicitar, aportar y controvertir las que obran en cada trámite, puede el funcionario administrativo o judicial alcanzar un conocimiento mínimo de los hechos que dan lugar a la aplicación de las normas jurídicas pertinentes, y dar respuesta a los asuntos de su competencia ciñéndose al derecho sustancial.¹⁰

La práctica de las pruebas, oportunamente solicitadas y decretadas dentro del debate probatorio, necesarias para ilustrar el criterio del fallador y su pleno conocimiento sobre el asunto objeto del litigio, así como las posibilidades de contradecirlas y complementarlas en el curso del trámite procesal, son elementos inherentes al derecho de defensa y constituyen garantía de la idoneidad del proceso para cumplir las finalidades que le han sido señaladas en el Estado social de derecho.¹¹

Asimismo, la Corte colombiana ha argumentado que el desconocimiento de este derecho genera una vía de hecho que amerita la activación de la tutela, al señalar que los defectos del análisis probatorio, la ausencia total del mismo y la falta de relación entre lo probado y lo decidido vulneran de manera ostensible el debido proceso, y constituyen irregularidades de tal magnitud que prácticamente representan vías de hecho.¹² En este sentido, las anomalías en el proceso que desconozcan de manera grave e ilegítima el derecho a la prueba constituyen un defecto fáctico que, al vulnerar derechos fundamentales, puede contrarrestarse a través de la acción de tutela.¹³

⁷ Juliana Pérez Restrepo, “Derecho constitucional a la prueba judicial. Una aproximación”, *Estudios de Derecho* 72, n.º 159 (2015): 61-87. <https://bit.ly/3IIOHgE>.

⁸ Colombia, Corte Constitucional, Sentencias T-589 de 1999 y T-171 de 2006.

⁹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-555 de 1999.

¹⁰ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-034 de 2014.

¹¹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-970 de 1999.

¹² Colombia, Corte Constitucional, Sentencias T-100 de 1998, y T-579 de 2006.

¹³ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-171 de 2006.

En Perú, el derecho a la prueba se considera como una manifestación implícita del macro derecho al debido proceso, y así lo ha reconocido su Tribunal Constitucional al afirmar que “el derecho a la prueba goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3), de la Constitución Política del Perú”.¹⁴ De ahí que “el derecho a probar es un componente elemental del derecho al debido proceso que faculta a los justiciables a postular los medios probatorios que justifiquen sus afirmaciones en un proceso o procedimiento, dentro de los límites y alcances que la Constitución y la ley establecen”.¹⁵ Precisamente, el Tribunal Constitucional de aquel país¹⁶ ha señalado:

... existe un derecho constitucional a probar, aunque no autónomo, que se encuentra orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso. Constituye un derecho básico de los justiciables de producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa.¹⁷

En este sentido, el mismo Tribunal¹⁸ ha reiterado los alcances de este derecho al indicar:

El derecho a probar no solo está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, sino también [por el derecho] a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle[s] el mérito probatorio que tenga[n] en la sentencia, tal como ya se advirtió en el fundamento 6 *supra*;¹⁹ este Tribunal considera que en el caso de autos se ha configurado la invocada afectación del

¹⁴ Perú, Tribunal Constitucional, Caso Marcelino Tineo Silva y más de 5.000 ciudadanos, Exp. 010-2002-AI/TC, FJ X, párr. 148. En idéntico sentido se ha pronunciado en casos posteriores; así, en efecto, en Caso Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana, Exp. 6712-2005-HC/TC, FJ 13, y Caso Luis Federico Salas Guevara Schultz, Exp. 1014-2007-PHC/TC, FJ 8.

¹⁵ Perú, Tribunal Constitucional, Caso César Humberto Tineo Cabrera, Exp. 5068-2006-PHC/TC, FJ 3.

¹⁶ Perú, Tribunal Constitucional, Caso Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana, Exp. 6712-2005-PHC/TC, FJ 15.

¹⁷ Perú, Tribunal Constitucional, Caso César Humberto Tineo Cabrera, Exp. 5068-2006-PHC/TC, FJ 3, y Caso Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana, Exp. 6712-2005-HC/TC, FJ 14. Cfr. Benji Espinoza Ramos, *El derecho a la prueba: apuntes desde la jurisprudencia del TC*. <https://bit.ly/3kDdPoJ>.

¹⁸ Perú, Tribunal Constitucional, Caso Noemí Bessy Landázuri Abanto, Exp. 03997-2013-PHC/TC.

¹⁹ En dicho fundamento se hace referencia a Tribunal Constitucional, Caso Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana, Exp. 6712-2005-PHC, FJ 15.

derecho a la prueba de la recurrente por lo que su demanda de *habeas corpus* deberá ser estimada.²⁰

Recientemente, el mismo Tribunal peruano²¹ ha considerado oportuno reiterar que existe un derecho constitucional a probar,

... que, aunque no es autónomo, se encuentra orientado por los fines propios de la observancia del derecho al debido proceso y lo que el Código Procesal Constitucional –tanto en su versión del 2004 como en la reciente del año 2021– denomina *tutela procesal efectiva*. Como tal, constituye un derecho fundamental de los justiciables de producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Al amparo de este derecho subjetivo, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión, o para ejercer del modo que resulte más conveniente su derecho de defensa.

En México, el derecho a probar está consagrado en el artículo 20, apartado B, fracción IV, y apartado C, fracción II, de la Constitución Federal, en donde se dispone que a toda persona imputada y a la víctima u ofendido (en coadyuvancia con el Ministerio Público) se les recibirán las pruebas pertinentes que ofrezcan, concediéndoseles tiempo legal para ello y auxiliándoseles cuando así lo soliciten para hacerlas comparecer. En el mismo sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en su artículo 8.2, inciso f), determina que el inculpado tiene derecho a que su defensa interrogue “a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”.²²

Por su parte, la Constitución Política de Brasil de 1988, en su capítulo “De los derechos y deberes individuales y colectivos” (Capítulo I del Título II), artículo 5, establece de manera amplia y expresa las siguientes garantías jurisdiccionales: “54. Se garantiza a los litigantes, en el procedimiento judicial o administrativo, y a los acusados en general, un proceso contradictorio y amplia defensa con los medios y recursos inherentes a la misma. 55. Son inadmisibles en el proceso las pruebas obtenidas por medios ilícitos”.

²⁰ Perú, Tribunal Constitucional, Caso Luis Federico Salas Guevara Schultz, Sentencia 1014-2007-PHC, y Caso Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana, Exp. 6712-2005-HC/TC.

²¹ Perú, Tribunal Constitucional, Caso Ajeper S.A., Exp. 02398-2022-PA/TC, FJ 2.

²² Carolina Balleza Valdez, *El derecho a probar: los retos que conlleva la libre apreciación de la prueba en la toma de la decisión penal* (Blog del Centro de Estudios Constitucionales SCJN, 2019), <https://bit.ly/3LDW7lu>.

En República Dominicana, el Tribunal Constitucional, en Sentencia TC/0704/18, ha señalado que un componente elemental del derecho de defensa es el derecho a servirse de los medios de prueba que estime oportuno:

El derecho a la prueba se define como el derecho subjetivo que tiene toda persona de utilizar dentro de un proceso o procedimiento en el que intervienen o participan [*sic*], conforme a los principios que lo delimitan y le dan contenido, todos los medios probatorios que resulten necesarios para acreditar los hechos que sirven de fundamento a su pretensión o a su defensa. Esto implica lo siguiente: i) derecho a ofrecer determinados medios probatorios; ii) derecho a que se admitan los medios probatorios; iii) derecho a que se actúen dichos medios probatorios; iv) derecho a asegurar los medios probatorios; v) derecho a que se valoren los medios probatorios.²³

En el caso de Bolivia, el Tribunal Constitucional, desde sus inicios, ha intentado delimitar el contenido y alcances del derecho a la defensa; de esta manera, a través de la SC 1670/2004-R, de 14 de octubre, estableció la siguiente doctrina jurisprudencial:

... es necesario establecer los alcances del derecho a la defensa reclamado por la recurrente, sobre el cual este Tribunal Constitucional, en la SC 1534/2003-R, de 30 de octubre, manifestó que es la: “[...] potestad inviolable del individuo a [*sic*] ser escuchado en juicio presentando las pruebas que estime convenientes en su descargo, haciendo uso efectivo de los recursos que la ley le franquea. Asimismo, implica la observancia del conjunto de requisitos de cada instancia procesal en las mismas condiciones con quien lo procesa, a fin de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos”; interpretación constitucional de la que se extrae que el derecho a la defensa alcanza a los siguientes ámbitos: i) el derecho a ser escuchado en el proceso; ii) el derecho a presentar prueba; iii) el derecho a hacer uso de los recursos; y iv) el derecho a la observancia de los requisitos de cada instancia procesal.²⁴

Después de esta breve revisión jurisprudencial, se puede concluir que la idea fundamental es que el ciudadano tiene (o debe tener) derecho a “demostrar la verdad de los hechos en los que funda su pretensión” procesal (Taruffo). Esto significa, en otras palabras, que el ciudadano tiene derecho a probar que se han producido, o

²³ República Dominicana, Tribunal Constitucional, Sentencia TC/0704/18, de 10 de diciembre de 2018 (<https://bit.ly/3n1jK77>), y Sentencia TC/0135/14, de 8 de julio de 2014 (<https://bit.ly/3XgKhHD>).

²⁴ Línea jurisprudencial reiterada en Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia Constitucional 1082/2005-R, de 12 de septiembre, y Sentencia Constitucional 0008/2006-R, de 4 de enero.

no, los hechos a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas, porque sólo de esa manera puede garantizarse una correcta aplicación objetiva del ordenamiento, brindando una adecuada seguridad jurídica.

Entonces, conviene analizar detalladamente en qué consiste este derecho a la prueba, y las implicaciones que tiene respecto de la propia noción de prueba judicial. A estos efectos es imprescindible acudir a las ideas del ya citado Ferrer Beltrán, quien sostiene que solo a través de una concepción racionalista de la prueba (que rechaza la vinculación entre prueba y convencimiento puramente psicológico del juez) es posible hacer efectivo el derecho a la prueba en todo su alcance y, consiguientemente, también el derecho a la defensa.

3. Elementos que integran el derecho a la prueba

Para comprender el alcance de los distintos elementos que integran el derecho a la prueba se debe considerar que los mismos no son independientes, sino que más bien se hallan conectados e interrelacionados entre sí; por ello, para que cada uno de estos elementos funcione y tenga sentido debe presentarse acompañado de los siguientes elementos:

El primer elemento es el *derecho a utilizar todas las pruebas de que se dispone para demostrar la verdad de los hechos que fundan la pretensión*. Ello significa que se trata de un derecho subjetivo que solo puede ser ejercido por quien es parte de un proceso judicial (o administrativo), y la única limitación intrínseca a que está sujeto es la relevancia de la prueba propuesta.

Un segundo elemento que integra el derecho a la prueba es el *derecho a que las pruebas sean practicadas dentro del proceso*. Ello implica que, obviamente, no tendría sentido la simple admisión de los medios de prueba propuestos por las partes si esta no va seguida de una efectiva práctica de la prueba en el proceso, conforme lo han manifestado reiteradamente tanto la doctrina como la jurisprudencia comparada.

El tercer elemento definitorio del derecho a la prueba es el *derecho a una valoración racional de las pruebas practicadas*. Ciertamente, el derecho a la prueba no supone un derecho a un determinado resultado probatorio; sin embargo, y como lo ha señalado Taruffo, el reconocimiento del derecho de las partes a que sean admitidas y practicadas las pruebas relevantes para demostrar los hechos que fundamentan su pretensión sería una garantía ilusoria y meramente ritualista si no se asegurara el efecto de la actividad probatoria, es decir, la valoración de las pruebas por parte del juez en la decisión.

Finalmente, el cuarto elemento que permite dotar del alcance debido al derecho a la prueba es la *obligación de motivar las decisiones judiciales*. Ello implica que no existe razón alguna para no hablar de un derecho a obtener una decisión suficiente y expresamente justificada; y en el ámbito del razonamiento sobre los hechos esa

justificación deberá versar tanto sobre los hechos que el juez declare probados como sobre los hechos que declare no probados.²⁵

Ahora bien, uno de los países latinoamericanos que se adscribe a esta tendencia de identificar con precisión los elementos que integran este derecho es Perú, cuyo Tribunal Constitucional se ha pronunciado en relación con el derecho a la prueba estableciendo que este goza de protección constitucional, pues se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Carta Política.²⁶ Así también, ha señalado que el derecho a la prueba de estructura compleja cuyo contenido está compuesto por:

a) el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, b) a que estos sean admitidos, [y] c) adecuadamente actuados, d) [a] que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y e) [a] que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle[s] el mérito probatorio que tenga[n] en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado.²⁷

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, en su labor de construcción de los contenidos del derecho fundamental a la prueba, la ha identificado como aquella certidumbre frente al decreto, práctica, evaluación e incidencia lógica y jurídica proporcional a la importancia dentro del conjunto probatorio en la decisión del juez; lo que incluye, además, el derecho a interrogar, el derecho a lograr la comparecencia de personas a fin de esclarecer los hechos, la controversia probatoria, el juzgar imparcialmente el valor de su convicción, y el derecho de defensa, constituyéndose así en uno de los principales ingredientes del debido proceso y el acceso a la administración de justicia, vale decir, el más importante vehículo para alcanzar la verdad en una investigación judicial; lo que a su vez implica la búsqueda de la verdad y la justicia, así como la exclusión de la prueba inconstitucional o ilícita.

A partir de este contexto se pueden destacar dos consecuencias importantes: en primer lugar, la justicia constitucional, teniendo como fuente la Constitución, señaló

²⁵ Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, 54-57. Estos elementos definitorios del derecho a la prueba, también se encuentran detallados en la obra del mismo autor *Motivación y racionalidad de la prueba*. Colección: Derecho & Tribunales 11 (Lima: Grijley, 2016) 52-56. Véase Bolivia, Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia Constitucional 1102/2019-S2, de 11 de diciembre; línea jurisprudencial reiterada en Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia Constitucional 0016/2020-S1, de 12 de marzo.

²⁶ Perú, Tribunal Constitucional, Caso Marcelino Tineo Silva y más de 5.000 ciudadanos, Exp. 010-2002-AI/TC, FJ 148.

²⁷ Perú, Tribunal Constitucional, Caso Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana, Exp. 6712-2005-HC/TC, FJ 15. Entendimiento reiterado en Tribunal Constitucional, Caso Lisset Marianella Cueva Pereda, Exp. 01084-2022-PA/TC, FJ 5.

que el derecho a la prueba “lleva inmerso la capacidad y prerrogativa a: (i) la proposición o requerimiento de la prueba; (ii) el pronunciamiento sobre su admisibilidad; (iii) a la inclusión en el proceso y, finalmente, (iv) a la valoración o apreciación de las mismas conforme a las reglas de la sana crítica [*sic*]”; y, en segundo lugar, la justicia constitucional ha establecido que el derecho a la prueba encuentra unos límites, ya que “(i) no permite o legitima la solicitud o el decreto de nuevas pruebas y (ii) [...] una vez satisfecho el derecho sustancial, consistente en allegar y valorar las pruebas [...], debe dársele trámite perentorio y urgente al proceso”.²⁸

4. El derecho a la prueba y su desarrollo en la jurisprudencia constitucional boliviana

Algunos autores bolivianos²⁹ consideraban que el Tribunal Constitucional en su primera época –de 1999 a 2007 aproximadamente–, había definido jurisprudencialmente que el derecho a la prueba es un derecho fundamental, y como tal tiene la calidad de “derecho subjetivo que faculta a su titular a acudir al órgano jurisdiccional competente, cuando funcionarios públicos o particulares restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir” el mismo.³⁰ Y sostenían a la vez que, como derecho fundamental que es, no se agota simplemente en su consagración en el Texto Constitucional, sino que está “urgido de realización material plena, y dentro de ello, de su eficaz protección ante cualquier lesión o menoscabo que pudieran sufrir por parte de funcionarios de cualquier jerarquía o de particulares”.³¹

Ciertamente, dicha protección se otorga en la vía constitucional a través del amparo; sin embargo, para poder acceder a la tutela constitucional es necesario hacer notar, al juez o tribunal que conoce la causa, en qué momento o de qué forma se ha infringido el derecho supuestamente vulnerado, para lo cual se necesita conocer el contenido del mismo; razón por demás suficiente para abordar el estudio del contenido esencial de derecho a la prueba y su desarrollo jurisprudencial en el caso boliviano.

Respecto de la clara comprensión de los alcances de este derecho, concordamos con Ruiz Jaramillo cuando asevera que el derecho a la prueba es fundamental en

²⁸ Diego Armando Yáñez-Meza y Jeferson Arley Castellanos-Castellanos, “El derecho a la prueba en Colombia: aspectos favorables y críticos de la reforma del Código General del Proceso en el derecho sustancial y procesal”, *Vniversitas*, n.º 132 (2016): 561-610. <https://bit.ly/3mUm8fD>.

²⁹ Alex Parada Mendía, “El derecho a la prueba en la jurisprudencia nacional (TC y CSJ)”, *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 5 (2008): 45-63. <https://bit.ly/3AMyKLO>. William Herrera Áñez, *La prueba en materia civil* (Cochabamba: Kipus, 2016).

³⁰ Bolivia, Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia Constitucional 1082/2003-R, de 30 de julio.

³¹ Bolivia, Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia Constitucional 1581/2005-R, de 5 de diciembre.

la medida en que es inherente a la persona y tiene, además, diversos mecanismos de refuerzo propios de los derechos fundamentales. En este sentido, el contenido esencial del derecho a la prueba es la posibilidad que tiene la persona de utilizar todos los medios posibles en aras de convencer al juez sobre la verdad del interés material perseguido. Se caracteriza, además, por ser un instrumento de la persona, por lo que de ninguna manera puede expandirse hasta el límite de arrasar con los demás derechos fundamentales. Entonces, se trata de un derecho subjetivo exigible al juez, cuyo objeto es una acción u omisión en la actividad probatoria. Incluso, en su conexión con el derecho al acceso a la justicia, puede tratarse de una prestación económica para hacer seriamente efectivo este derecho, operando en todo tipo de proceso judicial o extrajudicial.³²

En el contexto boliviano, cabe aclarar que a través de la Sentencia Constitucional 1434/2010-R (a tiempo de analizar los alcances de la prueba en un caso de cesación de detención preventiva) el Tribunal Constitucional expuso en sus fundamentos jurídicos algunas nociones acerca del principio de libertad probatoria y su consagración normativa (en materia penal). En este sentido, estableció que, cuando se efectúa la solicitud de cesación de la detención preventiva, por su naturaleza, excepcionalmente la carga de la prueba corresponde al imputado solicitante, y se abre la posibilidad –también excepcional– de producir prueba fuera de juicio, solamente para probar la existencia de nuevos elementos de juicio que demuestren que ya no concurren los motivos que fundaron su detención preventiva, o que existen otros que tornan conveniente sustituirla por otra medida; o, por el contrario, la posibilidad de que la parte acusadora la produzca para acreditar que tales motivos subsisten. Sin embargo,

... no es menos evidente, que en el marco del principio de libertad probatoria que rige en nuestra legislación, no se puede restringir los medios de prueba que el imputado o la parte acusadora pretendan emplear para tal fin, pues hacerlo implicaría desconocer el derecho a la prueba –entendido en la doctrina como el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes en cualquier tipo de proceso en el que un persona se vea involucrada³³– y con ello, cuando se trate del imputado, el derecho a la defensa, reconocido por el art. 16.II de la CPEabrg y [el art.] 119.II de la CPE.³⁴

Posteriormente, en la Sentencia Constitucional 0338/2015-S2, de 20 de marzo, el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) hizo referencia a los elementos constitutivos del debido proceso, señalando que a partir de la interpretación sistemática,

³² Luis Bernardo Ruiz Jaramillo, “El derecho a la prueba como un derecho fundamental”, *Estudios de Derecho* LXIV, n.º 143 (2007), <https://bit.ly/3AH7Eoc>.

³³ Este criterio fue reiterado posteriormente por el Tribunal Supremo de Justicia, Sala Social y Administrativa, a través del Auto Supremo 434/2013, de 29 de julio. <https://bit.ly/3AIocco>.

³⁴ Bolivia, Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia Constitucional 1434/2010-R, de 27 de septiembre.

axiológica y teleológica de los artículos 115.II, 117.I y II, y 180 con relación al 13 de la Constitución Política del Estado (CPE), se advierte que el debido proceso, constituido en la mayor garantía constitucional de la administración de justicia, lleva inmerso en su núcleo una gran cantidad de derechos:

1) A la defensa; 2) Al juez natural; 3) A la garantía de presunción de inocencia; 4) A ser asistido por un traductor o intérprete; 5) A un proceso público; 6) A la conclusión del proceso dentro de un plazo razonable; 7) A recurrir; 8) A la aplicación correcta de la ley; 9) A la igualdad procesal de las partes; 10) A no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable; 11) A la congruencia entre acusación y condena; 12) A una debida fundamentación y motivación de los fallos judiciales; 13) A la garantía del *non bis in idem*; 14) A la *valoración razonable de la prueba*; 15) A la comunicación previa de la acusación; 16) A la concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; 17) A la comunicación privada con su defensor; 18) A que el Estado le otorgue un defensor cuando el imputado no tuviere medios o no nombrare un defensor particular; y, 19) A la *producción de prueba* o libertad probatoria.

De acuerdo con lo expuesto, la jurisprudencia constitucional también ha establecido que el conjunto de derechos previamente enumerados no se constituye en un parámetro limitativo del campo de protección que abarca el debido proceso, sino que permite establecer el contenido expansivo de aquellos otros derechos que en el tiempo, y de acuerdo con las nuevas necesidades de la sociedad cambiante, puedan desprenderse de ellos.

Más adelante, y para una mejor comprensión del caso particular sometido a revisión, la citada Sentencia 0338/2015-S2 consideró conveniente efectuar una rápida revisión de los derechos que integran el núcleo duro del debido proceso: derecho a la fundamentación y motivación de las resoluciones, *valoración de la prueba* e interpretación de la legalidad ordinaria, y derecho a la defensa en relación con la *libertad probatoria*.

Sobre este último aspecto, la Sentencia estableció que el derecho a la defensa ha sido concebido como la facultad reconocida a toda persona, en cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir, presentar pruebas y objetar las de contrario; así como solicitar la producción y valoración del acervo probatorio que se considere favorable; en consecuencia, de hacer uso de todos los recursos previstos en el ordenamiento jurídico para lograr establecer la verdad de los hechos.³⁵

En este sentido, la citada Sentencia 0338/2015-S2 concluyó que el derecho a la defensa implica el derecho a presentar pruebas, lo que también comprende la facultad

³⁵ Bolivia, Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia Constitucional 1881/2012, de 12 de octubre, y Sentencia Constitucional 1821/2010-R, de 25 de octubre.

de producir los elementos de prueba que la parte considere pertinentes y que pudieran influir en la decisión final del proceso; es decir, la libertad probatoria se refiere a todo hecho, circunstancia o elemento contenido en el procedimiento, que resulta importante al momento de asumir una decisión final; sin embargo, la producción de la prueba o libertad probatoria debe enmarcarse en los principios de pertinencia y conducencia, según los cuales debe establecerse un vínculo entre el elemento probatorio y el hecho analizado, teniendo en cuenta que los medios de prueba por ser aportados deberán ser empleados para resolver un caso concreto y particular.

5. Los alcances del debido proceso y el derecho a la defensa. Desarrollo jurisprudencial

En esta breve revisión jurisprudencial, debemos mencionar también la Sentencia Constitucional 0099/2016-S2, de 15 de febrero, en la cual –a efectos de determinar si los extremos demandados eran evidentes para conceder o denegar la tutela solicitada en el caso concreto–, el Tribunal Constitucional desarrolló algunos fundamentos jurídicos respecto del debido proceso y su configuración constitucional, llegando a establecer que, a partir de la interpretación sistemática, axiológica y teleológica de los artículos 115.II, 117.I y II y 180 en relación con el artículo 13 constitucional, se concluye que el debido proceso, constituido en la mayor garantía constitucional de la administración de justicia, lleva inmerso en su núcleo una gran cantidad de derechos, como por ejemplo:

a) derecho a la defensa, b) derecho al juez natural, c) garantía de presunción de inocencia, d) derecho a ser asistido por un traductor o intérprete, e) derecho a un proceso público, f) derecho a la conclusión del proceso dentro de un plazo razonable, f) (sic) derecho a recurrir, g) derecho a la *legalidad de la prueba*, h) derecho a la igualdad procesal de las partes, i) derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, j) derecho a la congruencia entre acusación y condena, de donde se desprende el *derecho a una debida fundamentación y motivación* de los fallos judiciales; k) derecho a la garantía del *non bis in idem*; l) derecho a la *valoración razonable de la prueba*, ll) derecho a la comunicación previa de la acusación; m) derecho a la concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; n) derecho a la comunicación privada con su defensor; o) derecho a que el Estado le otorgue un defensor proporcionado por el Estado cuando el imputado no tuviere medios o no nombrare un defensor particular.

Sin embargo, en la misma Sentencia, el Tribunal consideró necesario aclarar que el catálogo de derechos previamente enumerados no constituye un parámetro limitativo del campo de protección que abarca el debido proceso, sino que permite

establecer el contenido expansivo de aquellos otros derechos que en el tiempo, y de acuerdo con las nuevas necesidades de la sociedad cambiante, puedan desprenderse de ellos. Es precisamente en atención a estos elementos constitutivos del debido proceso que la jurisprudencia constitucional le ha reconocido una triple dimensión a su ámbito de aplicación: como *derecho fundamental* de los justiciables, como *principio procesal* y como *garantía* de la administración de justicia.

Por otro lado, la citada Sentencia 0099/2016-S2 también destaca que el contenido del derecho a la defensa ha sido analizado a través de la reiterada jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional Plurinacional, destacando, asimismo, a partir del contenido normativo del artículo 117.I en relación con el 115.II de la CPE, que el derecho a la defensa forma parte del derecho al debido proceso. Además, en concordancia con el artículo 115 de la Constitución, que consagra el derecho a la defensa, en el plano del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, el artículo 8 de la CADH establece que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías judiciales y dentro de un plazo razonable, y a contar con la oportunidad y el tiempo para preparar su defensa.

De lo señalado se infiere que el derecho a la defensa se encuentra integrado por el conjunto de facultades y garantías previstas en el ordenamiento jurídico, que tienen por objetivo brindar protección al individuo sometido a cualquier proceso, de manera que durante el trámite pueda hacer valer sus derechos sustanciales y logre el respeto de las formalidades propias del juicio, asegurando con ello una recta y cumplida administración de justicia.

En este contexto y de acuerdo con los amplios y reiterados entendimientos sobre el derecho al debido proceso, el Tribunal Constitucional ha establecido que el mismo se descompone en varias garantías que tutelan diferentes intereses, ya sea de los sujetos procesales o de la colectividad, a una pronta y cumplida justicia; en tal sentido, la referida Sentencia Constitucional 0099/2016-S2 estableció que *el derecho a la defensa se constituye en una de sus principales garantías*, definiéndola como la oportunidad de toda persona de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra, y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga; en suma, de acceder a la garantía de poder acudir al proceso y defender sus intereses.

6. El derecho a la defensa y sus dimensiones. Desarrollo jurisprudencial

De acuerdo con los argumentos expuestos en la Sentencia Constitucional 0099/2016-S2, el debido proceso, como derecho fundamental, ha sido definido como la serie de garantías que tienen por fin sujetar las actuaciones de las autoridades judiciales y administrativas a reglas específicas de orden sustantivo y procedimental, con el fin

de proteger los derechos e intereses de las personas en ellas involucrados; es decir, se constituye en la regulación jurídica que limita los poderes del Estado a través de las garantías de protección de los derechos constitucionales, de forma que ninguna de las actuaciones de autoridades públicas obedezca a su libre arbitrio, sino siempre y exclusivamente a los procedimientos legalmente establecidos, destinados a preservar las garantías sustanciales y procedimentales previstas en la Constitución y las leyes.

Dentro de las garantías propias del debido proceso se encuentran las de ejercer el *derecho a la defensa* y las de recurrir las resoluciones judiciales. Ahora bien, el derecho a la defensa cumple en el proceso un papel particular, pues, por una parte, actúa en forma conjunta con las demás garantías, y por otra, es la garantía que hace operativas todas las demás. Por ello, su inviolabilidad es la garantía fundamental con que cuenta el procesado, la cual se encuentra prevista en el artículo 119.II de la Constitución que señala: “Toda persona tiene derecho inviolable a la defensa. El Estado proporcionará a las personas denunciadas o imputadas una defensora o un defensor gratuito, en los casos en que éstas no cuenten con los recursos económicos necesarios”.

El derecho a la defensa tiene dos dimensiones: a) el derecho a la defensa técnica, a la que se halla vinculada la norma constitucional precitada, y b) el derecho a la defensa material, que se concreta en el derecho a ser oído o derecho a declarar en el proceso.

El desarrollo jurisprudencial respecto del derecho a la defensa en su *dimensión material*, reconoce el derecho a defenderse por sí mismo y a intervenir en toda la actividad procesal; y en su *dimensión técnica*, consiste en el derecho irrenunciable de contar con la asistencia de un abogado, entendimiento que tiene su antecedente en la Sentencia Constitucional 1556/2002-R, de 16 de diciembre, y que fue confirmado por la Sentencia Constitucional 0155/2012, de 14 de mayo.

Por su parte, la SC 1534/2003-R, de 30 de octubre, estableció que el derecho a la defensa comprende, a la vez, los *derechos a ser escuchado, a presentar pruebas*, a recurrir y a la observancia de los requisitos de cada instancia; criterio reiterado en la Sentencia Constitucional 0183/2010-R, de 24 de mayo.

Más adelante, la Sentencia Constitucional 0647/2012, de 2 de agosto, amplió el alcance del derecho a la defensa, estableciendo que el mismo comprende otros derechos: a contar con un tiempo razonable para preparar la defensa; a la comunicación privada con su defensor; a que el Estado le proporcione un defensor cuando carezca de medios económicos o a nombrar un abogado particular; a *acceder a las pruebas de cargo y a observarlas*; a no declarar contra sí mismo ni contra sus parientes, y a contar con traductor o intérprete.

En síntesis, de la jurisprudencia glosada, se establece que, como una manifestación del derecho a la defensa material, el procesado goza de la garantía jurisdiccional prevista en el artículo 115.I de la CPE, el cual prescribe que ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso. Esto implica que el acceso a la justicia comprende el derecho del procesado a conocer los cargos o antecedentes que motivan su procesamiento; a ser escuchado en proceso; a *presentar las pruebas que estime pertinentes en su descargo*; a hacer uso

de los recursos; a impugnar las resoluciones que considere lesivas a sus intereses. Por ello, las autoridades judiciales tienen la obligación de asegurar la presencia del imputado en todos los actos del proceso penal que se le sigue, y la prohibición de sustanciar asunto alguno sin conocimiento del procesado.³⁶

7. El derecho a la prueba como elemento sustancial del debido proceso. Desarrollo normativo y jurisprudencial

7.1. Contexto interamericano

En este punto resulta relevante recordar que los más importantes tratados globales y hemisféricos sobre la materia incluyen, entre las garantías mínimas del proceso, el derecho de la persona acusada a interrogar a los testigos llamados por los otros sujetos procesales y a lograr la comparecencia de otras personas que puedan declarar a su favor y ayudar a esclarecer los hechos. El artículo 8.2.f) de la CADH indica:

Toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad, a las siguientes garantías mínimas: “Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”.

De la interpretación de estos postulados se deriva, entonces, que las partes en el proceso, si bien tienen el deber de aportar la prueba necesaria que sustente sus fundamentos, también tienen el derecho de solicitar al juzgador que, en aras de asegurar el ejercicio del derecho a la defensa y conservar intacto hasta el último momento el derecho a la presunción de inocencia, se produzcan nuevos elementos probatorios y se practiquen las actuaciones y diligencias probatorias que resulten necesarias para asegurar el principio de realización y efectividad de los derechos.

Esto no implica desconocer la facultad del juzgador de definir cuáles pruebas son o no pertinentes, conducentes y procedentes para contribuir al esclarecimiento de los hechos y a la definición acerca de la responsabilidad del procesado, sino que, más allá del sentido formal que se otorga a la prueba, se permita obtener y coleccionar todo elemento mínimamente necesario que sea conducente a la averiguación de la verdad de los hechos; esto, con la finalidad de materializar una verdadera justicia que preserve el estado de inocencia del inocente y resguarde, proteja y restituya los derechos de quien eventualmente se constituya en víctima.

³⁶ Cfr. Bolivia, Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia Constitucional 0866/2019-S2, de 25 de septiembre.

Por lo anterior, al juzgador le es posible negar alguna o algunas de tales pruebas cuando no se cumplen los requisitos legales esenciales o porque en el proceso respectivo no tienen lugar; sin embargo, toda denegación de prueba debe ser motivada suficientemente, a la luz de los postulados constitucionales: lo contrario implica, claramente, la vulneración del derecho fundamental al debido proceso y hace ostensible y manifiesta la arbitrariedad judicial.

7.2. Contexto boliviano

El debido proceso, como derecho fundamental, se define como una serie de garantías que tienen por objeto sujetar las actuaciones de las autoridades judiciales y administrativas a reglas específicas de orden sustantivo y procedimental, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas en ellas involucrados; es decir, se trata de una regulación jurídica que limita los poderes del Estado a través de las garantías de protección de los derechos constitucionales, de forma que ninguna de las actuaciones de autoridades públicas obedezca a su libre arbitrio, sino solo a los procedimientos legalmente establecidos, destinados a preservar las garantías sustanciales y procedimentales previstas en la Constitución y las leyes.

Bajo esa comprensión –y según los fundamentos de la citada Sentencia Constitucional 0099/2016-S2–, el debido proceso tiene la finalidad de garantizar la defensa y preservación del valor material de la justicia, como fin esencial del Estado para la preservación de la convivencia social y la protección de todas las personas en su vida, honra, bienes y derechos constitucionales.

Además, el debido proceso se constituye en instrumento eficaz para asegurar la objetividad en la confrontación de las pretensiones jurídicas, por cuanto su vital importancia se halla vinculada a la búsqueda del orden justo, motivo por el cual toda persona sometida a procesamiento debe contar con la mínima garantía de que quien lo procesa sea imparcial y actúe conforme con el procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se somete a su conocimiento.

Ahora bien, de acuerdo con la propia naturaleza de la materia penal, frente a la comisión de una conducta punible es deber del Estado realizar una investigación seria, imparcial y sujeta a las exigencias del debido proceso para esclarecer los hechos. A este efecto, la Convención Americana, a través de su amplia jurisprudencia, ha establecido un sistema de garantías que regulan el ejercicio punitivo del Estado con la pretensión de asegurar que el imputado no sea sometido a decisiones arbitrarias; garantías dentro de las cuales se destacan las siguientes: a) el derecho a ser oído por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad a la ley;³⁷ b) el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable,

³⁷ Corte IDH, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2004; Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, Sentencia de 24 de septiembre de 1999; Caso Castillo Petrucci vs. Perú, Sentencia de 30 de mayo de 1999; Caso Cesti Hurtado vs. Perú, Sentencia de 19 de

sin dilaciones injustificadas; c) el derecho a la presunción de inocencia,³⁸ en el cual identifica ciertos presupuestos, como que la carga probatoria corresponde a quien acusa y no al acusado,³⁹ y que nadie puede ser privado de su libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificados en la ley y con sujeción a los procedimientos contemplados en la misma;⁴⁰ d) el derecho a la defensa.⁴¹

En este contexto, el Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho a la defensa comprende el derecho al ejercicio de todos los medios legales para ser oído y obtener una decisión favorable; es decir que implica *la facultad de pedir y aportar pruebas así como de controvertir las que se aporten en su contra*, formular peticiones y alegaciones e impugnar las decisiones que se adopten y que pudieran ser contrarias o lesivas de sus derechos.

En esta comprensión, *el derecho a la prueba se convierte en un elemento sustancial del debido proceso* con respecto al derecho de acceso a la justicia, por cuanto constituye el medio más importante para alcanzar la verdad de los hechos dentro de un proceso de investigación; en este sentido, el artículo 115 de la Constitución garantiza el derecho al debido proceso y a la defensa, respondiendo a un principio universal de justicia, según el cual toda persona sometida a juzgamiento tiene derecho a defenderse, lo que implica el derecho a controvertir las pruebas que se alleguen en su contra y a presentar y solicitar aquellas que las desvirtúen, tomando siempre en cuenta el derecho a la presunción de su inocencia.

De ahí que no pueda ignorarse la importancia que revisten las pruebas dentro de todo proceso –judicial o administrativo–, y en especial en materia penal, toda vez que únicamente a través de una exhaustiva producción y análisis de los elementos probatorios, el juzgador podrá adquirir el conocimiento, al menos superficial y mínimo, de los hechos, para poder, a partir de ello, aplicar las normas jurídicas pertinentes.

septiembre de 1999; Caso 19 Comerciantes vs. Colombia, Sentencia de 5 de julio de 2004; Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua, Sentencia de 29 de enero de 1997; Caso Loayza Tamayo vs. Perú, Sentencia de 17 de septiembre de 1997; Caso Durand y Ugarte vs. Perú, Sentencia de 16 de agosto de 2000.

³⁸ Corte IDH, Caso Ricardo Canese, Sentencia de 31 de agosto de 2004; Caso Tibi vs. Ecuador, Sentencia del 18 de septiembre de 2004; Caso Loayza Tamayo vs. Perú, Sentencia del 17 de septiembre de 1997; Caso Cantoral Benavides vs. Perú, Sentencia de 18 de agosto de 2000.

³⁹ Corte IDH, Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, Sentencia de 31 de agosto de 2004.

⁴⁰ Corte IDH, Caso Gangarm Panday vs. Suriname, Sentencia de 21 de enero de 1994; Caso Durand y Ugarte vs. Perú, Sentencia de 16 de agosto de 2000; Caso Tibi vs. Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004; Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, Sentencia de 12 de noviembre de 1997.

⁴¹ Willman Durán Ribera, “Las garantías procesales de la Constitución boliviana”, VII Seminario Internacional Justicia Constitucional y Estado de Derecho, Tribunal Constitucional. Memoria n.º 8. (Sucre: Tupac Katari, 2005), 19; Carlos Enrique Edwards, *Garantías constitucionales en materia penal* (Buenos Aires: Astrea, 1996), 101; Luis Paulino Mora Mora, “Garantías constitucionales en relación con el imputado”, en *Un nuevo sistema procesal penal en América Latina* (Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer, 1998), 25; cfr. Bolivia, Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia Constitucional 1171/2017-S1, de 24 de octubre.

Entonces, la producción de la prueba y su debate resultan imprescindibles para ilustrar el criterio del juzgador, por cuanto a través de ella entra en conocimiento del asunto objeto de litigio, abriéndose además la posibilidad de contradecirla y complementarla en el curso del proceso; se cumple así, en consecuencia, con la garantía del debido proceso y la materialización del derecho a la defensa, elementos sustanciales que son de la esencia del Estado social de derecho plurinacional.

Ahora, si bien es evidente que todo juzgador debe guiarse por la sana crítica y goza de independencia al momento de apreciar y otorgar un valor a las pruebas que obran dentro del proceso, no menos cierto es que, ante la existencia de actos contrarios a las reglas constitucionales que afecten el debido proceso y los derechos que conexos, la parte afectada que carezca de otro medio de defensa que restituya o proteja sus derechos podrá acudir a la vía constitucional, *instancia de última ratio* que tiene por misión precautelar el respeto y la vigencia de los derechos y garantías constitucionales.

Entonces, el *desconocimiento del derecho a la prueba* constituye una vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa; y, cuando esta vulneración sea evidente, los mismos podrán ser restituidos a través de la acción de amparo constitucional.

Por lo tanto, resulta factible solicitar tutela constitucional cuando el juzgador no ha efectuado ningún examen probatorio, o cuando se ignoran algunas de las pruebas aportadas, o cuando se niega a una de las partes el derecho a la prueba, o también cuando, dentro del expediente, existen elementos de juicio que con claridad conducen a determinada conclusión, eludida por el juez con manifiesto error o descuido, en desmedro lesivo de los derechos del accionante. Y si bien la jurisprudencia constitucional ha establecido una serie de requisitos que han de ser cumplidos por quien demanda tutela, también ha determinado que, cuando las lesiones denunciadas resultan evidentes, el Tribunal Constitucional Plurinacional podrá ingresar a revisar la valoración de la prueba, la interpretación de la legalidad ordinaria y la fundamentación y motivación de las resoluciones –judiciales o administrativas– que se refieran a dichos elementos.

En este contexto, la jurisdicción constitucional, en uso de su facultad potestativa de revisión de la valoración de la prueba (comprendida en sus tiempos de presentación, debate, producción y análisis), y de interpretación de la legalidad ordinaria y verificación de la fundamentación y motivación de las resoluciones referidas a estos elementos, podrá verificar la existencia de fallas producidas respecto a la actividad probatoria, las cuales pueden producirse como efecto de: i) la falta de decreto y práctica de pruebas conducentes a la solución del caso; ii) la errada valoración de las pruebas aportadas por las partes del proceso, y iii) la valoración de pruebas nulas de pleno derecho u obtenidas con prescindencia de la ley.

Estos criterios, indudablemente, coadyuvan a brindar una tutela judicial efectiva al derecho a la prueba, y a su necesaria justiciabilidad en el contexto boliviano.

Conclusiones

Como se ha podido apreciar en esta breve revisión de la jurisprudencia constitucional a nivel comparado, el derecho a la defensa se constituye en una de las principales garantías del debido proceso, y se define como la oportunidad de toda persona de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra, y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga; en suma, de acceder a la garantía de poder acudir al proceso y defender sus intereses.

Lo anteriormente señalado, concuerda con el mandato constitucional en virtud del cual, en Bolivia, toda persona tiene derecho inviolable a la defensa. En ese contexto, se debe tener en cuenta que el debido proceso, constituido en la mayor garantía constitucional de la administración de justicia, lleva inmersos en su núcleo una gran cantidad de derechos, entre ellos el derecho a la valoración razonable de la prueba y el derecho a la producción de prueba o libertad probatoria. En este sentido, para la jurisdicción constitucional, el núcleo duro del debido proceso está conformado precisamente por el derecho a la fundamentación y motivación de las resoluciones, la valoración de la prueba y la interpretación de la legalidad ordinaria, y el derecho a la defensa en relación con la libertad probatoria.

Ahora bien, si entendemos que el ejercicio del derecho a la defensa implica el derecho a presentar pruebas, ello comprende también la facultad de producir los elementos de prueba que la parte considere pertinentes y que pudieran influir en la decisión final del proceso; vale decir que la libertad probatoria se refiere a todo hecho, circunstancia o elemento contenido en el procedimiento y que resulta importante al momento de asumir una decisión final. Sin embargo, cabe reiterar que la producción de la prueba o libertad probatoria debe enmarcarse ineludiblemente en los principios de pertinencia, utilidad y conducencia, según los cuales debe establecerse un vínculo entre el elemento probatorio y el hecho analizado, teniendo en cuenta que los medios de prueba por ser aportados deberán ser empleados para resolver un caso concreto y particular. Ello significa que el derecho a la prueba no solamente implica el hecho de presentar pruebas dentro del proceso, sino que además debe ser entendido como el derecho a que esos medios de prueba sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, a fin de darles el mérito probatorio que les corresponda, lo cual deberá quedar plasmado expresamente en la sentencia definitiva.

Por otro lado, si bien es cierto que la Constitución boliviana no cuenta con una norma expresa que establezca el derecho a la prueba como un derecho fundamental, la jerarquía constitucional de ese derecho ha sido admitida a partir de los lineamientos establecidos por el Tribunal Constitucional Plurinacional. De ahí que el carácter fundamental del derecho a la prueba tenga su base en que se halla configurado como un elemento sustancial de la garantía del debido proceso, y, en consecuencia, es plenamente justiciable mediante la acción de amparo constitucional, conforme lo ha establecido con claridad la jurisprudencia constitucional.

En definitiva, el derecho a la prueba se constituye en un elemento de vital importancia para preservar la garantía del debido proceso y el derecho a la defensa, por cuanto a través del mismo habrá de alcanzarse la verdad material, tanto en la fase preliminar de una investigación como en el proceso mismo (ya sea judicial o administrativo), bien sea aportando las pruebas necesarias o controvirtiendo aquellas que se opongan a las pretensiones de quien busca mantener intacta la presunción de su inocencia; por tanto, el ejercicio del derecho a la prueba exige la aplicación de ciertas reglas de racionalidad para la valoración pertinente, objetiva, adecuada e idónea de la prueba, todo lo cual resulta imprescindible a la hora de formarse un criterio adecuado el juzgador respecto al asunto que debe conocer y resolver, constituyéndose así en una garantía mínima de idoneidad en el proceso, vinculado a la imparcialidad del (la) juez(a) en Bolivia.

Bibliografía

Doctrina

- BALLEZA VALDEZ, Carolina. *El derecho a probar: los retos que conlleva la libre apreciación de la prueba en la toma de la decisión penal*. Blog del Centro de Estudios Constitucionales SCJN, 2019. <https://bit.ly/3lDW7lu>.
- COUTURE, Eduardo J. *Vocabulario jurídico. Con especial referencia al derecho procesal positivo vigente uruguayo*. Buenos Aires: Depalma, 1988.
- DURÁN RIBERA, Willman. “Las garantías procesales de la Constitución boliviana”. *VII Seminario Internacional Justicia Constitucional y Estado de Derecho, Tribunal Constitucional. Memoria n.º 8*, Sucre: Tupac Katari, 2005.
- EDWARDS, Carlos Enrique. *Garantías constitucionales en materia penal*. Astrea: Buenos Aires, 1996.
- ESPIÑOZA RAMOS, Benji. *El derecho a la prueba: apuntes desde la jurisprudencia del TC*. <https://bit.ly/3kDdPoJ>.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2005.
- FERRER BELTRÁN, Jordi. *Motivación y racionalidad de la prueba*. Lima: Grijley, 2016.
- HERRERA ÁÑEZ, William. *La prueba en materia civil*. Cochabamba: Kipus, 2016.
- MIDÓN, Marcelo. “El derecho a la prueba como contenido esencial de la garantía del proceso justo”. *Proceso y Constitución*. Editado por Osvaldo Gozaini. Buenos Aires: Ediar, 2009.
- MORA MORA, Luis Paulino. “Garantías constitucionales en relación con el imputado”. En *Un nuevo sistema procesal penal en América Latina*. Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer, 1998.
- PARADA MENDÍA, Alex. “El derecho a la prueba en la jurisprudencia nacional (TC y CSJ)”. *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 5 (2008): 45-63. <https://bit.ly/3AMyKLO>.

- PÉREZ RESTREPO, Juliana. “Derecho constitucional a la prueba judicial. Una aproximación”. *Estudios de Derecho* 72, n.º 159 (2015): 61-87. <https://bit.ly/3IIOHgE>.
- RUIZ JARAMILLO, Luis Bernardo. “El derecho a la prueba como un derecho fundamental”. *Estudios de Derecho* LXIV, n.º 143 (2007). <https://bit.ly/3AH7Eoc>.
- TARUFFO, Michele, Jordi FERRER BELTRÁN y Ma. del Carmen VÁZQUEZ ROJAS. “La verdad y prueba dentro el proceso”. En *Teoría de la prueba*. Sucre: Tribunal Constitucional Plurinacional, 2018. <https://bit.ly/39AvVkM>.
- YÁÑEZ-MEZA, Diego Armando y Jeferson Arley CASTELLANOS-CASTELLANOS. “El derecho a la prueba en Colombia: aspectos favorables y críticos de la reforma del Código General del Proceso en el derecho sustancial y procesal”. *Vniversitas*, n.º 132 (2016): 561-610. <https://bit.ly/3mUm8fD>.

Jurisprudencia

Bolivia

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. Sentencia Constitucional 1082/2003-R, de 30 de julio.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. Sentencia Constitucional 1082/2005-R, de 12 de septiembre.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. Sentencia Constitucional 1581/2005-R, de 5 de diciembre.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. Sentencia Constitucional 0008/2006-R, de 4 de enero.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. Sentencia Constitucional 1298/2010-R, de 13 de septiembre.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. Sentencia Constitucional 1434/2010-R, de 27 de septiembre.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. Sentencia Constitucional 1821/2010-R, de 25 de octubre.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. Sentencia Constitucional 1881/2012, de 12 de octubre.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. Sentencia Constitucional 1171/2017-S1, de 24 de octubre.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. Sentencia Constitucional 0866/2019-S2, de 25 de septiembre.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. Sentencia Constitucional 1102/2019-S2, de 11 de diciembre.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL. Sentencia Constitucional 0016/2020-S1, de 12 de marzo.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, SALA SOCIAL Y ADMINISTRATIVA. Auto Supremo 434/2013, de 29 de julio. <https://bit.ly/3AIocco>.

Colombia

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-100 de 1998.
 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-555 de 1999.
 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-589 de 1999.
 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-970 de 1999.
 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-537 de 2006.
 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-171 de 2006.
 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-579 de 2006.
 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-034 de 2014.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

CORTE IDH. Caso Gangarm Panday vs. Suriname. Sentencia de 21 de enero de 1994.
 CORTE IDH. Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua. Sentencia de 29 de enero de 1997.
 CORTE IDH. Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Sentencia de 17 de septiembre de 1997.
 CORTE IDH. Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Sentencia de 12 de noviembre de 1997.
 CORTE IDH. Caso Castillo Petruzzi vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999.
 CORTE IDH. Caso Cesti Hurtado vs. Perú. Sentencia de 19 de septiembre de 1999.
 CORTE IDH. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Sentencia de 24 de septiembre de 1999.
 CORTE IDH. Caso Durand y Ugarte vs. Perú. Sentencia de 16 de agosto de 2000.
 CORTE IDH. Caso Cantoral Benavides vs. Perú. Sentencia de 18 de agosto de 2000.
 CORTE IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004.
 CORTE IDH. Caso 19 Comerciantes vs. Colombia. Sentencia de 5 de julio de 2004.
 CORTE IDH. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Sentencia de 31 de agosto de 2004.
 CORTE IDH. Caso Tibi vs. Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004.
 CORTE IDH. Caso Tibi vs. Ecuador. Sentencia de 18 de septiembre de 2004.

Perú

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Caso Marcelino Tineo Silva y más de 5.000 ciudadanos, Exp. 010-2002-AI/TC.
 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Caso Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana, Exp. 6712-2005-HC/TC.
 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Caso César Humberto Tineo Cabrera, Exp. 5068-2006-PHC/TC.
 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Caso Luis Federico Salas Guevara Schultz, Exp. 1014-2007-PHC/TC.
 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Caso Noemí Bessy Landázuri Abanto, Exp. 03997-2013-PHC/TC.
 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Caso Ajeper S.A., Exp. 02398-2022-PA/TC.
 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Caso Lisset Marianella Cueva Pereda, Exp. 01084-2022-PA/TC.

República Dominicana

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia TC/0135/14, de 8 de julio de 2014. <https://bit.ly/3XgKhhD>.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia TC/0704/18, de 10 de diciembre de 2018. <https://bit.ly/3n1jK77>.

Beatriz Lodônio Dantas* (Brasil)
Thiago Oliveira Moreira** (Brasil)

O papel do *Ius Constitutionale Commune Latino-Americano* na proteção dos direitos humanos das pessoas em situação de mobilidade internacional

RESUMO

O *Ius Constitutionale Commune Latino-Americano* (Iccal) conduz os Estados da região a buscarem soluções comuns para problemas comuns. Considerando a delicada situação migratória vivida na região e o estabelecimento de *standards* protetivos proporcionados pelo Iccal, indaga-se: quais desafios obstam a criação e consolidação de *standards* protetivos às pessoas em situação de mobilidade internacional? Esta pesquisa objetiva compreender as perspectivas para a criação de padrões migratórios dentro do Iccal. Para tanto, aborda os aspectos gerais sobre o Iccal, a proteção às pessoas em situação de mobilidade internacional no âmbito onusiano e regional e identifica os *standards* interamericanos de proteção às pessoas em situação de mobilidade internacional. A pesquisa se valeu da abordagem dedutiva e a técnica empregada foi a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Concluiu-se que o uso do conceito clássico de soberania, a resistência ao diálogo e o desconhecimento do *corpus iuris* interamericano são os principais desafios a serem enfrentados.

Palavras-chave: *Ius Constitutionale Commune Latino-Americano*; *standards* interamericanos; mobilidade internacional.

* Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Bolsista da Capes junto ao PPGD/UFRN. beatriz.dantas.77@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6352-6753>.

** Professor adjunto IV da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Doutor e mestre em Direito pela Universidade do País Basco (UPV/EHU). Mestre em Direito pela UFRN. thiago.moreira@ufrn.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6010-976X>.

The Role of *Ius Constitutionale Commune* in Latin America in the protection of the human rights of persons in international human mobility situations

ABSTRACT

Ius Constitutionale Commune in Latin America (ICCAL) is leading states in the region to pursue shared solutions to shared problems. Considering the region's sensitive migratory situation, and the establishment of protection standards offered by ICCAL, we ask: What challenges are hindering the creation and consolidation of protection standards for people in international human mobility situations? This article seeks to understand the perspectives to create migration standards within ICCAL. To this end, the study addresses general aspects of ICCAL, the protection of people in international human mobility situations in the context of the United Nations and at the regional level, and it identifies the inter-American standards for the protection of persons in international human mobility situations. The research is based on a deductive approach and employs a bibliographic and jurisprudential research technique. It concludes that recourse to the classic concept of sovereignty, resistance to dialogue, and a lack of knowledge of the inter-American corpus iuris are the main challenges ahead.

Keywords: *Ius Constitutionale Commune* in Latin America; inter-American standards; international human mobility.

Die Rolle des *Ius Constitutionale Commune* en América Latina beim Schutz von international mobilen Personen

ZUSAMMENFASSUNG

Das *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL) veranlasst die Länder der Region, nach gemeinsamen Lösungen für gemeinsame Probleme zu suchen. Angesichts der angespannten Migrationslage in der Region und der Festlegung von Schutzstandards durch das ICCAL stellt sich die Frage: Welche Herausforderungen stehen der Entwicklung und Konsolidierung von Schutzstandards für international mobile Personen im Wege? Gegenstand des Beitrags ist es, einen Beitrag zum Verständnis der Perspektiven für die Schaffung von Migrationsstandards des ICCAL zu leisten. Dazu wird auf die allgemeinen Aspekte des ICCAL, das heißt den Schutz von international mobilen Personen im Bereich der Vereinten Nationen und auf regionaler Ebene eingegangen; zugleich werden die interamerikanischen Standards zum Schutz von international mobilen Personen herausgearbeitet. Ausgehend von einem deduktiven Ansatz erfolgt eine Recherche der Literatur und Rechtsprechung. Abschließend lässt sich feststellen, dass die Verwendung des klassischen Souveränitätskonzepts, Dialogunwilligkeit und Unkenntnis des interamerikanischen corpus iuris die wichtigsten Herausforderungen sind, die überwunden werden müssen.

Schlüsselwörter: *Ius Constitutionale Commune* en América Latina; interamerikanische Standards; internationale Mobilität.

Introdução

O *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano (Iccal) pode ser definido como enfoque regional comum que busca guiar os ordenamentos jurídicos constitucionais na realização dos direitos humanos na região. Neste contexto regional de concretização de direitos humanos e de articulação entre juízes nacionais e juízes regionais, desponta a necessária proteção dos direitos humanos dos migrantes.

Ademais, é sabido que a América Latina é permeada por diásporas, como a haitiana, a síria e a venezuelana; que atualmente vive uma crise migratória, agravada pelo período pandêmico; e, por fim, que as pessoas em situação de mobilidade internacional na região gozam de garantias conferidas pelo Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIPDH).

É certo que o Iccal tem o condão de modificar a realidade de violação dos direitos humanos das pessoas em situação de mobilidade internacional nos Estados latino-americanos ao estabelecer *standards* migratórios. Assim, indaga-se: quais desafios se apresentam à construção e consolidação de *standards* de proteção aos migrantes no Iccal?

Parte-se da hipótese de que os principais obstáculos que se apresentam ao avanço da produção dos *standards* protetivos para a garantia dos direitos humanos dos migrantes na América Latina são a resistência ao diálogo por parte dos tribunais domésticos, a invocação do conceito clássico de soberania estatal para tolher a aplicação do direito internacional no ordenamento jurídico doméstico e o desconhecimento acerca dos precedentes estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

O objetivo geral deste artigo é identificar a dinâmica de criação de padrões migratórios dentro do Iccal e averiguar seus desafios e perspectivas para a garantia de direitos humanos relacionados às pessoas em situação de mobilidade internacional na América Latina.

Para responder à problemática, alguns objetivos precisam ser alcançados. Inicialmente, é necessário abordar o panorama geral do Iccal com ênfase na relação dos ordenamentos jurídicos nacionais com o SIPDH, com destaque para a Corte IDH e para as ferramentas de concretização do Iccal; verificar como se opera a proteção dos direitos humanos dos migrantes no sistema onusiano e, em seguida, no SIPDH; e, por fim, identificar os *standards* interamericanos de proteção às pessoas em situação de mobilidade internacional, averiguando como o Supremo Tribunal Federal (STF) realiza o diálogo interjurisdicional e as eventuais limitações e perspectivas para sua implantação na região.

Para alcançar os objetivos previamente elencados, a pesquisa se valeu da abordagem dedutiva, na medida em que partiu de premissas gerais acerca do Iccal para alcançar conclusões particulares no âmbito das pessoas em situação de mobilidade internacional. A técnica empregada foi a de pesquisa bibliográfica em livros e artigos científicos oriundos da doutrina latino-americana. Ademais, para selecionar decisões

do STF foi realizada a busca aleatória no banco de jurisprudência do *site* do respectivo tribunal (<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>) pelo emprego dos termos “migrantes”, “mobilidade internacional” e os principais casos julgados pela Corte IDH (Caso Tibi vs. Equador, Caso Acosta Calderón vs. Equador, Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador, Caso Bueno Alves vs. Argentina, Caso das Crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana, Caso Vélez Lóor vs. Panamá, Caso Nadege Dorzema vs. República Dominicana, Caso da Família Pacheco Tineo vs. Bolívia e Caso das Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas vs. República Dominicana).

A pesquisa é qualitativa e descritiva, vez que discorre sobre o surgimento, os elementos centrais do Iccal e a maneira como este opera a salvaguarda das pessoas em situação de mobilidade internacional na América Latina, e exploratória pelo intuito de aprimorar as pesquisas sobre o tema e viabilizar a construção de novas hipóteses.

O artigo se justifica por abordar um tema de grande relevância para a proteção dos direitos humanos, especialmente considerando a crise migratória pela qual a América Latina passa e os vários *standards* migratórios já estabelecidos pela Corte IDH. Ademais, o trabalho possui forte ligação com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, notadamente o 10 e o 16 (redução das desigualdades; e paz, justiça e instituições eficazes). Ao final, espera-se demonstrar o grande potencial do Iccal na defesa dos direitos humanos dos migrantes e seu alcance de alto impacto em nível doméstico.

1. Delineamentos do *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano

Inicialmente, é necessário pontuar que a ideia de um direito comum não é inédita, posto que indissociável da larga experiência europeia, dotada de fundamentos teóricos e características próprias que são inclusive utilizados como parâmetro na experiência latino-americana.¹ Todavia, devido às limitações inerentes a este trabalho, apenas a realidade da América Latina será estudada. Prosseguindo-se com a análise, é de se frisar que o direito internacional e o direito interno vêm sofrendo mudanças impactantes, sendo cada vez mais claro o nível de interação e interdependência entre ambos, sobretudo no que diz respeito aos direitos humanos.²⁻³

¹ Thiago Oliveira Moreira, “A Possível Formação de um Direito Constitucional Comum na América Latina e os Direitos Humanos Sociais”, em *Direito internacional na contemporaneidade*. Org. por Thiago Oliveira Moreira, Diogo Pignataro de Oliveira e Yanko Xavier (Brasília: CFOAB, 2018), 164-165.

² Paola Acosta Alvarado, “*Ius Commune* interamericano: Brevíssimas notas sobre el concepto de diálogo”, em *Ius constitutionale commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión*, org. por Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro/Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017), 371.

³ No mesmo sentido: “[...] a proteção dos direitos humanos não encontra uma linha clara entre o nacional e o internacional, devido ao constante processo de retroalimentação e

Na América Latina, particularmente, existe um contexto propício de desenvolvimento de um diálogo judicial que resulta na construção de uma rede judiciária interamericana e, principalmente, na configuração de um Iccal.⁴

Nesse sentido, o Iccal pode ser entendido como uma tendência original latino-americana com vistas a um constitucionalismo transformador. A seguir, serão abordados o conceito, a base jurídica, os objetivos, as características e elementos do Iccal para a compreensão de suas múltiplas dimensões.

1.1. A construção do *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano

O surgimento do Iccal está atrelado a uma combinação de fatores que ocorreram ao longo do processo de democratização da região: o alargamento do SIPDH e da sua jurisprudência, as cláusulas constitucionais abertas e a atuação da sociedade civil na busca por direitos e justiça.⁵

Não se pode esquecer que o contexto latino-americano foi permeado por ditaduras, graves violações de direitos humanos e pela desigualdade econômica e social, o que resulta em uma realidade comum aos seus Estados, não obstante as particularidades culturais existentes.⁶

Assim, o Iccal pode ser compreendido como um fenômeno jurídico estruturado ao final do século XX e definido como o direito comum construído a partir da interconexão entre a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (CADH), o *corpus iuris* interamericano e as normas constitucionais, interligando todos os sistemas constitucionais latino-americanos.⁷

Trata-se de um projeto político, jurídico e cultural pautado no entendimento de que somente sob uma perspectiva transformadora será possível enfrentar os desafios contemporâneos com sucesso.⁸ Nesse sentido, sua construção leva em consideração a experiência da região europeia sem com ela competir.⁹

Para Armin von Bogdandy, entre seus objetivos centrais figuram a promoção dos direitos humanos, da democracia e do estado de direito, o desenvolvimento de um

interdependência entre os dois níveis [...]”. Bruno Barbosa Borges e Flávia Piovesan, “O diálogo inevitável interamericano e a construção do *Ius Constitutionale Commune*”, *Revista Direitos Fundamentais & Democracia* (2019): 9. 10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v24i31328.

⁴ Acosta Alvarado, “*Ius Commune* interamericano: Brevíssimas notas”, 371-372.

⁵ Barbosa Borges e Piovesan, “O diálogo inevitável interamericano”, 16.

⁶ Ana Carolina Lopes Olsen e Katia Kozicki, “O papel da Corte Interamericana de Direitos humanos na construção dialogada do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas* (2019): 303. 10.5102/rbpp.v9i2.6005.

⁷ Lopes Olsen e Kozicki, “O papel da Corte Interamericana de Direitos humanos”, 301-302.

⁸ Armin von Bogdandy, *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014), 774. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3683/27.pdf>.

⁹ von Bogdandy, *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, 774.

Estado aberto e a criação de instituições internacionais efetivas e legítimas: todos relacionados aos conceitos-chave de diálogo, inclusão e pluralismo normativo.¹⁰

É que os Estados latino-americanos se abriram para o direito internacional dos direitos humanos e, conseqüentemente, para a proteção dos princípios fundamentais constitucionais através das cláusulas de abertura que conferem *status* constitucional e primazia aos tratados de direitos humanos.¹¹ Logo, os conceitos de Estado e soberania são adaptados às dinâmicas transnacionais contemporâneas e as instituições não estatais são bem-vindas pelo fortalecimento e apoio externo que conferem à governança global.¹²⁻¹³

Em relação aos conceitos-chave que permeiam os objetivos do Iccal, algumas considerações são pertinentes: i) o diálogo remete ao diálogo entre tribunais, sobretudo à justificação e fundamentação dos argumentos empregados nas decisões judiciais, o que só funciona se as partes se propõem a um projeto comum, pois, do contrário, há apenas interação; ii) a inclusão significa o envolvimento de todos nos grandes sistemas sociais, como por exemplo, o de saúde, o educacional, o político etc.; e, iii) o pluralismo político consiste numa forma de relação entre as regras de vários sistemas, como o nacional e o internacional, sem a perspectiva hierárquica.¹⁴

No que concerne aos pilares do Iccal, Rodolfo Arango levanta a tese de que este teria três: uma concepção independente de direitos fundamentais, uma concepção de social-democracia e uma concepção participativa de justiça social.¹⁵ O autor explica que a positivação dos direitos humanos não é suficiente para efetivá-los e, em razão disso, foram reconhecidos como direitos fundamentais: são tão importantes que devem ser constitucionalmente garantidos por meio de vários mecanismos.¹⁶

Subseqüentemente, o princípio democrático seria formado, no mínimo, pela autodeterminação política do povo em eleições periódicas, pelo estabelecimento de mandatos fixos para os representantes eleitos e pela adoção do sufrágio universal.¹⁷

¹⁰ von Bogdandy, *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, 775.

¹¹ von Bogdandy, *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, 775.

¹² von Bogdandy, *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, 775.

¹³ Nesse sentido, Rodolfo Arango destaca que a soberania democrática dos Estados contemporâneos teve que ceder ante o avanço das jurisdições universal, regional e local para a defesa dos direitos humanos. Rodolfo Arango, “Fundamentos del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: Derechos Fundamentales, Democracia y Justicia Constitucional”, em *Ius constitutionale commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión*, org. por Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro/Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017), 29.

¹⁴ von Bogdandy, *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, 775-776.

¹⁵ Arango, “Fundamentos del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina”, 27.

¹⁶ Arango, “Fundamentos del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina”, 28.

¹⁷ Arango, “Fundamentos del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina”, 30-31.

Por último, tem-se a jurisdição constitucional como garantia de realização dos direitos fundamentais e da democracia.¹⁸

Cabe, neste momento do estudo, destacar que o Iccal parte da premissa da insuficiência estatal para cumprir os princípios fundamentais de respeito aos direitos humanos, ao Estado de direito e da democracia: longe de se falar de uma ausência do reconhecimento do papel central do Estado, o que se propaga é a insuficiência do espaço estatal ante a exigência de um Estado aberto e de instituições internacionais fortes.¹⁹

Nessa ótica, Mariela Morales pontua que o processo de abertura estatal latino-americano é particularizado por duas mudanças de paradigma: o pluralismo jurídico – que alterou o clássico conceito de soberania e superou a concepção de um Estado fechado – e a internacionalização enquanto humanização, consubstanciada na atribuição de *status* constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, na sua prevalência sobre o direito interno ou até sobre o direito constitucional – mediante cláusulas de prevalência –, e pela interpretação conforme os direitos fundamentais constitucionais.²⁰

Em suma, o Iccal tem por escopo a efetivação das promessas feitas nas constituições nacionais e a incorporação dos Estados latino-americanos numa estrutura de apoio mútuo, com vistas a modificar as realidades internas de violações aos direitos humanos.²¹ Visto um panorama geral do Iccal, passa-se à análise dos seus “fios condutores”.

1.2. Ferramentas de concretização do *Ius Constitutionale Commune Latino-Americano*

No contexto latino-americano, três fatores fundamentais originam o diálogo judicial, quais sejam, o contexto jurídico, o marco regulatório e as ferramentas jurisprudenciais.²² O processo de humanização do direito internacional e as recentes transformações constitucionais na região levam os sistemas jurídicos a se unirem em prol do objetivo comum de proteção dos direitos humanos, a reconhecerem a

¹⁸ Arango, “Fundamentos del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina”, 33-34.

¹⁹ Armin von Bogdandy, “*Ius Constitutionale Commune* Latinoamerica una Aclaración Conceptual desde una Perspectiva Europea”, em *El Constitucionalismo Contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, org. por Luis Raúl González Pérez e Diego Valadés (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2013), 49.

²⁰ Mariela Morales Antoniazzi, “El Estado Abierto como Objetivo del *Ius Constitutionale Commune*. Aproximación desde el Impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, em *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, org. por Armin von Bogdandy, Héctor Fix-Fierro e Mariela Morales Antoniazzi (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014), 266-267.

²¹ Barbosa Borges e Piovesan, “O diálogo inevitável interamericano”, 16.

²² Acosta Alvarado, “*Ius Commune* interamericano: Brevísimas notas”, 373.

tarefa dos juízes em sua consecução e a importância da interação entre juízes para seu aperfeiçoamento.²³

De um lado estão as normas interamericanas, o princípio da subsidiariedade (referido no preâmbulo da CADH), as obrigações gerais de respeito, garantia e adaptação, as regras de interpretação, o direito de acesso à justiça, a cláusula de reparação integral e as cláusulas sobre o cumprimento e a força vinculativa das sentenças; e, do outro, estão as cláusulas de abertura do direito constitucional ao direito internacional (como a incorporação, a hierarquia e a remissão) e as cláusulas de articulação (como a interpretação conforme).²⁴

Portanto, a articulação necessária para concretização de um objetivo comum provoca um processo comunicativo: para a efetivação de um conjunto normativo comum, os juízes reconhecem a relevância do trabalho da sua contraparte para a realização do seu próprio trabalho.²⁵

Percebe-se então a noção de diálogo atrelada à reciprocidade no Iccal: no âmbito regional, o juiz interamericano considerará as normas e as jurisprudências nacionais para garantir a interpretação mais favorável (art. 29 da CADH), enquanto no âmbito doméstico os juízes nacionais realizarão suas funções à luz das normas regionais, em respeito ao cumprimento de um dever legal.²⁶⁻²⁷

Além disso, um dos propósitos do diálogo judicial no Iccal é a harmonização dos Estados com seus compromissos convencionais vinculantes.²⁸ Não se trata de uma mera influência advinda de outros tribunais na solução de casos concretos, mas da verdadeira elaboração de parâmetros ou *standards* comuns capazes de, simultaneamente, viabilizar a coexistência dos sistemas jurídicos e preservar as identidades culturais de cada um.²⁹⁻³⁰

²³ Acosta Alvarado, “*Ius Commune* interamericano: Brevísimas notas”, 373-375.

²⁴ Acosta Alvarado, “*Ius Commune* interamericano: Brevísimas notas”, 373.

²⁵ Acosta Alvarado, “*Ius Commune* interamericano: Brevísimas notas sobre el concepto de diálogo”, 372.

²⁶ Acosta Alvarado, “*Ius Commune* interamericano: Brevísimas notas”, 376.

²⁷ Os juízes nacionais poderão utilizar o direito internacional dos direitos humanos como norma constitucional ou supralegal, a depender do ordenamento jurídico. Caso não exista nenhuma norma constitucional a respeito, podem justificar essa atividade nas cláusulas de remissão, nas normas sobre interpretação conforme ou no cumprimento de um compromisso internacional de garantia ou adaptação na interpretação *pro persona*. Acosta Alvarado, “*Ius Commune* interamericano: Brevísimas notas sobre el concepto de diálogo”, 375-376.

²⁸ Lopes Olsen e Kozicki, “O papel da Corte Interamericana de Direitos humanos”, 311.

²⁹ Lopes Olsen e Kozicki, “O papel da Corte Interamericana de Direitos humanos”, 311.

³⁰ Nesse sentido: “[...] de um lado, as autoridades nacionais devem estar preparadas para assimilar a contribuição que vem do sistema internacional de proteção dos direitos humanos; de outro lado, os órgãos internacionais deverão incorporar em seu repertório de soluções as experiências humanitárias vivenciadas nos níveis nacionais e locais. Além disso, deve haver também uma troca de experiências entre os diversos órgãos jurisdicionais de cada país, devendo ser estimulado, em particular, um diálogo entre países que enfrentam problemas semelhantes e possuem *backgrounds* sociais, políticos, econômicos e culturais aproximados”.

Nesta senda, o diálogo pode ser vertical, quando as cortes estão em diferentes níveis no SIPDH, e horizontais, se estão no mesmo nível de jurisdição.³¹ Um exemplo de diálogo vertical é o que ocorre entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e os tribunais constitucionais dos Estados Parte da CADH, e um exemplo de diálogo horizontal é o que se dá entre a Corte IDH e a Corte Europeia de Direitos Humanos.

Quanto aos diálogos verticais, é importante destacar que os fluxos argumentativos podem verter, utilizando o exemplo anterior, da Corte IDH para as cortes constitucionais dos Estados (de cima para baixo ou *top-down*) e das cortes constitucionais dos Estados para a Corte IDH (de baixo para cima ou *bottom-up*).³² Em ambos os casos haverá contribuição para a formação dos *standards*. Cabe ressaltar que, consoante Thiago Oliveira Moreira, há uma verdadeira força advinda dos precedentes firmados pelos tribunais internacionais em relação às jurisdições domésticas ordinárias e constitucionais.³³

Cabe elucidar que o resultado do diálogo entre cortes pode ser a total concordância, a parcial concordância ou a total discordância – não necessariamente o diálogo implica uma aceitação –, não existindo entrave para que uma corte rejeite fundamentadamente a decisão de outra (sem que isso resulte em reticência ao diálogo).³⁴⁻³⁵

Para o desenvolvimento deste diálogo, Paola Acosta Alvarado cita as ferramentas jurisprudenciais do controle de convencionalidade³⁶, que assegura a compatibilidade

George Marmelstein, “Controle jurisdicional das omissões inconventionais”, *Revista Jurídica Da FA7* (2017): 37. <https://doi.org/10.24067/rjfa7;14.1:259>.

³¹ Lopes Olsen e Kozicki, “O papel da Corte Interamericana de Direitos humanos”, 311.

³² Lopes Olsen e Kozicki, “O papel da Corte Interamericana de Direitos humanos”, 312.

³³ Thiago Oliveira Moreira, “O Necessário Diálogo Interjurisdicional entre a Jurisdição Brasileira e a Interamericana”, em *Tribunais Internacionais e a Relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno*, org. por Wagner Menezes (Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016), 483.

³⁴ Luiz Guilherme Arcaro Conci, “Diálogo entre Cortes e o controle de convencionalidade – algumas reflexões sobre a relação entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos”, em *Diálogo entre Cortes: A jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita*, org. por Luca Mezzetti e Luiz Guilherme Arcaro Conci (Brasília: Conselho Federal da OAB, 2015), 127.

³⁵ “A legitimação do diálogo se afirma a partir do reconhecimento por parte da comunidade jurídica, especialmente, mas não somente dela, de que há um processo exaustivo de argumentação levado a cabo pelos tribunais e que também os argumentos advindos de cortes alienígenas podem fazer parte de uma decisão, ainda que contrária ao que decido para além das fronteiras do estado nacional”, Arcaro Conci, “Diálogo entre Cortes e o controle de convencionalidade – algumas reflexões sobre a relação entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos”, 127.

³⁶ O controle de convencionalidade consiste na obrigação internacional de todas as autoridades dos Estados Parte da CADH de interpretar as normas domésticas em consonância com o *corpus iuris* interamericano. Ferrer Mac-Gregor, “El Control de Convencionalidad em la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, em *Controle de Convencionalidade*, org. por Fabiane Pereira de Oliveira Duarte, Fabrício Bittencourt da Cruz e Tarciso Dal Maso Jardim (Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016), 13.

das normas domésticas com o *corpus iuris* interamericano, e a interpretação conforme, consubstanciada no exercício hermenêutico exigido a todos os operadores jurídicos pelo qual as normas de direitos humanos devem ser interpretadas à luz das obrigações internacionais.³⁷

Relativamente ao controle de convencionalidade, Flávia Piovesan aponta sua capacidade de “coordenar o entrelaçamento entre os ordenamentos e torná-los cada vez mais próximos, dirimindo dúvidas e solucionando conflitos”.³⁸

Quando exercido pela Corte IDH levando em consideração o *corpus iuris interamericano* e a própria interpretação que faz deste, convém classificá-lo em controle de convencionalidade interamericano e, quando exercido no âmbito estatal, será chamado de controle de convencionalidade difuso ou doméstico.³⁹

É interessante a colocação de Eduardo Vio Grossi no sentido de que decorre do entendimento de que a CADH está incorporada ao ordenamento jurídico doméstico do respectivo Estado Parte a obrigação dos órgãos estatais correspondentes de interpretá-la e aplicá-la como se parte dele fosse e, ainda, em harmonia com o mesmo.⁴⁰

Em apertada síntese, é válido pontuar algumas características da supracitada ferramenta: i) a Corte IDH exerce este controle desde que começou a funcionar, embora o fizesse implicitamente; ii) uma lei constitucional poderá ser inconvencional; iii) a CIDH é competente para realizar o cotejo normativo; iv) é possível o exercício do controle de convencionalidade em abstrato (antes que a norma tenha produzido efeitos); v) normas constitucionais e omissões legislativas podem ser alvo do controle de convencionalidade; e, vi) as normas declaradas inconvencionais carecem de efeitos jurídicos.⁴¹

Em sede de conclusão, como vislumbrado neste tópico, o diálogo inerente ao Iccal pode ser concretizado especialmente pelo controle de convencionalidade e pela interpretação conforme. No capítulo a seguir, serão analisadas as principais garantias dos direitos humanos das pessoas em situação de mobilidade internacional no prisma onusiano e, posteriormente, no interamericano.

³⁷ Acosta Alvarado, “*Ius Commune* interamericano: Brevíssimas notas”, 376-377.

³⁸ Barbosa Borges e Piovesan, “O diálogo inevitável interamericano”, 13.

³⁹ Thiago Oliveira Moreira, “O Exercício do Controle de Convencionalidade pela Corte IDH: uma década de decisões assimétricas”, em *Direito Internacional em Expansão*. Org. por Wagner Menezes (Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017), 253.

⁴⁰ Eduardo Vio Grossi, “El control de convencionalidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (2018): 315.

⁴¹ Oliveira Moreira, “O Exercício do Controle de Convencionalidade pela Corte IDH”, 269.

2. A disciplina normativa de proteção às pessoas em situação de mobilidade internacional

Com o advento das Guerras Mundiais, verificou-se a necessidade da elaboração de normas internacionais para a proteção dos seres humanos, independentemente de suas nacionalidades, para evitar a repetição de tais tragédias.⁴² Assim, foram criados o sistema onusiano e os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos que, em linhas simples, permitem às vítimas buscarem a proteção de seus direitos quando o Estado não o fizer.⁴³

O sistema onusiano foi o primeiro a ser criado e, em continuidade ao seu espírito protecionista⁴⁴, foram criados o sistema europeu, o sistema americano e o sistema africano, consecutivamente. Todos eles se relacionam de forma complementar, ou seja, a proteção conferida por um não exclui a do outro sendo, inclusive, facultado ao indivíduo lesado escolher o que lhe seja mais favorável.⁴⁵⁻⁴⁶

Como o presente trabalho está situado no SIDHP e na perspectiva do diálogo proposta pelo Iccal, a seguir serão abordados apenas o sistema onusiano e o sistema interamericano na tutela dos direitos humanos das pessoas em situação de mobilidade internacional.

2.1. A tutela dos direitos humanos das pessoas em situação de mobilidade internacional no sistema onusiano

No sistema onusiano, a Carta de São Francisco cria a Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945 com o intuito de materializar o compromisso com a paz e a segurança internacional no período pós-guerra.⁴⁷ No supracitado documento, o artigo 1.3 anuncia a atuação da ONU pautada na proteção dos direitos humanos e da dignidade humana.⁴⁸

No mesmo espírito, a Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) foi aprovada em 1948 elencando os direitos humanos como preocupação da sociedade

⁴² Thiago Oliveira Moreira, *A aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pela Jurisdição Brasileira* (Natal: Edufrn, 2015), 51.

⁴³ Oliveira Moreira, *A aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos*, 62.

⁴⁴ Oliveira Moreira, *A aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos*, 70.

⁴⁵ Oliveira Moreira, *A aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos*, 70.

⁴⁶ Sobre o quadro jurídico internacional que rege a migração, Vincent Chentail explica que este é formado por um conjunto de normas ecléticas e sobrepostas, espalhadas por um largo número de campos sobrepostos, como por exemplo, o direito dos refugiados, o direito consular, o direito humanitário etc., Vincent Chentail, *International migration law* (Oxford: Oxford University Press, 2019), 6.

⁴⁷ Ana Maria Lopes D'Ávila e Luis Haroldo Pereira dos Santos Junior, "O Controle de Convencionalidade: Experiências Latino-Americanas", *Revista Paradigma* (2020), 195.

⁴⁸ Lopes D'Ávila e Pereira dos Santos Junior, "O Controle de Convencionalidade", 195.

internacional e asseverando a universalidade e a indivisibilidade destes.⁴⁹ Basicamente a DUDH buscou instituir um código comum e universal dos direitos humanos⁵⁰ e, embora tenha sido aprovada sob forma de resolução da Assembleia Geral da ONU (sem força vinculante), o entendimento majoritário atual é que seu rol de direitos deve ser implementado pelos Estados por constituir “espelho de norma costumeira de proteção dos direitos humanos”⁵¹

Em seu artigo 13 é previsto o direito de livre locomoção e residência dentro do país, bem como o direito de deixar qualquer país, e o artigo 14 garante a todo indivíduo vítima de perseguição o direito de asilo em outro país.⁵²

Subsequentemente, para conferir força vinculante à DUDH e garantir novos direitos, são aprovados o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pidesc).⁵³ Juntos, a DUDH, o PIDCP e o Pidesc formam a Carta Internacional dos Direitos Humanos⁵⁴ ou *International Bill of Rights*.⁵⁵

O PIDCP assegura em seu artigo 2 a proibição de qualquer tipo de discriminação, inclusive relacionada à origem, e estabelece o dever estatal de respeitar e assegurar os direitos nele previstos a todos que estão no território.⁵⁶

No artigo 12, o PIDCP garante o direito de locomoção a quem se encontra legalmente no território, o direito de emigrar e o direito de não ser arbitrariamente impedido de entrar em seu próprio país; e, no artigo 13, assevera que o estrangeiro que se encontra legalmente em um país só poderá dele ser expulso mediante decisão proferida de acordo com a lei.⁵⁷⁻⁵⁸

Por fim, o PIDCP instituiu o Comitê de Direitos Humanos para receber relatórios sobre as medidas adotadas para efetivação de suas disposições, tendo este já se manifestado diversas vezes sobre os direitos humanos dos migrantes, por exemplo,

⁴⁹ Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional* (São Paulo: Saraiva, 2015), 210.

⁵⁰ Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 210.

⁵¹ André de Carvalho Ramos, *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional* (São Paulo: Saraiva, 2016), 60.

⁵² Há entendimento no sentido de que a DUDH não previu o direito de imigrar, visto que o direito internacional público não garante uma liberdade geral de movimento. Nesse sentido: Thiago Oliveira Moreira, *A concretização dos direitos humanos dos migrantes pela jurisdição brasileira* (Curitiba: Instituto Memória, 2019), 175-176. Vincent Chentail, *International migration law* (Oxford: Oxford University Press, 2019), 91.

⁵³ Oliveira Moreira, *A aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos*, 66.

⁵⁴ de Carvalho Ramos, *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*, 59

⁵⁵ Oliveira Moreira, *A aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos*, 53.

⁵⁶ André de Carvalho Ramos, *Curso de Direitos Humanos* (São Paulo: Saraiva Educação, 2021), 168.

⁵⁷ de Carvalho Ramos, *Curso de Direitos Humanos*, 168-170.

⁵⁸ É importante frisar que o migrante em situação irregular também poderá invocar o PIDCP. de Carvalho Ramos, *Curso de Direitos Humanos*, 168.

nos casos *Kindler c. Canadá*, *Karakurt c. Áustria*, *Gueye e outros c. França*, no Comentário Geral n.º 15, no Comentário Geral n.º 20 e no Comentário Geral n.º 31.

Por sua vez, o PIDCP é tido como um marco por conferir destaque aos direitos econômicos, sociais e culturais, anteriormente vislumbrados pelos Estados e por parte da doutrina como “meras recomendações ou exortações”.⁵⁹ À semelhança do PIDCP, o artigo 2 consigna a aplicação das suas disposições sem qualquer discriminação, inclusive quanto à origem, e permite a relativização da garantia dos direitos econômicos aos não nacionais.

Ademais, em seu artigo 11 consta o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, devendo os Estados Partes tomarem as medidas apropriadas para isso, especialmente por meio da cooperação internacional.

Vale mencionar que o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais vela pelas disposições do Pacto e também já se manifestou sobre os direitos humanos dos migrantes, como por exemplo, no Comentário Geral n.º 20.

Avançando no estudo, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial apresenta um amplo conceito de discriminação racial que inclui a baseada em origem nacional, não se aplicando o referido diploma às distinções, exclusões, restrições ou preferências estabelecidas entre os cidadãos e não cidadãos pelo Estado.

A Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes proíbe a expulsão, devolução ou extradição de um indivíduo para outro Estado caso existam razões para se pressupor que lá correrá o risco de ser torturado (art. 3). Para averiguação de tais razões, as autoridades competentes devem considerar todas os argumentos pertinentes como, por exemplo, se o país apresenta uma situação de graves e recorrentes violações de direitos humanos.⁶⁰

No mesmo sentido, a Convenção Internacional para Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado assinala que nenhum Estado expulsará, devolverá, entregará ou extraditará o indivíduo para outro Estado caso razões fundamentadas apontem o risco de ser vítima de desaparecimento forçado devendo, ainda, considerar se o país está inserido em um contexto de graves violações de direitos humanos ou do direito internacional humanitário.⁶¹

Por último, a Convenção sobre os Direitos das Crianças também conta com dispositivos importantes no que atine à matéria migratória, pois prevê que as crianças não sejam separadas de seus genitores contra a vontade destes, exceto se for no seu melhor interesse e mediante autorização da autoridade competente, em conformidade com a lei e sujeita à revisão judicial (art. 9).⁶²

⁵⁹ de Carvalho Ramos, *Curso de Direitos Humanos*, 175.

⁶⁰ de Carvalho Ramos, *Curso de Direitos Humanos*, 221.

⁶¹ de Carvalho Ramos, *Curso de Direitos Humanos*, 247.

⁶² de Carvalho Ramos, *Curso de Direitos Humanos*, 255.

Além disso, conta com previsões que propiciam a reunião familiar, pois ressalta a postura positiva, humanitária e rápida por parte dos Estados em tais solicitações e garante que as mesmas não devem trazer consequências adversas para as crianças ou sua família.⁶³ Vislumbradas as principais garantias dos direitos humanos das pessoas em situação de mobilidade internacional no sistema onusiano, convém analisar as principais normas do SIPDH na matéria.

2.2. O sistema interamericano e a proteção aos direitos humanos em âmbito de mobilidade internacional

Nas Américas, os direitos humanos são protegidos substancialmente por quatro diplomas: a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (DADDH), a Carta da Organização dos Estados Americanos (Carta de Bogotá), a CADH e o Protocolo de San Salvador, relativo aos direitos econômicos, sociais e culturais.⁶⁴

A Carta de Bogotá fundou a OEA em 1948. Entre seus objetivos estão a “promoção dos direitos humanos e erradicação da pobreza, desenvolvimento econômico e social e prevenção de conflitos e busca de solução pacífica de controvérsias”.⁶⁵ O diploma faz menção expressa ao respeito dos direitos fundamentais da pessoa humana sem nenhum tipo de distinção (artigo 3), embora o faça genericamente e lastreado no marco da não intervenção e da soberania estatal.⁶⁶

Em virtude do exposto, a Carta de Bogotá foi aprovada junto com a DADDH, que consagrou a universalidade dos direitos humanos em seu preâmbulo ao pontuar que não decorrem do reconhecimento da cidadania ou da nacionalidade por um Estado, mas da sua condição humana.⁶⁷ Além disso, por meio desse documento foi instituída a CIDH, que vela pelos direitos humanos na região e serve como órgão consultivo da OEA na matéria.⁶⁸

A DADDH é considerada a interpretação autêntica dos dispositivos genéricos constantes da Carta de Bogotá.⁶⁹ Seu artigo XXVII estabelece que é direito de todos buscar e receber asilo em território estrangeiro, de acordo com as leis de cada Estado e com as convenções internacionais, na hipótese de perseguição que não seja fundamentada por delitos do direito comum.

⁶³ de Carvalho Ramos, *Curso de Direitos Humanos*, 255.

⁶⁴ André de Carvalho Ramos, *Processo internacional de direitos humanos* (São Paulo: Saraiva, 2016), 126.

⁶⁵ de Carvalho Ramos, *Processo internacional de direitos humanos*, 128.

⁶⁶ de Carvalho Ramos, *Processo internacional de direitos humanos*, 128.

⁶⁷ de Carvalho Ramos, *Curso de Direitos Humanos*, 345.

⁶⁸ de Carvalho Ramos, *Processo internacional de direitos humanos*, 126.

⁶⁹ de Carvalho Ramos, *Curso de Direitos Humanos*, 346.

É oportuno ressaltar que parte da doutrina entende que o artigo VIII da DADDH revelaria um direito de migrar,⁷⁰ contudo, este trabalho adota a visão de que o supracitado artigo apenas estabelece o direito a emigrar, visto que: i) não há previsão expressa do direito à imigração; e, ii) não há imposição para que os Estados recebam todos que pretendem nele residir.⁷¹

Avançando no estudo, em 1978 a CADH entrou em vigor, apresentando um rol de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.⁷² Seu artigo 1 assevera a obrigação dos Estados de respeitar os direitos e as liberdades por ela reconhecidos e garantir seu exercício livre e desembaraçado a qualquer pessoa sujeita à sua jurisdição, sem discriminação.⁷³

Em seu artigo 22, é garantido o direito à livre circulação e de residência, ou seja, qualquer pessoa que esteja no território de um Estado legalmente poderá nele circular, residir ou sair, consoante as disposições legais que o regem.⁷⁴ Ademais, nenhum nacional poderá ser expulso ou privado de entrar em seu Estado; nenhum estrangeiro que ingressou no país regularmente poderá ser expulso ou entregue a outro país, seja de sua origem ou não, onde seus direitos se encontrem ameaçados (*non refoulement* ou *no devolución*); e é vedada a expulsão coletiva de estrangeiros.⁷⁵

Digno de nota é a instituição da Corte IDH pela CADH no seu artigo 33. A Corte IDH é órgão judicial internacional competente para conhecer os casos contenciosos, quando o Estado aceita a sua jurisdição⁷⁶ (função contenciosa) – exercida sobre, aproximadamente, 550 milhões de pessoas –, e para emitir pareceres consultivos (função consultiva) sobre: i) a interpretação dos tratados de direitos humanos que compõem o *corpus iuris* interamericano, e ii) a compatibilidade entre leis ou projetos de lei e a CADH.⁷⁷

Por sua vez, a Declaração de Cartagena de 1984 também é uma importante normativa do âmbito interamericano, por ampliar a definição de refugiado prevista pela Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados e pelo Protocolo de 1967 relativo ao Estatuto dos Refugiados.

O referido diploma foi concebido em meio aos graves conflitos armados que se sucediam na região para resguardar às vítimas da época, carregando o mérito de reconhecer a condição de refugiado aos que sofreram maciça violação de seus

⁷⁰ Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff e Bianca Guimarães Silva, “O caso Vélez Loor vs. Panamá da Corte Interamericana de Direitos Humanos como paradigma para a construção de parâmetros migratórios latino-americanos”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas* (2021), 763, 10.5102/rbpp.v11i12.7841.

⁷¹ Oliveira Moreira, *A concretização dos direitos humanos dos migrantes*, 316-318.

⁷² de Carvalho Ramos, *Processo internacional de direitos humanos*, 139.

⁷³ de Carvalho Ramos, *Curso de Direitos Humanos*, 351.

⁷⁴ de Carvalho Ramos, *Curso de Direitos Humanos*, 357.

⁷⁵ de Carvalho Ramos, *Curso de Direitos Humanos*, 357-358.

⁷⁶ de Carvalho Ramos, *Processo internacional de direitos humanos*, 154.

⁷⁷ de Carvalho Ramos, *Processo internacional de direitos humanos*, 169.

direitos humanos e se tornando a base política da república sobre refugiados na América Latina.⁷⁸

Conquanto não possua caráter vinculante, por ser um instrumento de *soft law*, foi incorporada pela legislação de vários Estados latino-americanos de modo a criar, junto com o suporte dos governantes e da sociedade civil, uma “rede de proteção multinível”.⁷⁹

Passada uma década, a Declaração de São José sobre Refugiados e Pessoas Deslocadas de 1994, nas conclusões 10, 15, 16 e 17 confere proteção aos migrantes econômicos e aos deslocados internos.⁸⁰ Assim, a referida Declaração aprofundou questões trazidas pela Declaração de Cartagena ao enfatizar questões mais atualizadas.⁸¹

Sucessivamente, em 2004, a Declaração e Plano de Ação do México para Fortalecer a Proteção Internacional dos Refugiados na América Latina buscou a adoção de soluções duradouras através de programas solidários e da responsabilidade compartilhada para conferir uma resposta nacional a duas questões urgentes: o grande fluxo de refugiados acomodados nos grandes núcleos urbanos e a crise humanitária colombiana.⁸²

Por último, a Declaração de Brasília Sobre a Proteção de Refugiados e Apátridas no Continente Americano de 2014, organizada pelo governo brasileiro, com a reafirmação do compromisso regional de erradicação da apatridia nos dez anos seguintes, a resolução de situações existentes, a prevenção de novos casos e a proteção dos apátridas por meio de revisão das leis nacionais e do estabelecimento de procedimentos para identificar a apatridia.⁸³

Concluído o capítulo com uma análise, ainda que breve, dos principais diplomas normativos de proteção dos direitos humanos das pessoas em situação de mobilidade internacional no âmbito onusiano e interamericano, este pode ser complementado

⁷⁸ Thalita Melo Silva e Andrea Maria Calazans Pacheco Pacífico, “O regime internacional dos refugiados e os instrumentos de proteção jurídica em nível internacional e latino-americano”, *Meridiano 47-Boletim de Análise de Conjuntura em Relações Internacionais* (2018), 12. <https://doi.org/10.20889/M47e19008>.

⁷⁹ Melo Silva e Calazans Pacheco Pacífico, “O regime internacional dos refugiados”, 12.

⁸⁰ Andrea Maria Calazans Pacheco Pacífico, “A necessidade de criação de um regime ambiental internacional: O caso dos deslocados ambientais”, *Revista de Direito Cosmopolita* (2013), 172. <https://doi.org/10.12957/cosmopolitan.2013.8544>.

⁸¹ Agni Castro Pita, “Direitos humanos e direito internacional dos refugiados”, em *Refúgio e Hospitalidade*. Org. por José Antônio Peres Gediél e Gabriel Gualano de Godoy (Curitiba: Kairós Edições, 2016), 8.

⁸² Stefania Eugenia Barichello, “A Evolução dos Instrumentos de Proteção do Direito Internacional dos Refugiados na América Latina: da Convenção de 51 ao Plano de Ação do México”, *Universitas Relações Internacionais* (2012), 44-46. 10.5102/uri.v10i1.1395.

⁸³ Raquel Trabazo Carballal Franco, “A proteção dos refugiados e apátridas no Brasil: Aplicação prática do artigo 1 (2) da Lei 9.474/1997”, em *Refúgio no Brasil: comentários à Lei 9.474/97*, org. por Liliana Lyra Jubilit e Gabriel Gualano de Godoy (São Paulo: Quartier Latin/Acnur, 2017), 115.

com a afirmação de que, salvo alguns direitos políticos, “todos os direitos humanos previstos para proteção de um indivíduo enquanto pessoa também se aplicam aos migrantes”.⁸⁴ Passa-se à análise da construção do Iccal em matéria migratória.

3. A construção do *Ius Constitutionale Commune* Latino Americano na tutela dos direitos humanos dos migrantes

Após o delineamento de uma visão geral do Iccal, dos principais instrumentos normativos que resguardam os direitos humanos dos migrantes no prisma onusiano e no prisma interamericano e tendo em vista a crise migratória vivida na região latino-americana, resta saber como o Iccal pode contribuir com a tutela dos direitos humanos dos migrantes.

Assim, primeiramente serão abordados os parâmetros ou *standards* migratórios regionais a partir da análise de sentenças e pareceres consultivos emitidos pela Corte IDH e da atuação da CIDH no assunto, averiguando-se quais ferramentas foram empregadas no diálogo e seu impacto transformador no continente.

Em seguida, levando em consideração a multidimensionalidade do diálogo, serão averiguados os principais obstáculos à sua consecução, a maneira pela qual os ordenamentos jurídicos nacionais podem se aproximar mais do SIPDH e como os *standards* podem ser ampliados e multiplicados para salvaguardar os migrantes.

3.1. A tutela jurisdicional dos direitos humanos e os *standards* migratórios latino-americanos

Inicialmente, é necessário pontuar que a CIDH opera como um mecanismo de controle ao cumprimento dos instrumentos interamericanos relativos aos direitos humanos em todos os Estados integrantes da OEA, não apenas nos que ratificaram a CADH.⁸⁵ Caso o Estado não seja parte da CADH, a CIDH levará a Carta de Bogotá e a DADDH, em consideração e, na hipótese do Estado ser parte da CADH, este será o principal diploma normativo considerado.

Qualquer pessoa, grupos de pessoas ou entidades não governamentais podem encaminhar petições contendo denúncias de violação de direitos resguardados pela CADH à CIDH, consoante os artigos 44 e 41 da referida convenção. No que concerne à tutela dos migrantes, a CIDH conta com uma relatoria específica denominada Relatoria sobre os Direitos dos Migrantes cujo escopo é a conscientização estatal,

⁸⁴ Oliveira Moreira, *A concretização dos direitos humanos dos migrantes*, 316.

⁸⁵ Tony Robson da Silva, *A (necessária) convencionalização da regulamentação migratória brasileira: um estudo à luz do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos*. (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021), 31.

a monitoração dos direitos humanos dos migrantes, a assessoria e a formulação de recomendações aos Estados, a preparação de relatórios e estudos e a atuação quanto às petições apresentadas perante o órgão.

Visto que, à luz do direito internacional, o conceito de *standard* se relaciona com as normas estabelecidas por organismos internacionais sobre temas específicos e a sua observância por parte dos Estados que a elas se vinculam⁸⁶, ou seja, com a criação de um enunciado normativo que impõe deveres e obrigações a um Estado diante de uma situação específica⁸⁷, a CIDH tem contribuído consideravelmente com a tutela dos migrantes.

A supracitada relatoria elabora relatórios anuais sobre países e eixos temáticos onde já exarou o entendimento que: i) todos os Estados estão obrigados a garantir os princípios fundamentais dos direitos humanos aos seus nacionais e aos migrantes que se encontrem em seu território ou sob sua jurisdição, sem qualquer tipo de discriminação atinente ao seu *status* migratório, a sua nacionalidade, a sua raça ou qualquer outro motivo; ii) os direitos humanos são intrínsecos a toda pessoa humana, independentemente de sua localização, motivo pelo qual o direito internacional não pode se pautar exclusivamente em critérios territoriais e o Estado deve garantir seu livre exercício independentemente de fatores relativos à nacionalidade ou condição migratória; iii) a obrigação estatal de garantia dos direitos humanos não é exclusiva do Estado receptor, também cabendo ao Estado de origem assegurar condições que não induzam a migração forçada aos seus nacionais; iv) os Estados devem agir com a devida diligência para salvaguardar os direitos humanos, o que acarreta obrigações de prevenção, investigação, sanção e reparação; v) as restrições migratórias subjetivas lastreadas em questões de raça, cor, etnia, religião, entre outros ferem o princípio da igualdade previsto na CADH (artigo 24), de modo que o controle migratório deve ser empreendido por meio de critérios objetivos; vi) a proibição da escravidão e práticas correlatas é norma de *jus cogens* e obrigação *erga omnes* para os Estados; e vii) todos os procedimentos, administrativos ou judiciais, que impactem os direitos de alguém deverão se pautar no princípio do devido processo legal, proporcionando a defesa efetiva face aos atos estatais.⁸⁸⁻⁸⁹

⁸⁶ Silvana Insignares Cera, “Los derechos de los trabajadores migrantes y refugiados en Colombia a la luz de los estándares internacionales”, em *Ius Commune en Migración y Constitucionalismo Transformador en Colombia*, ed. por Armin von Bogdandy, Manuel Góngora Mera e Mariela Morales Antoniazzi (México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2022), 373.

⁸⁷ Insignares Cera, “Los derechos de los trabajadores migrantes y refugiados en Colombia a la luz de los estándares internacionales”, 373.

⁸⁸ Robson da Silva, *A (necessária) convencionalização da regulamentação migratória brasileira*, 36-39.

⁸⁹ Para um estudo mais aprofundado, vide: Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/movilidadhumana.pdf>.

No âmbito da CIDH, ainda é possível mencionar os Princípios Interamericanos sobre os Direitos Humanos de Todos os Migrantes, Refugiados, Apátridas e Vítimas do Tráfico de Pessoas, adotados pela Resolução nº 4/2019 para auxiliar os Estados na compreensão de dimensões específicas dos direitos humanos em matéria migratória, como a presunção de inocência, a não discriminação e igualdade de proteção, a proteção dos migrantes em situação de vulnerabilidade, o acesso à justiça e a um recurso efetivo, as garantias do devido processo legal nos procedimentos migratórios, entre outros.⁹⁰

Por sua vez, a Corte IDH é a responsável por resguardar as obrigações convencionais assumidas com arrimo nos artigos 1.1 e 2 da CADH e, por isso, é bastante interessante o estabelecimento de um quadro mínimo de normas comuns com o auxílio dos Estados.⁹¹

Em sede de âmbito consultivo, a Opinião Consultiva OC-16/99 foi a primeira análise da Corte IDH em matéria migratória, por meio da qual foi estabelecido o direito dos migrantes residentes em países diversos dos de origem à comunicação e à assistência consular, em consonância com a Convenção de Viena sobre as Relações Consulares.⁹²⁻⁹³

Posteriormente, na OC-18/03 a Corte IDH reconheceu a possibilidade de distinção entre nacionais e não nacionais, desde que não pautadas na discriminação e assentou o entendimento de que os Estados devem velar pelos direitos humanos dos migrantes pautados pela não discriminação e pela igualdade.⁹⁴ Eis que, pela primeira vez em âmbito contencioso, no Caso Tibi vs. Equador, a Corte IDH reitera seu posicionamento da OC-16/99 condenando o Equador pela violação do direito de assistência consular e, conseqüentemente, do devido processo legal em relação ao Sr. Daniel David Tibi.⁹⁵

Relativamente à detenção de cidadãos estrangeiros, no Caso Acosta Calderón vs. Equador, no Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador e no Caso Bueno

⁹⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas*, Resolución 04/19. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Principios%2oDDHH%2omigrantes%2o-%2oES.pdf>.

⁹¹ Natalia Beltrán Orjuela e Leydi Marcela Palacios Segura, “Normas convencionais em procedimentos para migrantes”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* (2021): 869.

⁹² Robson da Silva, *A (necessária) convencionalização da regulamentação migratória brasileira*, 41-42.

⁹³ A comunicação do migrante com um funcionário consular do seu país no momento da privação de liberdade e antes da sua primeira declaração possibilita uma defesa eficaz, a assistência no processo e um julgamento justo. Beltrán Orjuela e Palacios Segura, “Normas convencionais em procedimentos para migrantes”, 886.

⁹⁴ Robson da Silva, *A (necessária) convencionalização da regulamentação migratória brasileira*, 42.

⁹⁵ Robson da Silva, *A (necessária) convencionalização da regulamentação migratória brasileira*, 42.

Alves vs. Argentina, a Corte IDH novamente assenta a necessidade da notificação quanto ao direito à assistência consular.⁹⁶ Ademais, no julgamento do Caso das Crianças Yean e Bosico vs. República Dominicana, a Corte IDH condenou o Estado pela negativa de nacionalidade de crianças lá nascidas, posto que a situação migratória de uma pessoa não condiciona a concessão da nacionalidade pelo Estado e nem o *status* migratório pode se transmitir por gerações.⁹⁷

No paradigmático Caso Vélez Loor vs. Panamá, a Corte IDH tratou sobre discriminação, tortura, liberdade e condições carcerárias, sobretudo em zonas fronteiriças, estabelecendo pelo menos doze parâmetros: o dever de não discriminação, o reconhecimento da vulnerabilidade dos migrantes, a proibição da crimigração, a ilegalidade da detenção migratória, a proibição do compartilhamento de celas entre migrantes e presos comuns, o oferecimento de mantimentos vitais básicos e tratamento médico, o dever de investigação de casos de tortura, a revisão judicial da detenção, a individualização, fundamentação e previsão de prazos nas sentenças judiciais, a existência de recursos efetivos, o respeito ao devido processo legal e, por fim, o direito de informação e assistência consular.⁹⁸

Ainda em âmbito contencioso, no caso Nadege Dorzema vs. República Dominicana, a Corte IDH estabeleceu a vedação à expulsão coletiva e restrição do uso de armas de fogo para infrações de cunho administrativo como infrações migratórias.⁹⁹ No Caso da Família Pacheco Tineo vs. Bolívia, a Corte IDH firma que procedimentos aptos à expulsão ou deportação de migrantes devem cumprir as garantias mínimas do devido processo e devem ser de natureza individual, ou seja, avaliando as circunstâncias pessoais de cada indivíduo, sem discriminação.¹⁰⁰

Novamente em âmbito consultivo, na OC-21/14 a Corte IDH exarou o entendimento de que as crianças fazem jus a direitos adicionais além dos direitos humanos, posto que necessitam de um cuidado especial, o que não autoriza sua prisão em nenhuma hipótese relacionada ao ingresso irregular no Estado.¹⁰¹

Já no Caso das Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas vs. República Dominicana, a Corte IDH estabeleceu que nos processos de expulsão os Estados devem observar o interesse superior, à proteção da família e da unidade familiar,

⁹⁶ Natalia Beltrán Orjuela e Leydi Marcela Palacios Segura, “Normas convencionais em procedimentos para migrantes”, 886. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2021.21.15612>.

⁹⁷ Robson da Silva, *A (necessária) convencionalização da regulamentação migratória brasileira*, 42.

⁹⁸ Cardoso Squeff e Guimarães Silva, “O caso Vélez Loor vs. Panamá da Corte Interamericana de Direitos Humanos”, 778.

⁹⁹ Robson da Silva, *A (necessária) convencionalização da regulamentação migratória brasileira*, 43.

¹⁰⁰ Beltrán Orjuela e Palacios Segura, “Normas convencionais em procedimentos para migrantes”, 881.

¹⁰¹ Robson da Silva, *A (necessária) convencionalização da regulamentação migratória brasileira*, 43.

considerando a proteção da criança como eixo central do processo.¹⁰² Por último, na OC-25/18, a Corte IDH esclareceu que o asilo é “gênero que comporta a totalidade das instituições vinculadas à proteção internacional das pessoas forçadas a fugir de seu país de nacionalidade ou de residência”.

Abordados os principais *standards* migratórios na região latino-americana, passa-se ao último tópico desta pesquisa, que discorrerá sobre eventuais obstáculos para a consolidação do Iccal quanto aos direitos humanos dos migrantes.

3.2. Desafios e perspectivas do constitucionalismo transformador na região em matéria de direitos humanos dos migrantes

Como se verificou no tópico anterior, tanto a Corte IDH quanto a CIDH têm estabelecido *standards* de proteção dos direitos humanos dos migrantes no continente americano, atestando o impacto transformador de suas atividades na realidade latino-americana.

Isso porque, tanto em âmbito contencioso quanto em âmbito consultivo, os *standards* relativos à migração exercem influência sobre o cotidiano dos migrantes na América Latina na medida em que os órgãos e as legislações domésticas passam a aplicar as garantias de proteção das pessoas em situação de mobilidade humana em seus territórios.

No contexto de diálogo regional do Iccal, Paola Acosta Alvarado explica, por meio da metáfora de uma teia de aranha, que na rede judiciária construída no Iccal a Corte IDH é a pedra angular e no primeiro nível de proteção estão os juízes constitucionais,¹⁰³ podendo a interação entre ambos ser vertical – entre juiz regional e juiz constitucional – e horizontal – entre os vários juízes constitucionais.¹⁰⁴

Ainda segundo esta autora, a Corte IDH funciona como um farol da função judicial de proteção na região latino-americana cumprindo um papel articulador, evidenciando a diferença entre a tradicional imagem hierárquica de um sistema judicial e a tutela multinível.¹⁰⁵ Por fim, ela elenca cinco funções fundamentais do Iccal: i) estabelecer padrões mínimos de proteção; ii) elevar os padrões de proteção;

¹⁰² Beltrán Orjuela e Palacios Segura, “Normas convencionais em procedimentos para migrantes”, 891.

¹⁰³ Nesse sentido, Antonio Augusto Cançado Trindade pontua: “A responsabilidade primária pela observância dos direitos humanos recai nos Estados, e os próprios tratados de direitos humanos atribuem importantes funções de proteção aos órgãos dos Estados. Ao ratificarem tais tratados, os Estados Partes contraem a obrigação geral de adequar seu ordenamento jurídico interno à normativa internacional de proteção, a par das obrigações específicas relativas a cada um dos direitos protegidos”. Antônio Augusto Cançado Trindade, “Dilemas e desafios da proteção internacional dos direitos humanos no limiar do século XXI”, *Revista Brasileira de Política Internacional* (1997), 175. <https://doi.org/10.1590/S0034-73291997000100007>.

¹⁰⁴ Acosta Alvarado, “*Ius Commune interamericano*: Brevísimas notas”, 381.

¹⁰⁵ Acosta Alvarado, “*Ius Commune interamericano*: Brevísimas notas”, 381.

iii) facilitar a comunicação entre as várias configurações de tutelas; iv) permitir o alcance de uma coerência que, embora facilite a igualdade, respeita a diversidade; e v) servir como parâmetro de validade das normas e consubstanciar uma diretriz para o legislador e, em geral, como parâmetro de conduta para o exercício do poder *ad intra* mas também *ad extra* do Estado.¹⁰⁶

Assim, no que tange à proteção dos migrantes, o Iccal promove a salvaguarda destes pelo seu condão de produzir *standards* migratórios a serem cumpridos pelos Estados, ao aumentar ou reforçar o grau de proteção que lhes é outorgado,¹⁰⁷ possibilitar a coexistência de vários níveis de tutelas e permitir o estabelecimento de uma coerência que respeita as particularidades e diversidades estatais.

Conforme o pensamento de Mariela Morales Antoniazzi, o Iccal forma o piso ou a base sobre a qual todos os Estados podem continuar com a edificação, ou seja, os Estados podem inclusive fornecer uma proteção bem mais ampla que as estabelecidas.¹⁰⁸ Logo, na tutela migratória, os Estados podem aprimorar e robustecer a proteção das pessoas que transitam pelo seu território, mas nunca outorgar uma proteção mais frágil que a estabelecida pelos *standards*.

Avançando nesse ponto, Flávia Piovesan entende que no Iccal não apenas os juristas deveriam desenvolver mudanças na realidade social e política da América Latina, mas múltiplos atores¹⁰⁹, com vistas à “plena realização da democracia, do Estado de Direito e dos direitos humanos” e à maior pluralidade e coesão nesses Estados.¹¹⁰

Assim, tomando a posição da referida autora e as propostas do Iccal para concretizar a proteção a que fazem jus os migrantes, é necessário que todos aqueles que atendem ou lidam com os migrantes quer sejam funcionários públicos, agentes de

¹⁰⁶ Acosta Alvarado, “*Ius Commune interamericano: Brevisimas notas*”, 383-384.

¹⁰⁷ A autora Juana María Ibáñez Rivas comenta que a CADH, o *corpus iuris* interamericano e a interpretação que a Corte IDH faz dos mesmos estabelecem o mínimo de proteção dos direitos humanos. Juana María Ibáñez Rivas, “El control de convencionalidad y la consolidación del *Ius Commune* interamericano”, em *Ius constitutionale commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión*, org. por Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro/Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017), 411.

¹⁰⁸ Morales Antoniazzi, “El Estado Abierto como Objetivo del *Ius Constitutionale Commune*”, 299.

¹⁰⁹ Ana Carolina Lopes Olsen pontua que: “A eficácia das medidas determinadas pelas sentenças interamericanas depende, intensamente, de uma agenda política voltada para os mesmos fins, assim como uma cultura em que magistrados estejam comprometidos jurídica e ideologicamente com a realização dos direitos. Ainda assim, não se deve menosprezar o papel transformador que o direito pode assumir”. Lopes Olsen e Kozicki, “O papel da Corte Interamericana de Direitos humanos”, 318.

¹¹⁰ Armin von Bogdandy *et al.* “*Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador*”, em *Ius constitutionale commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión*, org. por Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro/Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017), 22.

segurança, magistrados ou representantes da sociedade civil garantam, minimamente, cumprimento dos *standards* migratórios.¹¹¹

Sem embargo, existem críticas à postura da Corte IDH no diálogo entre cortes – no sentido de ser hierarquizante e expressar desconhecimento quanto à diversidade dos “contextos históricos, sociais e culturais dos países da região”¹¹² – pela imposição de *standards* homogeneizantes, alheios à realidade de cada lugar e que colocam em xeque a viabilidade do Iccal.

A esse respeito, é necessário recordar que, embora possa conduzir a uma igualdade, o Iccal busca harmonizar os ordenamentos e a Corte IDH funciona como uma espécie de guia ou *primus inter partes*.¹¹³ Nesse sentido, é importante reconhecer a função pedagógica da Corte que estimula a atenção da sociedade para valores como a liberdade, a igualdade e a dignidade.¹¹⁴

Outrossim, Armin von Bogdandy destaca que, no contexto do diálogo propiciado pelo Iccal, é necessária a percepção de que nenhum tribunal, seja doméstico ou o tribunal regional, dará a “última palavra”, posto que qualquer resolução de qualquer tribunal pode ser controlada por outro (os tribunais domésticos podem não implementar uma sentença da Corte IDH e, de outro lado, a Corte IDH pode controlar a decisão de um tribunal doméstico ainda que se trate de uma corte suprema), o que leva à necessidade dos tribunais não justificarem suas decisões com base em sua autoridade, mas com a fundamentação racional de seus argumentos para convencer os outros atores públicos.¹¹⁵

Entretanto, dois pontos merecem ser destacados: o conflito é um fator permanente no que se refere ao diálogo entre tribunais, porque evidentemente, além de buscarem a melhor solução, os tribunais almejam preservar ou assegurar a prevalência do seu próprio entendimento; e esse cenário de ausência de últimas palavras pode ocasionar angústias e temores, mas na verdade é um fator positivo na medida em que fortalece a separação de poderes e o próprio Poder Judiciário, que terá uma responsabilidade compartilhada quanto a aplicação e desenvolvimento do direito.¹¹⁶

¹¹¹ A região possui uma tendência a “precarizar as migrações dos sujeitos indocumentados, bem como perpetuar reminiscências coloniais, que impactam o tratamento discriminatório dos migrantes, sobretudo, negros e de baixa renda”, Cardoso Squeff e Guimarães Silva, “O caso Vélez Loor vs. Panamá da Corte Interamericana de Direitos Humanos”, 759.

¹¹² Ana Maria Lopes D’Ávila, “*Ius commune*: entre o pluralismo jurisdicional dialógico e a adoção de normas alterativas”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas* (2021), 918. 10.5102/rbpp.v11i2.7833.

¹¹³ Lopes Olsen e Kozicki. “O papel da Corte Interamericana de Direitos humanos”, 317.

¹¹⁴ Lopes Olsen e Kozicki. “O papel da Corte Interamericana de Direitos humanos”, 318.

¹¹⁵ Armin von Bogdandy, “*Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*. Una aclaración conceptual, em *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, org. por Armin von Bogdandy, Héctor Fix-Fierro e Mariela Morales Antoniazzi (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014), 14.

¹¹⁶ von Bogdandy, “*Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*. Una aclaración conceptual”, 15.

Quanto à postura do STF no diálogo interjurisdicional, inicialmente é necessário mencionar que, consoante os critérios de busca já delineados, foram encontrados 5 resultados para o termo de busca “migrantes” (1 não analisado por não tratar estritamente da proteção dos migrantes); o resultado para o termo de busca “mobilidade internacional”; e, por fim, dos principais casos sobre migrantes julgados pela Corte IDH pesquisados no *site* do STF, somente foram encontrados resultados para o Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs. Equador (2 resultados) e para o Caso Vélez Lóor vs. Panamá (1 resultado), porém nenhum dos resultados foram analisados por não tratarem estritamente da proteção dos migrantes.

Os 4 acórdãos encontrados para o termo de busca “migrantes” foram respectivamente duas ações de competência originária do STF e dois recursos extraordinários.¹¹⁷ Nas ações cíveis originárias, o STF discutiu sobre o fechamento de fronteiras para conter o fluxo migratório de venezuelanos e sobre a competência para arcar com os custos oriundos dos serviços públicos prestados aos supracitados migrantes. Em seus votos, alguns dos ministros consideraram a normativa onusiana e o SIPDH para a compreensão do significado do termo refugiado e a necessidade de abertura da fronteira para recepcionar os refugiados venezuelanos em decorrência do cumprimento de mandados internacionais.

No RE nº 587.970, o STF avaliou se a assistência social se restringiria apenas aos cidadãos brasileiros. Em seus votos, alguns ministros citaram a DUDH e a CADH para afastar a discriminação fundada em origem nacional. Ao final o tribunal assentou a tese de que somente o estrangeiro em situação regular no país poderia fazer jus à assistência social, o que por óbvio não incluiria os migrantes indocumentados – muitas vezes nesta situação por motivos alheios às suas vontades e em situação de extrema vulnerabilidade.

Enfim, no RE nº 1.018.911, o STF reconheceu o direito à expedição dos documentos de registro de estrangeiro sem o pagamento da “taxa de pedido de permanência”, da “taxa de registro de estrangeiro” e da “taxa de carteira de estrangeiro primeira via” para o estrangeiro que demonstre sua condição de hipossuficiente. Alguns ministros utilizaram normas do direito internacional dos direitos humanos para reconhecer que a imposição de barreiras exclusivamente financeiras para a não regularização da situação do imigrante com residência permanente em território nacional impede o acesso aos demais direitos fundamentais e vai de encontro às convenções internacionais das quais o Brasil faz parte.

Dos acórdãos analisados, é possível concluir que o STF tem uma postura relativamente reticente no diálogo interjurisdicional com a Corte IDH, pois não faz o uso dos seus precedentes em matéria de proteção das pessoas em situação de mobilidade internacional, ainda que pudesse enfrentá-los sem a obrigação de concordância.

Nessa linha de raciocínio, Thiago Oliveira Moreira e Lavínia Cavalcanti da Silva destacam que os principais desafios para o desenvolvimento de um diálogo

¹¹⁷ ACO 3.113, RE 587.970, RE 1.018.911 e ACO 3.121.

interjurisdiccional entre os tribunais estatais e a Corte IDH são o desconhecimento da jurisprudência da Corte IDH pelos(as) magistrados(as), a postura de resistência ao diálogo e a invocação do conceito clássico de soberania estatal, segundo o qual desobriga o Estado de analisar as fontes internacionais no caso concreto para não colocar em xeque a soberania do país e a democracia internacional.¹¹⁸

Para fazer frente aos supracitados obstáculos, para fortalecer o diálogo na defesa dos direitos humanos dos migrantes e para a construção de um Iccal em matéria migratória, pode-se mencionar: i) fomentar a ratificação de tratados internacionais de proteção aos direitos humanos dos migrantes no âmbito onusiano e interamericano para solidificar um ponto de partida comum para os Estados; ii) encorajar a proliferação de cláusulas abertas para proporcionar um tratamento diferenciado às normativas internacionais; iii) fomentar o exercício do controle de convencionalidade para a implementação dos *standards* migratórios como material controlante; e iv) promover a capacitação relativa aos *standards* migratórios para agentes públicos de todos os Poderes.¹¹⁹

Conclusão

Com o presente escrito demonstrou-se que a proteção dos direitos humanos dos migrantes na América é uma situação inadiável que faz jus à uma tutela de múltiplos níveis. Assim, o Iccal se insere na perspectiva do fortalecimento e respeito aos direitos humanos das pessoas em mobilidade na região, posto que incrementa e densifica sua tutela por meio do estabelecimento de *standards* comuns produzidos especificamente para a realidade da América Latina.

O referido fenômeno é fundado principalmente na premissa de que somente com uma perspectiva transformadora será possível superar os entraves da contemporaneidade. Nesta senda, esse projeto político, jurídico e cultural que se volta para as experiências da região e suas peculiaridades fortalece e aproxima os Estados no objetivo comum de proteção dos direitos humanos na região.

Ao se pautar em um diálogo recíproco e na ideia de harmonização entre os campos interno e internacional em prol da tutela dos migrantes, o Iccal em matéria migratória pode ser potencialmente desenvolvido através do controle de

¹¹⁸ Lavínia Cavalcante da Silva e Thiago Oliveira Moreira, “O Diálogo Interjurisdiccional entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: um estudo à luz do pensamento de Vicki Jackson”, em *Direito Internacional dos Direitos Humanos e as pessoas em situação de vulnerabilidade*, org. por Thiago Oliveira Moreira e Yara Gurgel (Natal: Polimatia, 2022), 356-357.

¹¹⁹ Flávia Piovesan, “Proteção dos direitos sociais: desafios do *ius commune* sul-americano”, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (2011), 221-225. <https://doi.org/10.4013/1520>.

convencionalidade ou, no mínimo, pela interpretação conforme, que permitem a adequação ou transformação da realidade à luz do princípio *pro persona*.

Se por um lado é inegável constatar o avanço na região ao se levar em consideração a criação do SIPDH e a interconexão entre as normas constitucionais e o *corpus iuris* interamericano que desembocam no Iccal, por outro deve-se ter em mente que o Iccal ainda está em fase de desenvolvimento e os Estados latino-americanos não respondem ao referido fenômeno de maneira uniforme.

Logo, a resposta encontrada é de que a realização de um diálogo judicial construtivo e progressivo e o controle de convencionalidade poderão superar os obstáculos ao avanço do Iccal, como o desconhecimento da jurisprudência da Corte IDH, a resistência ao diálogo e a invocação do clássico conceito de soberania, proporcionando o robustecimento da tutela dos direitos humanos dos migrantes na região.

Referências

- ACOSTA ALVARADO, Paola. “*Ius Commune* interamericano: Brevísimas notas sobre el concepto de diálogo”. Em *Ius constitutionale commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión*. Organizado por Armin VON BOGDANDY, Mariela MORALES ANTONIAZZI e Eduardo FERRER MAC-GREGOR, 371-384. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro/Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017.
- ARANGO, Rodolfo. “Fundamentos del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: Derechos Fundamentales, Democracia y Justicia Constitucional”. Em *Ius constitutionale commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión*. Organizado por Armin VON BOGDANDY, Mariela MORALES ANTONIAZZI e Eduardo FERRER MAC-GREGOR, 179-192. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro/Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017.
- ARCARO CONCI, Luiz Guilherme. “Diálogo entre Cortes e o controle de convencionalidade – algumas reflexões sobre a relação entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos”. Em *Diálogo entre Cortes: A jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita*. Organizado por Luca MEZZETTI e Luiz Guilherme ARCARO CONCI, 117-148. Brasília: Conselho Federal da OAB, 2015.
- BARBOSA BORGES, Bruno e Flávia. PIOVESAN. “O diálogo inevitável interamericano e a construção do *Ius Constitutionale Commune*”. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia* (2019): 5-26. doi: 10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v24i31328.
- BELTRÁN ORJUELA, Natalia e Leydi Marcela PALACIOS SEGURA, “Normas convencionales em procedimentos para migrantes”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* (2021): 867-894. doi: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2021.21.15612>.

- BOGDANDY, Armin von, Eduardo FERRER MAC-GREGOR, Mariela MoralesANTONIAZZI, Flávia PIOVESAN e Ximena SOLEY. “*Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador*”. Em *Ius constitutionale commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión*. Organizado por Armin VON BOGDANDY, Mariela MORALES ANTONIAZZI e Eduardo FERRER MAC-GREGOR, 17-54. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro/Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017.
- BOGDANDY, Armin von. “*Ius Constitutionale Commune Latinoamerica una Aclaración Conceptual desde una Perspectiva Europea*”. Em *El Constitucionalismo Contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*. Organizado por Luis Raúl GONZÁLEZ PÉREZ e Diego VALADÉS, 39-66. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2013.
- BOGDANDY, Armin von. “*Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una aclaración conceptual*”. Em *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, Potencialidades y Desafíos*. Organizado por Armin VON BOGDANDY, Héctor FIX-FIERRO e Mariela MORALES ANTONIAZZI, 3-24. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014.
- BOGDANDY, Armin von. *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014b. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3683/27.pdf>.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. “*Dilemas e desafios da proteção internacional dos direitos humanos no limiar do século XXI*”. *Revista Brasileira de Política Internacional* (1997): 167-177. doi: <https://doi.org/10.1590/S0034-73291997000100007>.
- CARBALLAL FRANCO, Raquel Trabazo. “*A proteção dos refugiados e apátridas no Brasil: Aplicação prática do artigo 1 (2) da Lei 9.474/1997*”. Em *Refúgio no Brasil: comentários à Lei 9.474/97*. Organizado por Liliana LYRA JUBILUT e Gabriel GUALANO DE GODOY, 105-120. São Paulo: Quartier Latin/ACNUR, 2017.
- CARVALHO RAMOS, André de. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- CARVALHO RAMOS, André de. *Processo internacional de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2016a.
- CARVALHO RAMOS, André de. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2016b.
- CASTRO PITA, Agni. “*Direitos humanos e direito internacional dos refugiados*”. Em: *Refúgio e Hospitalidade*. Organizado por José Antônio PERES GEDIEL e Gabriel GUALANO DE GODOY, 5-16. Curitiba: Kairós Edições, 2016.
- CAVALCANTE DA SILVA, Lavínia, Thiago OLIVEIRA MOREIRA. “*O Diálogo Interjurisdiccional entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: um estudo à luz do pensamento de Vicki Jackson*”. Em *Direito Internacional dos Direitos Humanos e as pessoas em situação de vulnerabilidade*.

- Organizado por Thiago OLIVEIRA MOREIRA e Yara GURGEL, 341-362. Natal: Polimatia, 2022.
- CHENTAIL, Vincent. *International migration law*. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/movilidadhumana.pdf>.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). *Principios interamericanos sobre los derechos humanos de todas las personas migrantes, refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas, Resolución 04/19*. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Principios%20DDHH%20migrantes%20-%20ES.pdf>.
- DA SILVA, Tony Robson. *A (necessária) convencionalização da regulamentação migratória brasileira: um estudo à luz do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.
- EUGENIA BARICHELLO, Stefania. “A Evolução dos Instrumentos de Proteção do Direito Internacional dos Refugiados na América Latina: da Convenção de 51 ao Plano de Ação do México”. *Universitas Relações Internacionais* (2012): 33-51. doi: [10.5102/uri.v10i1.1395](https://doi.org/10.5102/uri.v10i1.1395).
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. “El Control de Convencionalidad em la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Em *Controle de Convencionalidade*. Organizado por Fabiane PEREIRA DE OLIVEIRA DUARTE, Fabrício BITTENCOURT DA CRUZ e Tarciso DAL MASO JARDIM, 19-40. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.
- INSIGNARES CERA, Silvana. “Los derechos de los trabajadores migrantes y refugiados en Colombia a la luz de los estándares internacionales”. Em *Ius Commune en Migración y Constitucionalismo Transformador en Colombia*. Editado por Armin VON BOGDANDY, Manuel GÓNGORA MERA e Mariela MORALES ANTONIAZZI, 369-412. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2022.
- LOPES D’ÁVILA, Ana Maria. “Ius commune: entre o pluralismo jurisdicional dialógico e a adoção de normas alterativas”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas* (2021): 916-934. doi: [10.5102/rbpp.v11i2.7833](https://doi.org/10.5102/rbpp.v11i2.7833).
- LOPES D’ÁVILA, Ana Maria e Luis Haroldo PEREIRA DOS SANTOS JUNIOR. “O Controle de Convencionalidade: Experiências Latino-Americanas”. *Revista Paradigma* (2020): 193-224.
- LOPES OLSEN, Ana Carolina e Katia KOZICKI. “O papel da Corte Interamericana de Direitos humanos na construção dialogada do Ius Constitutionale Commune na América Latina”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas* (2019): 302-363. doi: [10.5102/rbpp.v9i2.6005](https://doi.org/10.5102/rbpp.v9i2.6005).
- MARMELSTEIN, George. “Controle jurisdicional das omissões inconventionais”. *Revista Jurídica Da FA7* (2017): 35-57. doi: <https://doi.org/10.24067/rjfa7;14.1:259>.

- MELO SILVA, Thalita e Andrea Maria CALAZANS PACHECO PACÍFICO. “O regime internacional dos refugiados e os instrumentos de proteção jurídica em nível internacional e latino-americano”. *Meridiano 47-Boletim de Análise de Conjuntura em Relações Internacionais* (2018): 1-18. doi: <https://doi.org/10.20889/M47e19008>.
- MORALES ANTONIAZZI, Mariela. “El Estado Abierto como Objetivo del *Ius Constitutionale Commune*. Aproximación desde el Impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Em *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, Potencialidades y Desafíos*. Organizado por Armin VON BOGDANDY, Héctor FIX-FIERRO e Mariela MORALES ANTONIAZZI, 265-300. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014.
- OLIVEIRA MOREIRA, Thiago. “A Possível Formação de um Direito Constitucional Comum na América Latina e os Direitos Humanos Sociais”. Em *Direito internacional na contemporaneidade*. Organizado por Thiago OLIVEIRA MOREIRA, Diogo PIGNATARO DE OLIVEIRA e Xavier YANKO, 143-182. Brasília: CFOAB, 2018.
- OLIVEIRA MOREIRA, Thiago. “O Exercício do Controle de Convencionalidade pela Corte IDH: uma década de decisões assimétricas”. Em *Direito Internacional em Expansão*. Organizado por Wagner MENEZES, 251-271. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.
- OLIVEIRA MOREIRA, Thiago. “O Necessário Diálogo Interjurisdicional entre a Jurisdição Brasileira e a Interamericana”. Em *Tribunais Internacionais e a Relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno*, organizado por Wagner MENEZES, 478-495. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.
- OLIVEIRA MOREIRA, Thiago. *A aplicação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos pela Jurisdição Brasileira*. Natal: Edufrn, 2015.
- OLIVEIRA MOREIRA, Thiago. *A concretização dos direitos humanos dos migrantes pela jurisdição brasileira*. Curitiba: Instituto Memória, 2019.
- PACHECO PACÍFICO, Andrea Maria Calazans. “A necessidade de criação de um regime ambiental internacional: O caso dos deslocados ambientais”. *Revista de Direito Cosmopolita* (2013): 165-182. doi: <https://doi.org/10.12957/cosmopolitan.2013.8544>.
- PIOVESAN, Flávia. “Proteção dos direitos sociais: desafios do *ius commune* sul-americano”. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (2011): 206-226. doi: <https://doi.org/10.4013/1520>.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SQUEFF CARDOSO, Tatiana de A. F. R. e Bianca GUIMARÃES SILVA. “O caso Vélez Loor vs. Panamá da Corte Interamericana de Direitos Humanos como paradigma para a construção de parâmetros migratórios latino-americanos”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas* (2021): 756-781. doi: [10.5102/rbpp.v11i2.7841](https://doi.org/10.5102/rbpp.v11i2.7841).
- VIO GROSSI, Eduardo. “El control de convencionalidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (2018): 315.

Sergio Daniel Ruiz Díaz Arce* (Paraguay)

La problemática sobre los derechos del niño en el sistema interamericano de derechos humanos**

RESUMEN

La respuesta del ordenamiento jurídico interamericano ante las violaciones de derechos humanos contra niños, niñas y adolescentes se encuentra, principalmente, establecida a partir del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Sin embargo, las diversas situaciones suscitadas en los casos particulares han requerido una constante labor argumentativa por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en la interpretación y aplicación de las medidas de protección para este grupo de personas. Para delimitar la problemática en torno a los derechos del niño¹ en el ámbito del sistema interamericano de derechos humanos (SIDH), este artículo examina las decisiones de la Corte a partir de algunos nudos considerados críticos en el abordaje de los derechos humanos. El análisis realizado mostró que la jurisprudencia de este Tribunal ha contribuido al desarrollo de conceptos relativos a los derechos del niño, la elaboración de un amplio *corpus juris* de protección y la forma de determinación de la responsabilidad estatal ante violaciones de derechos humanos contra este grupo de personas.

* Abogado de la Universidad Nacional de Asunción, doctor y magíster en Derecho de la Universidade de Brasília. Investigador del Centro de Investigação em Justiça e Governação (JusGov), Universidade do Minho. sergio.ruizar@gmail.com. Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-6610-1638>.

** Este artículo es el resultado de una parte de la tesis de doctorado presentada en la Facultad de Derecho de la Universidade de Brasília. Agradezco las enseñanzas, los comentarios y las correcciones de la doctora Claudia Rosane Roesler, docente de la Universidade de Brasília. Los errores que subsistan me pertenecen.

¹ Utilizo la denominación “derechos del niño” para designar al conjunto de derechos que posee la población de personas menores de dieciocho años de edad, es decir, niños, niñas y adolescentes. Según la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), en su artículo 1, “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

Palabras clave: derechos del niño; jurisprudencia; sistema interamericano de derechos humanos.

The issue of children's rights in the Inter-American Human Rights System

ABSTRACT

The response of the inter-American legal system to the infringement of the human rights of children and adolescents is primarily derived from Article 19 of the American Convention on Human Rights (ACHR). Notwithstanding, the diverse situations that have arisen in individual cases have required a constant argumentation effort by the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) concerning the interpretation and application of protection measures for this group of people. To outline the issue of children's rights in the Inter-American Human Rights System (IAHRS), this article examines the Court's decisions based on some of the most critical issues that arise when addressing human rights. This analysis shows that the Court's jurisprudence has contributed to the development of concepts relating to children's rights, the elaboration of a broad corpus juris of protection, and how state responsibility for human rights violations against this group of persons is determined.

Keywords: Children's rights; jurisprudence; Inter-American Human Rights System.

Die Problematik der Kinderrechte im Interamerikanischen Menschenrechtssystem

ZUSAMMENFASSUNG

Die Antwort der interamerikanischen Rechtsordnung auf die Verletzung der Menschenrechte von Kindern und Jugendlichen ist vor allem in Artikel 19 der Amerikanischen Menschenrechtskonvention (spanisch: CADH) niedergelegt. Die von Fall zu Fall unterschiedlichen Situationen machten jedoch eine kontinuierliche Argumentation seitens des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte (IAGMR) bei der Auslegung und Umsetzung der Schutzmaßnahmen für die genannte Personengruppe erforderlich. Um eine nähere Eingrenzung der Problematik der Kinderrechte im Geltungsbereich des Interamerikanischen Menschenrechtssystems vornehmen zu können, untersucht der vorliegende Artikel die Entscheidungen des Gerichtshofs anhand einiger Schwerpunkte, die für die Betrachtung der Menschenrechte als wesentlich gelten. Aus der Analyse ergab sich, dass die Rechtsprechung des Gerichtshofs einen Beitrag zur Weiterentwicklung des Schutzes und zur Feststellung der staatlichen Verantwortung für die Verletzungen der Menschenrechte dieser Personengruppe geleistet hat.

Schlüsselwörter: Kinderrechte; Rechtsprechung; Interamerikanisches Menschenrechtssystem.

Introducción

El reconocimiento de los derechos humanos constituye un acuerdo de amplia aceptación dentro de la comunidad internacional, que ha generado en cierta medida un trabajo coordinado y comprometido entre diferentes actores, principalmente, debido a los múltiples escenarios y contextos en que se producen las vulneraciones de estos derechos. De esta manera, el derecho internacional de los derechos humanos proporciona un “marco conceptual que es aceptado por la comunidad internacional y que puede ofrecer un sistema coherente de principios y reglas en el ámbito del desarrollo”,² aunque esta, a su vez, requiera de una constante revisión y actualización de su contenido atendiendo al desarrollo dinámico de las distintas problemáticas y del escenario en que estas se desenvuelven. Al respecto, de acuerdo con Carvalho Netto y Scotti, “los derechos fundamentales, tal como los entendemos hoy, son el resultado de un proceso histórico tremendamente rico y complejo, de una historia, a un solo tiempo, universal, pero siempre individualizada; común, pero siempre plural”.³

A los efectos de ofrecer una comprensión didáctica sobre los derechos humanos generalmente se proponen una serie de dimensiones –histórica, ética, política y jurídica– para llevar adelante el estudio del tema. De este modo, es posible desarrollar un análisis desde una perspectiva integral que responda a una pluralidad de dimensiones y que atienda los objetivos de la interdisciplinariedad que trae consigo este campo de estudio. Sin embargo, ante una problemática específica suscitada en el interior del mismo cabe también realizar un análisis tomando en consideración apenas uno o algunos de los aspectos mencionados de acuerdo con los intereses y límites propuestos.

Se tiene entonces una primera dimensión –histórica– que trata sobre el reconocimiento de derechos a lo largo del tiempo, la cual puede ser entendida a través de la regulación de relaciones sociales que posteriormente dieron lugar a las denominadas tres generaciones de derechos: derechos de libertad (derechos civiles y políticos), derechos de igualdad (derechos económicos, sociales, culturales y ambientales) y derechos de los pueblos (derechos colectivos o de solidaridad).⁴ Dicha regulación de la realidad social ha estado marcada por un proceso de disputas, reclamos y reivindicaciones sobre violaciones sistemáticas de derechos para lograr condiciones de vida digna. Esta regulación es comúnmente asociada a un sistema de valores éticos dentro de

² Víctor Abramovich, “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo”, *Revista de la Cepal*, n.º 88 (2006): 36.

³ Menelick de Carvalho Netto y Guilherme Scotti, *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras* (Belo Horizonte: Fórum, 2012), 41; trad. libre.

⁴ Para un análisis exhaustivo sobre la evolución histórica de los derechos humanos, véase Inez Lopes Matos Carneiro de Farias, “Direitos humanos e comércio internacional” (tesis doctoral, Universidad de São Paulo, 2006).

la sociedad que propugna un ideal de justicia, entendida en su sentido amplio, y condena de forma crítica realidades que considera injustas –dimensión ética–.

Cuando este conjunto de imperativos éticos o morales es trasladado a una tercera dimensión –jurídica– para su estudio y análisis,⁵ más allá de las perspectivas teóricas que pueden ser adoptadas (jusnaturalismo, positivismo, vertiente sociohistórica⁶), se plantean una serie de cuestiones sobre el contenido de la norma jurídica. Estas comúnmente se encuentran relacionadas con su naturaleza, características, límites, aplicación, conflicto entre normas, jerarquía e incluso sobre el ordenamiento jurídico. No obstante, el reconocimiento de estos derechos no se agota con la conquista de su carácter normativo, porque este también requiere de un constante ejercicio de afirmación y educación en derechos humanos.⁷ En consecuencia, adquiere relevancia una cuarta dimensión –política–, que se refiere a los mecanismos estatales de protección de derechos humanos ante las situaciones injustas que acontecen a diario o frente a las nuevas situaciones que necesitan el reconocimiento de derechos por ser conquistados.

Teniendo en cuenta las dimensiones señaladas resulta posible identificar algunos nudos críticos para el abordaje de los derechos humanos, entendido en su amplio sentido, y de esta manera profundizar en su comprensión y estudio. Al respecto, considero que algunos de los principales problemas que permean el campo de los derechos humanos pueden ser clasificados en los siguientes tres grupos: ambigüedad en la denominación, adecuación normativa y responsabilidad del Estado.

Si bien el análisis de cada uno de los mismos puede adquirir diferentes aristas o direcciones, conforme la disciplina específica que lo aborda –historia, derecho, sociología, psicología, entre otras– y el contexto en que se suscita el problema de interés, para los fines de esta investigación se pretende caracterizar y analizar brevemente, uno tras otro, los nudos críticos propuestos con especial énfasis en los derechos humanos del niño, desde una perspectiva jurídica y a partir del desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

1. Ambigüedad en la denominación

La ambigüedad en torno a la denominación de los derechos humanos descansa en su carácter general y abstracto. Esta indeterminación puede ser vista como un inconveniente, debido a la dificultad que se genera al momento de intentar ofrecer un

⁵ Carlos Santiago Nino, *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación* (Buenos Aires: Astrea, 1989).

⁶ Ana Juanche y María Luisa González, “Los derechos humanos desde los distintos paradigmas”, *Si decimos derechos humanos...*, n.º 2 (2007): 2-6.

⁷ Luis Pérez Aguirre, “Si digo educar para los derechos humanos”, *DehuIdela - Derechos Humanos Idela*, n.º 15 (1998): 49-56.

significado unívoco o preciso de la misma. Sin embargo, también puede afirmarse que ha sido esta condición la que le ha brindado su alto grado de diálogo y aceptación en la comunidad internacional; o bien, que su carácter ambiguo o indeterminado ha permitido un amplio desarrollo frente a los diversos tipos de problema que plantea esta denominación, aunque esto a veces requiera de una mayor tarea interpretativa por parte de los operadores de justicia. Es decir, la ambigüedad del término lo torna flexible a las diversas situaciones y contextos culturales a los que necesita hacer frente, debido a que sus características han sido apropiadas para establecer consensos ampliamente aceptados sobre una generalidad de temas que se refieren a los derechos humanos. Este consenso puede ser explicado por medio de un imperativo moral, por el resultado de reivindicaciones históricas ante el Estado, así como también por el resultado de un largo y constante proceso de diálogo entre diferentes actores.

Al respecto, Habermas presenta algunos argumentos para sostener que el concepto de dignidad humana es el que ha articulado ese consenso, y que de ella se nutren los derechos humanos fundamentales, citando la expresión: “everyone could agree that human dignity was central, but not why or how”.⁸ Por otro lado, Salgueiro Martínez afirma:

Los derechos humanos deben entenderse de una manera mucho más amplia e integral, porque además son un fenómeno en constante construcción y evolución. No se pueden delimitar únicamente a un conjunto de derechos determinados, sino a una idea más comprensiva de fenómenos sociales y políticos, ya que su reconocimiento parte de verdaderas “conquistas” logradas por la persona humana frente al poder del Estado, cualquiera sea su forma de manifestación.⁹

De este modo, la búsqueda de la fundamentación teórica del concepto de derechos humanos es objeto de estudio de varias ciencias sociales, tales como la filosofía, la historia, la sociología y el derecho, entre otras, lo cual refuerza su carácter interdisciplinario. En cuanto a las características de los derechos humanos, estas parecen coincidir –aunque no de forma unánime– en los siguientes aspectos: inherentes o innatos al ser humano, universales, inalienables, inviolables, imprescriptibles, irrenunciables, indivisibles, progresivos.¹⁰ A partir de ello puede afirmarse que toda persona humana, sin discriminación alguna, es portadora de derechos humanos, es decir, sujeto de derecho.

⁸ Jürgen Habermas, “La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44 (2010): 108-109.

⁹ María Elena Martínez Salgueiro, *Nociones básicas sobre derechos humanos* (Montevideo: Ministerio de Educación y Cultura de la República Oriental del Uruguay, 2008), 6.

¹⁰ Abraham Magendzo Kolstrein y Jorge Manuel Pavéz Bravo, *Educación en derechos humanos: una propuesta para educar desde la perspectiva controversial* (México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2015).

Aunque los enfoques de cada disciplina no necesariamente deban ser concebidos de forma excluyente o aislada, debido a que están conectados entre sí, resulta oportuno determinar los alcances que cada una de estas disciplinas posee con relación a los derechos humanos y sobre una problemática específica. Es decir, para los fines de su estudio por disciplina y a los efectos de fortalecer la interdisciplinariedad es necesario que cada una de ellas determine las características, condiciones, problemas y objeto particular de interés en su respectivo campo.

1.1. La indeterminación de conceptos en el ámbito de los derechos del niño

El reconocimiento de la titularidad de derechos, ya sea en instrumentos jurídicos nacionales o internacionales, no ha significado necesariamente un cambio inmediato en la condición jurídica de aquellas personas que forman parte de determinados grupos sociales históricamente excluidos. Tal es el caso de los niños, cuyo proceso histórico de inclusión social está caracterizado por la lucha contra la negación de su condición de persona y fundado en el reconocimiento de su diferencia. Según Giorgi, esta situación de exclusión se estructuró históricamente a partir de tres elementos centrales: “la indefensión propia del infante, la necesidad de disciplinamientos y la asimetría de poder”.¹¹ Así, la marginación de los mismos en el pacto social se hace visible en la imposibilidad para el ejercicio de sus derechos ciudadanos, que garantiza a todos los seres humanos el acceso a los derechos civiles y de libertad, según lo establecido en las declaraciones de derechos humanos.

Sobre este asunto, la Corte IDH se pronunció en la Opinión Consultiva OC-17/02:

El hecho de que los niños no disfrutaran de plena capacidad jurídica para actuar, y que tengan así que ejercer sus derechos por medio de otras personas, no les priva de su condición jurídica de sujetos de derecho. Nadie osaría negar el imperativo de la observancia, desde la aurora de la vida, de los derechos del niño, v.g., a las libertades de conciencia, pensamiento y expresión. Especial relevancia ha sido atribuida al respeto a los puntos de vista del niño, estipulado en el artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, la cual, a su vez, ha fomentado una visión holística e integral de los derechos humanos.¹²

¹¹ Víctor Giorgi, “Entre el control tutelar y la producción de ciudadanía. Aportes de la psicología comunitaria a las políticas de infancia”, en *Psicología comunitaria y políticas sociales: reflexiones y experiencias*, ed. por Alipio Sánchez, Jaime Alfaro y Alba Zambrano (Buenos Aires: Paidós, 2012), 204.

¹² Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño, Serie A, No. 17, voto concurrente del juez Antônio A. Cançado Trindade, párr. 53.

En este precedente jurídico la respuesta de la Corte se encamina a estructurar el contenido ambiguo de la materia y contribuir a la construcción de consensos en torno de los problemas que afectan a los derechos del niño en el marco del SIDH, adquiriendo luego un mayor desarrollo en su propia jurisprudencia contenciosa. Por ello, resulta necesario que los derechos del niño, como disciplina especializada del derecho, indaguen y cuestionen sobre su objeto de estudio y el conjunto de problemas que afectan a este grupo de personas. Es decir, se requiere una disciplina que se pregunte acerca de la situación de los niños como sujetos de derecho, sobre las características especiales de sus portadores, los problemas para el reconocimiento y garantía de esos derechos, y otros asuntos que puedan contribuir al desarrollo de la materia y no se restrinjan apenas a una cuestión meramente regulativa o legislativa.

En el ámbito del SIDH, la Corte Interamericana ha abordado algunas de estas cuestiones a través de su jurisprudencia, a fin de desarrollar el contenido de conceptos ambiguos o problemáticos, o bien de precisar el contenido y alcance de las normas mediante su interpretación. Por ejemplo, en cuanto a la denominación del sujeto protegido, si bien las normas que integran el SIDH no ofrecen una definición precisa del concepto “niño”, la Corte IDH, por medio de su jurisprudencia, ha considerado necesario incluir un instrumento ajeno al SIDH para delimitar el contenido de este:

El artículo 19 de la Convención Americana no define qué se entiende como “niño”. Por su parte, la Convención sobre Derechos del Niño considera como tal (artículo 1) a todo ser humano que no haya cumplido los 18 años, “salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”¹³

De esta manera el Tribunal, desde la sentencia del Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, pasó a adoptar la definición de niño contenida en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), instrumento normativo del sistema universal de derechos humanos. No obstante, la norma de la CDN reduce la definición de “niño” a la edad del sujeto protegido, sin considerar las condiciones particulares de cada uno, así como las diferentes situaciones en que se pueden encontrar. Según Beloff, la definición de la CDN también plantea las dificultades referidas a cuándo se comienza a ser niño y cuándo un adolescente se convierte en adulto.¹⁴

Posteriormente, en el Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela, la Corte IDH señaló que el concepto de niño conforme a la edad adquiere algunas variantes, debido a los problemas que se pueden suscitar en cada supuesto:

En este sentido, la Corte considera que en caso de ser necesario requerir identificar y determinar la edad de una persona, especialmente un posible

¹³ Corte IDH, Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Fondo, Serie C, No. 63, párr. 188.

¹⁴ Mary Beloff, *Derechos del niño: su protección especial en el Sistema Interamericano* (Buenos Aires: Hammurabi, 2018), 85-86.

menor de edad, el Estado, a través de sus autoridades competentes en la materia, debe realizar de oficio las acciones pertinentes para acreditar fehaciente la minoría de edad, a través de una evaluación con criterios científicos, teniendo en cuenta la apariencia física (características somáticas y morfológicas) y la madurez psicológica, realizada de forma segura, respetuosa y con consideraciones de género e impactos diferenciados. En caso de que no sea posible llegar a una determinación certera de la edad, se debe otorgar “al individuo el beneficio de la duda, de manera que, en la hipótesis de que se trate de un menor, se le trate como tal”.¹⁵

Además de definir el concepto de “niño” en la Opinión Consultiva OC-17/02, el Tribunal también fue llamado a responder otra cuestión similar en torno al alcance y relación entre los términos “niño” y “menor”. Esto tal vez debido al contexto histórico que se vivía en la región durante el proceso de adopción de las nuevas leyes para las personas menores de edad y la “carga negativa” que podría traer consigo la expresión “menor”.¹⁶ Al respecto, sostuvo:

La Corte no entrará a considerar en este momento las implicaciones de las diversas expresiones con que se designa a los integrantes de la población menor de 18 años. En algunos de los planteamientos formulados por los participantes en el procedimiento correspondiente a esta Opinión, se hizo notar la diferencia que existe entre el niño y el menor de edad, desde ciertas perspectivas. Para los fines que persigue esta Opinión Consultiva, es suficiente la diferencia que se ha hecho entre mayores y menores de 18 años.¹⁷

De esta manera se puede observar una primera situación en que el Tribunal decidió adoptar una definición un poco más precisa, a partir de un instrumento jurídico especializado en materia de derecho del niño, para intentar superar la ambigüedad de un concepto –niño– a pesar de las dificultades que traía consigo. Como también una segunda situación en que la Corte optó por no analizar una cuestión relacionada con la distinción semántica de los términos o expresiones “niño” y “menor”, frecuentemente utilizados para designar a este grupo específico de personas.

Por otro lado, además de la denominación para el sujeto protegido, otra cuestión que suscita dificultades devenidas de la ambigüedad en materia de derechos del niño

¹⁵ Corte IDH, Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela, Sentencia de 27 de agosto de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 281, párr. 173.

¹⁶ Giorgi, “Entre el control tutelar y la producción de ciudadanía”, 201-225; Alessandro Baratta, “Infancia y democracia”, en *Infancia, ley y democracia en América Latina: análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*, ed. por Emilio García Méndez y Mary Beloff (Bogotá: Temis-Depalma, 1998), 21-40.

¹⁷ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, párr. 40.

guarda relación con las características especiales de sus portadores, específicamente, para el ejercicio de derechos por parte de las personas menores de edad. Al respecto, la Corte IDH determinó, en el Caso *Gelman vs. Uruguay*:

En el caso de los niños y niñas, si bien son sujetos titulares de derechos humanos, [...] ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, por lo que en su primera infancia actúan en este sentido por conducto de sus familiares. En consecuencia, la separación de un niño de sus familiares implica, necesariamente, un menoscabo en el ejercicio de su libertad.¹⁸

De modo similar se expresó la Corte en el Caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, agregando:

Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen cada niña o niño. Por tanto, al llevarse a cabo la diligencia realizada según lo dispuesto en la mencionada Resolución [...] se tuvo en cuenta que las tres niñas tienen en este momento 12, 13 y 17 años de edad y, por tanto, podrían existir diferencias en sus opiniones y en el nivel de autonomía personal para el ejercicio de los derechos de cada una.¹⁹

De estas decisiones se puede inferir que la autonomía progresiva para el ejercicio de derechos es considerada en función de la edad y el grado de madurez del titular de derechos. Es decir, el ejercicio progresivo de los derechos según la evolución de sus facultades implica que los niños adquieren capacidad para ejercer sus derechos a medida que se desarrollan. Por ello, el Tribunal considera necesario analizar cada caso particular para determinar el nivel de desarrollo de los mismos. Igualmente, este desarrollo está íntimamente ligado a la madurez y el aprendizaje a través del cual los niños adquieren progresivamente conocimientos, habilidades y comprensión de sus derechos, cuya responsabilidad corresponde a la familia, a la sociedad y al Estado, a fin de cuidar y orientar a los mismos para que puedan ejercer sus derechos de forma plena.

Según la Corte IDH, dentro de un proceso judicial el ejercicio de derechos implica considerar la participación de los niños en todas las situaciones en las que sus derechos se vean afectados, además de velar por su interés superior. Al respecto, en el Caso *Furlán y Familiares vs. Argentina* la sentencia señaló:

¹⁸ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 221, párr. 129.

¹⁹ Corte IDH, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 239, párr. 68.

Igualmente, el Tribunal recuerda que el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño no sólo establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, sino [...] abarca también el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. No basta con escuchar al niño, las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio, lo que requiere que las opiniones del niño sean evaluadas mediante un examen caso por caso. No sobra recalcar que estos estándares son igualmente aplicables a las niñas y niños con discapacidad.²⁰

En este sentido, la ambigüedad o la indeterminación de conceptos relevantes en materia de derechos humanos de los niños en el ámbito del SIDH ha desplegado un esfuerzo interpretativo por parte del Tribunal para la aplicación de las normas que forman parte del sistema. Del mismo modo, ha significado la integración de instrumentos jurídicos normativos de otros sistemas de derechos humanos para intentar ofrecer respuestas a los problemas planteados en los casos contenciosos. No obstante, es importante destacar que las respuestas dadas ante la ambigüedad de conceptos se caracterizan por ser temporales, incompletas o flexibles, y en consecuencia susceptibles a nuevas interpretaciones y redefiniciones conforme a las situaciones concretas que se presentan en cada caso. Por tanto, la ambigüedad de las normas de derechos humanos, indeterminadas en abstracto, permite que estos conceptos puedan ser constantemente actualizados y revisados mediante el análisis de las situaciones suscitadas en los casos particulares en que se tornan determinables.

2. Adecuación normativa

Aunque la ambigüedad en la noción de derechos humanos no ha representado inconvenientes *prima facie* para su incorporación a las legislaciones nacionales, se ha convertido en cambio en un enorme desafío para la reestructuración de los sistemas nacionales de protección en derechos humanos. Este diseño requiere, entre otros aspectos, una adecuación de toda la infraestructura del Estado que incluya a las instituciones, los tipos de servicios ofrecidos y a los agentes públicos encargados. Estos escenarios se tornan aún más complejos cuando se trata de derechos humanos de grupos en situación de especial vulnerabilidad, tales como comunidades indígenas, comunidades afrodescendientes, comunidad LGBTQIA+, mujeres, personas con discapacidad, personas migrantes, niñez y adolescencia, entre otras.

²⁰ Corte IDH, Caso Furlán y Familiares vs. Argentina, Sentencia de 31 de agosto de 2012, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 246, párr. 230.

2.1. El *corpus juris* de protección de los derechos del niño

En cuanto a la regulación de los derechos del niño en el sistema universal de derechos humanos, esta tiene como principales antecedentes la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño (1924),²¹ algunos instrumentos aprobados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT),²² la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948),²³ la Declaración de los Derechos del Niño (1959), la CDN (1989) y sus tres protocolos facultativos: Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía;²⁴ Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados,²⁵ y Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones.²⁶ Por su parte, en el SIDH, si bien

²¹ La Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño fue adoptada por la V Asamblea de la Sociedad de Naciones el 26 de diciembre de 1924. Posteriormente, esta Declaración pasa a ser incluida dentro de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948.

²² Se destacan principalmente: el Convenio por el que se fija la Edad Mínima de Admisión de los Niños a los Trabajos Industriales (1919); el Convenio sobre el Trabajo Nocturno de los Menores en Industrias (1919); el Convenio relativo al Empleo de las Mujeres Antes y Después del Parto (1919); el Convenio sobre la Edad Mínima en el Trabajo Marítimo (1920); el Convenio relativo al Examen Médico Obligatorio de los Menores Empleados a bordo de los buques (1922); el Convenio por el que se fija la Edad Mínima de Admisión de los Niños al Trabajo Marítimo (1936). Posteriormente fue aprobado el Convenio sobre la Edad Mínima de Admisión al Empleo (1973), y en el año 2000, el Convenio sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación.

²³ Al respecto, la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 (III) de 10 de diciembre de 1948, señala en su artículo 25.2: "La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social". En el ámbito de las Naciones Unidas se tienen, además, la Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en Estados de Emergencia o de Conflicto Armado (1974) y la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional (1986).

²⁴ El Protocolo Facultativo de la CDN relativo a la venta de niños, prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 54/263 de 25 de mayo de 2000. Este Protocolo entró en vigor el 18 de enero de 2002.

²⁵ El Protocolo Facultativo de la CDN relativo a la participación de niños en conflictos armados fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 54/263 de 25 de mayo de 2000. Este Protocolo entró en vigor el 12 de febrero de 2002.

²⁶ El Protocolo Facultativo de la CDN relativo a un procedimiento de comunicaciones fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 66/168 de 27 de enero de 2012. Este Protocolo entró en vigor el 14 de abril de 2014.

no se cuenta con un instrumento específico en materia de derechos del niño, es mencionado en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948),²⁷ y, principalmente, en la Convención Americana de Derechos Humanos (1969)²⁸ en su artículo 19.

No obstante, cabe destacar que ningún instrumento jurídico ha tenido el alcance y la trascendencia de la CDN, aprobada apenas a finales de los años noventa. Este último tal vez haya sido uno de los motivos por los cuales en Latinoamérica se ha sostenido que con el advenimiento de la CDN y su incorporación a las legislaciones nacionales se ha producido “una transición del sistema tutelar represivo al de responsabilidad garantista en relación con los niños y adolescentes”.²⁹ Este proceso es entendido por buena parte de la literatura regional como un “cambio de paradigma” o la adopción de un nuevo paradigma –doctrina de la protección integral–, que se presenta en contraposición al antiguo paradigma o doctrina de la situación irregular.³⁰ Para esta última, “el menor no era (y no es) otra cosa que un niño o una niña que se encuentra en una situación irregular que amerita la intervención estatal para brindarle una protección que se desliza rápidamente al control social”.³¹ Asimismo, “este sistema considera a los niños y adolescentes como objeto de tutela, no

²⁷ Al respecto, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en la IX Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia, el 2 de mayo de 1948, señala en el artículo VII: “Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales”; y en el artículo XXX: “Toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando éstos lo necesiten”.

²⁸ Asimismo, el Protocolo Adicional a la CADH en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador), adoptado en San Salvador el 17 de noviembre de 1988, reza en su artículo 16: “Derecho de la Niñez. Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo”.

²⁹ Shirley Campos García, “La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia”, *Revista IIDH - Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 50, (2009): 352.

³⁰ Paulo Afonso Garrido de Paula, *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada* (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002); Emilio García Mendez, “Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia”, *Revista Brasileira Adolescência e Conflitualidade*, n.º 8 (2013): 1-22; Mónica González Contró, “¿Menores o niñas, niños y adolescentes? Reflexiones en el contexto del debate en América Latina”, en *Marco teórico conceptual sobre menores versus niñas, niños y adolescentes*, ed. por María de Montserrat Pérez Contreras y María Carmen Macías Vázquez (México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011), 35-48.

³¹ Giorgi, “Entre el control tutelar y la producción de ciudadanía”, 205.

así como sujetos de derecho, lo que relativiza la vigencia de los derechos, pues no se contemplaba que éstos fueran aplicables a este grupo de personas”.³²

Sin embargo, Beloff considera que esta “traducción latinoamericana” consistió apenas en caracterizar a la CDN como una ruptura radical con toda norma o práctica anterior a la misma, y que por tanto se centró en la realización de reformas legales con el objetivo de obtener cambios sociales para la infancia. Al respecto, dicha traducción implicó:

a) por un lado, que se presentara a la Convención sobre los Derechos del Niño en confrontación absoluta con cualquier ley, concepción o experiencia anterior referida a la protección de los niños, característica que llamaré “falacia de la ruptura”; b) por otro lado, implicó que se redujera la discusión respecto de la implementación del Derecho internacional de los derechos humanos (sobre todo, de la Convención sobre los Derechos del Niño): b’) a una cuestión de reformas legales, lo que condujo a soslayar los aspectos referidos a las transformaciones institucionales, económicas, sociales, etcétera, necesarias para implementar debidamente un tratado y para lograr los cambios esperados (aspecto que llamaré “reduccionismo legal”); y b”) a concentrar las discusiones sobre los derechos del niño en los temas relacionados con la justicia juvenil, lo que reprodujo la lógica del pensamiento penal que siempre presenta al cambio legal como una solución mágica para enfrentar serios problemas sociales (aspectos que denominaré “reduccionismo penal”).³³

Ahora bien, más allá de la tensión entre los denominados “paradigmas”³⁴ –cambio, transición o ruptura– o del uso dado a este concepto en la región, incluso para su abordaje desde un punto de vista didáctico, puede afirmarse que el impacto de la CDN en la región ha representado un acontecimiento histórico, social y jurídico innegable. En consecuencia, este conjunto de normas proveniente del sistema universal de derechos humanos consiguió que tanto el SIDH como los ordenamientos jurídicos nacionales adoptaran un discurso común acerca de los derechos humanos del niño. Entre ellos, principalmente, a no establecer ninguna discriminación en la condición de persona sujeto de derechos que poseen los niños, lo que supone una idea de igualdad jurídica. Es decir, todas las personas son destinatarias de normas jurídicas y tienen capacidad de ser titulares de derechos, lo que también implica igualdad de derechos ante la ley. En ese sentido la Corte IDH señaló:

Los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos –menores y adultos– y tienen además derechos especiales derivados

³² García Campos, “La Convención sobre los Derechos del Niño”, 356.

³³ Beloff, *Derechos del niño*, 52.

³⁴ Cfr. Thomas Kuhn, *La estructura de las revoluciones científicas* (México: Fondo de Cultura Económica, 2004).

de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.³⁵

Por tal motivo, y como una manera de armonizar todos los instrumentos jurídicos de protección de los derechos del niño en el ámbito interamericano, la Corte IDH ha afirmado reiteradamente que tanto la CADH como la CDN y los demás instrumentos de protección de derechos humanos de los niños forman parte de un *corpus juris* internacional de protección especial que debe servir para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la CADH. En la Sentencia del Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, donde la Corte IDH interpretó por primera vez el artículo 19 de la CADH, había señalado:

Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana.³⁶

De este modo, el Tribunal, por medio de su jurisprudencia, ha ido consolidando a lo largo de los años este denominado amplio *corpus juris* de derechos humanos de los niños, a fin de garantizar la protección de los mismos y delimitar la responsabilidad de los Estados por las violaciones cometidas contra estos.³⁷ Asimismo, la noción de *corpus juris* es utilizada por el Tribunal para precisar el alcance de las medidas de protección a las que se hace referencia en el artículo 19 de la CADH, atendiendo a la interpretación dinámica que debe darse a esta norma, es decir, haciendo “que responda a las nuevas circunstancias sobre las que debe proyectarse y atienda a las necesidades del niño como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección”.³⁸

La idea del *corpus juris* ha sido también utilizada para incorporar los principios generales de la CDN en el SIDH, y por consiguiente en las decisiones del Tribunal. Al respecto, la Corte IDH ha señalado:

³⁵ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, párr. 54.

³⁶ Corte IDH, Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, párr. 194. Véase también, Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, párr. 24; Corte IDH, Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, Sentencia de 8 de julio de 2004, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 110, párrs. 166-167; Corte IDH, Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, Sentencia de 25 de mayo de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 212, párr. 165; Corte IDH, Caso Fornerón e hija vs. Argentina, Sentencia de 27 de abril de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 242, párr. 137; Corte IDH, Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, Sentencia de 4 de septiembre de 2012, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 250, párr. 142.

³⁷ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, voto concurrente del juez Antônio A. Cançado Trindade, párr. 18.

³⁸ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, párr. 28.

Cuando se trata de la protección de los derechos de niñas y niños y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, los siguientes cuatro principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño deben inspirar de forma transversal e implementarse en todo sistema de protección integral: el principio de no discriminación, el principio del interés superior de la niña o del niño, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y el principio de respeto a la opinión de la niña o del niño en todo procedimiento que lo afecte, de modo que se garantice su participación.³⁹

Igualmente, la jurisprudencia del Tribunal ha recurrido a varios otros instrumentos de protección de los derechos humanos para incorporarlos a su jurisprudencia, como por ejemplo, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio), la Regla de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), en relación con la justicia penal en niños y adolescentes;⁴⁰ el Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, en relación con la protección de los niños en el marco de un conflicto armado;⁴¹ la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Cedaw) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), en relación con la violencia de género;⁴² la Convención para Reducir los Casos de Apatridia, para la protección de la población

³⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, Serie A, No. 21, párr. 69.

⁴⁰ Corte IDH, Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 112, párr. 163; Corte IDH, Caso Mendoza y otros vs. Argentina, Sentencia de 14 de mayo de 2013, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Serie C, No. 260, párr. 149. Corte IDH, Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela, Sentencia de 27 de agosto de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 281, párr. 167.

⁴¹ Corte IDH, Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 134, párr. 153; Corte IDH, Caso Contreras y otros vs. El Salvador, Sentencia de 31 de agosto de 2011, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 232, párr. 107; Corte IDH, Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador, Sentencia de 14 de octubre de 2014, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 285, párr. 110.

⁴² Corte IDH, Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua, Sentencia de 8 de marzo de 2018, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 350, párrs. 141-304; Corte IDH, Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador, Sentencia de 24 de junio de 2020, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 405, párrs. 23-24; Corte IDH, Caso González y

migrante;⁴³ la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, para la protección de las personas con discapacidad,⁴⁴ entre otros.⁴⁵

Además, forman parte de este cuerpo normativo de derechos humanos las interpretaciones que realiza el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas sobre los instrumentos normativos del sistema universal, cuyas observaciones generales son frecuentemente utilizadas en el ámbito del SIDH. Asimismo, son incluidas las opiniones consultivas de la Corte IDH y las observaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

De este modo es posible observar cómo la Corte IDH ha ido configurando, a través de su jurisprudencia, este amplio *corpus juris* de protección específico para los derechos del niño. Aquí se incluye un amplio conjunto de normas del sistema universal y del sistema interamericano, a los efectos de ofrecer respuestas adecuadas para una amplia gama de problemas específicos y para garantizar la protección de la niñez y la adolescencia en la región. En este sentido, la adecuación normativa realizada por el Tribunal para el desarrollo de un amplio *corpus juris* de protección, a partir del artículo 19 de la CADH como norma central, ha permitido el mejor desarrollo de cada uno de los derechos del niño y, en consecuencia, un abordaje más adecuado de los problemas que se presentan en los casos concretos (figura 1). Es decir, la construcción del *corpus juris* de los derechos del niño en el ámbito del SIDH, a partir del amplio espectro del artículo 19, se produce dentro de la jurisprudencia de la Corte IDH, donde continúa desarrollándose de forma dinámica y permaneciendo abierta ante nuevas situaciones.

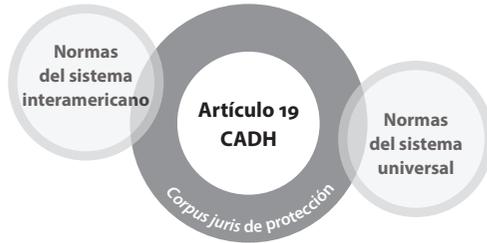
otras (“Campo Algodonero”) vs. México, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 205, párr. 408.

⁴³ Corte IDH, Caso Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, Sentencia de 8 de septiembre de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 130, párr. 140-143.

⁴⁴ Caso Furlán y familiares vs. Argentina, Sentencia de 31 de agosto de 2012, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 246, párrs. 128-139.

⁴⁵ Naciones Unidas, Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 41/85 de 3 de diciembre de 1986; OEA, Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores, adoptada en la Tercera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado en La Paz el 24 de mayo de 1984; OEA, Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias, adoptada en la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado en Montevideo el 15 de julio de 1989; OEA, Convenio de La Haya sobre la protección de los niños y la cooperación en materia de adopción internacional, adoptado por la Asamblea General el 29 de mayo de 1993; OEA, Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores, aprobada en la Cuarta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado en Montevideo el 15 de julio de 1989; OEA, Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, aprobada en la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado en México el 18 de marzo de 1994.

Figura 1.
Espectro de alcance
del artículo 19 de la CADH



Fuente: elaboración propia.

En la figura 1 se ilustra el espectro de alcance del artículo 19 de la CADH para establecer un amplio *corpus juris* de protección de los derechos del niño, mediante su relación con las normas del sistema universal y del sistema interamericano.

3. La responsabilidad del Estado en la protección de los derechos humanos

El tercer nudo crítico se refiere al rol del Estado en la protección de los derechos humanos, en estrecha relación con el aspecto previamente analizado. Por consiguiente, además de la adecuación normativa y los desafíos para la construcción de sistemas de protección de derechos humanos, también resulta pertinente examinar la responsabilidad del Estado ante las violaciones de derechos humanos que son cometidas.

En el caso de los niños, la disociación existente entre el derecho y la realidad social de los mismos en la región demuestra que el reconocimiento jurídico como sujetos de derechos no fue acompañado por una transformación en el rol del Estado. Es que el conjunto de normas de protección de derechos humanos parece no haber sido suficiente para construir sistemas nacionales de protección que garanticen el efectivo cumplimiento de derechos. Esto implica, a modo de ejemplo, la elaboración e implementación de políticas públicas para mejorar las condiciones vida de este grupo de personas, o de mecanismos institucionales más efectivos para mejorar el sistema de justicia penal para personas menores de edad. En ese sentido, Habermas se refiere a la utopía realista de los derechos humanos, en los siguientes términos:

La tensión entre idea y realidad, que con la positivación de los derechos humanos irrumpe en la misma realidad, nos sitúa hoy frente al desafío de pensar y actuar de forma realista sin traicionar el impulso utópico. Esta ambivalencia nos lleva con demasiada facilidad a la tentación, bien de tomar partido de manera idealista, pero sin comprometerse, por los desbordantes contenidos morales, bien de adoptar la pose cínica de los llamados “realistas”.⁴⁶

⁴⁶ Habermas, “La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos”, 120.

Por tanto, no basta con limitarse a enunciar el contenido de un catálogo de normas de protección de derechos, sino que se requiere además llevar adelante procesos que fortalezcan su cumplimiento a través del compromiso de los Estados y sus instituciones con la ciudadanía. Puede decirse entonces que el Estado, como garante de derechos, debe asumir un rol protagónico para lograr la efectividad de los derechos humanos.

3.1. Vulneraciones de derechos humanos contra niños, niñas y adolescentes

En estos párrafos se indagará brevemente sobre la relación del Estado con los niños, teniendo en cuenta la función de protección y los límites de la responsabilidad estatal ante la situación de vulnerabilidad absoluta en que se encuentra este grupo de personas. De este modo, serán identificados los casos de violación de derechos humanos en las decisiones de la Corte IDH.

La función de protección del Estado –establecida en el artículo 19 de la CADH– se encuentra delimitada por la situación de radical vulnerabilidad o vulnerabilidad absoluta en que se encuentra el sujeto protegido, cuya respuesta debe estar dada por la necesidad imperiosa de adoptar medidas de protección por parte del Estado, colocando a este último como garante de carácter reforzado para adoptar una serie de medidas distintas dirigidas a este grupo de personas.⁴⁷ De acuerdo con Garzón Valdés:

Existen vulnerabilidades absolutas y relativas: en las relativas, quien se encuentra en situación de vulnerabilidad puede, si se eliminan condiciones marco de explotación o discriminación, adquirir y conservar los bienes que le importan. La o las personas vulnerables reclaman en estos casos la eliminación de la opresión. Su incapacidad es relativa.

En el caso de la vulnerabilidad absoluta no basta la eliminación de la situación de opresión, sino que se requiere la adopción de medidas de ayuda. Por ello es que los casos de vulnerabilidad absoluta son los casos claros de paternalismo justificado. Los niños son absolutamente vulnerables y ello los convierte en incapaces básicos en el sentido estricto de la palabra: no sólo no pueden medir el alcance de muchas de sus acciones, sino que tampoco están en condiciones de satisfacer por sí mismos sus necesidades básicas.

Pero, a diferencia de otras incapacidades básicas, la de los niños es naturalmente superable con el mero transcurso del tiempo: cuando se deja de ser niño se puede pasar a la condición de capaz básico o de incapaz relativo. Hasta qué punto ello puede lograrse depende, en no poca medida, de la forma

⁴⁷ Ricardo Ortega Soriano, *Estándares para niñas, niños y adolescentes* (México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018).

como hayan sido atendidas sus necesidades durante un determinado período de sus vidas.⁴⁸

Por tanto, el paternalismo jurídico ejercido sobre los niños y los límites al poder estatal necesitan estar debidamente definidos y justificados, así como también las medidas de protección para ser aplicadas a fin de evitar que el Estado, responsable de garantizar los derechos de los niños, cometa violaciones de derechos humanos contra los mismos⁴⁹. Si bien varias premisas pueden ser consideradas para llevar adelante un análisis más exhaustivo en cuanto a la responsabilidad del Estado con los derechos del niño, la cual no depende exclusivamente de las reformas legales que puedan ser adoptadas, para los fines de esta investigación se propone ilustrar, a partir de la jurisprudencia de la Corte IDH, las violaciones de derechos humanos cometidas contra las personas menores de edad. Esto porque se considera que las respuestas del Tribunal ante las vulneraciones de derechos contra niños han permitido elaborar una estructura jurisprudencial sobre tales derechos en el ámbito del SIDH.

Al respecto, hasta finales del año 2021 fueron identificados 54 casos en que el Tribunal condenó a los Estados por violación del artículo 19 de la CADH. Sin embargo, debido al espectro de alcance que posee este artículo, se observa que el Tribunal resuelve en sus sentencias de dos modos distintos: condenando a los Estados por la violación del artículo 19 de la CADH de forma independiente, o bien condenando a los Estados por violación del artículo 19 de la CADH en relación con otros artículos de la misma Convención, en ocasiones, incluso en relación con otros instrumentos de derechos humanos del SIDH.

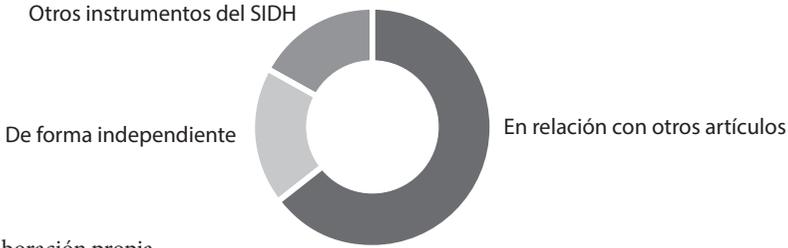
De esta manera, para determinar la responsabilidad del Estado, en algunos casos la Corte IDH utiliza el artículo 19 de la CADH de forma independiente (12 sentencias), mientras que en otros casos la citada norma está relacionada con otros artículos de la CADH (42 sentencias). Y adicionalmente puede estar relacionada con otros instrumentos del SIDH, tales como la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (6 sentencias), la Convención de Belém do Pará (3 sentencias) y el Protocolo de San Salvador (2 sentencias). En la figura 2 se ilustran los datos recolectados.

Por tanto, en el análisis de la jurisprudencia contenciosa del Tribunal pueden ser distinguidas sentencias como la del Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, en la que la Corte declara violaciones directas del artículo 19 de la CADH, u otras en que, siguiendo el modelo de la Sentencia del Caso Instituto de Reeduación del Menor vs. Paraguay, utiliza el citado artículo para precisar el alcance de violaciones de otros derechos de la CADH cuando las víctimas son

⁴⁸ Ernesto Garzón Valdés, "Desde la modesta propuesta de 'Swift' hasta las casas de engorde: algunas consideraciones respecto de los derechos del niño", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 15-16 (1994): 737-738.

⁴⁹ Mónica González Contró, "Paternalismo justificado y derechos del niño", *Revista Isonomía*, n.º 25 (2006): 103-135.

Figura 2.
Distribución de casos sobre violación del artículo 19 de la CADH (1999-2021)



Fuente: elaboración propia.

personas menores de edad. Es decir que el artículo 19 de la CADH es aplicado de forma independiente o relacionado con otras normas de la CADH.

En la tabla 1 se ilustra la forma en que el Tribunal declaró las violaciones del artículo 19 de la CADH en las sentencias de los casos analizados.

Tabla 1.
Aplicación del artículo 19 de la CADH en las sentencias de los casos contenciosos

| Año | Sentencia | Respuesta normativa | Norma adicional |
|------|--|---------------------|--|
| 1999 | Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala | 19 CADH | |
| 2003 | Caso Bulacio vs. Argentina | 19 CADH | |
| 2004 | Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú | 19 CADH | |
| | Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay | 19 CADH + | 2 – 4.1 – 5.1 – 5.2 – 5.6 – 8.1 |
| | Caso Molina Theissen vs. Guatemala | 19 CADH | |
| | Caso Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala | 19 CADH | |
| 2005 | Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia | 19 CADH + | 4.1 – 5.1 – 22.1 |
| | Caso Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana | 19 CADH + | 13 – 18 – 20 – 24 |
| 2006 | Caso Servellón García y otros vs. Honduras | 19 CADH + | 5.5 |
| | Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay | 19 CADH + | 4.1 |
| 2009 | Caso Masacres de Ituango vs. Colombia | 19 CADH + | 4.1 – 5.1 |
| | Caso Tiu Tojín vs. Guatemala | 19 CADH + | 4.1 – 5.1 – 5.2 – 7.1 – 7.2 – 8.1 – 25.1 |
| | Caso Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala | 19 CADH + | 5.1 – 17 – 18 |
| | Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México | 19 CADH | |
| 2010 | Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala | 19 CADH | |
| | Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay | 19 CADH | |
| | Caso Rosendo Cantú y otra vs. México | 19 CADH | |

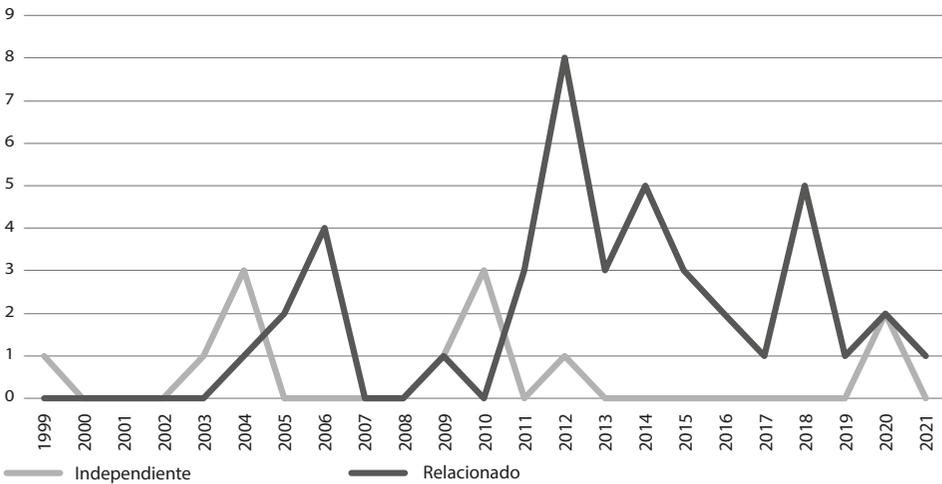
| Año | Sentencia | Respuesta normativa | Norma adicional |
|------|---|---------------------|---------------------------------------|
| 2011 | Caso Contreras y otros vs. El Salvador | 19 CADH + | 11.2 – 17.1 – 18 |
| | Caso Gelman vs. Uruguay | 19 CADH + | 3 – 4.1 – 5.1 – 7.1 – 17 – 18 – 20.3 |
| | Caso Familia Barrios vs. Venezuela | 19 CADH + | 4 – 5.7 – 22.1 |
| 2012 | Caso Fornerón e Hija vs. Argentina | 19 CADH + | 8.1 – 17.1 – 25.1 |
| | Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile | 19 CADH + | 24 – 8.1 |
| | Caso Furlán y Familiares vs. Argentina | 19 CADH + | 5.1 – 8.1 – 21 25.1 – 25.2C |
| | Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia | 19 CADH + | 4.1 – 5.1 |
| | Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador | 19 CADH + | 4 – 5.1 – 5.2 21.1 – 21.2 |
| | Caso Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia | 19 CADH | |
| | Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala | 19 CADH + | 3 – 4.1 – 5.1 – 5.2 – 7 |
| 2012 | Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala | 19 CADH + | 3 – 4.1 – 5.1 – 5.2 – 6 – 7.1 17 |
| | Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela | 19 CADH + | 7.1 – 7.2 – 7.4 |
| | Caso Mendoza y otros vs. Argentina | 19 CADH + | 2 – 5.1 – 5.2 – 5.6 – 7.3 – 8.2. h) |
| 2013 | Caso Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia | 19 CADH + | 5 |
| | Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia | 19 CADH + | 8.1 – 22.7 – 22.8 – 25 |
| | Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala | 19 CADH + | 4.1 – 5.1 |
| 2014 | Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador | 19 CADH + | 11.2 – 17 |
| | Caso Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana | 19 CADH + | 3 – 18 – 20 |
| | Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela | 19 CADH + | 4.5 – 5 – 7.1 – 7.2 – 7.3 – 7.4 – 7.5 |
| | Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala | 19 CADH + | 5.1 – 22.1 |
| | Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador | 19 CADH + | 8.1 |
| 2015 | Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador | 19 CADH + | 4.1 |
| | Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú | 19 CADH + | 3 – 4.1 – 5.1 – 5.2 – 7 |
| | Caso Yarce y otras vs. Colombia | 19 CADH + | 17 |
| 2016 | Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil | 19 CADH + | 3 – 5 – 6.1 – 7 – 11 – 22 |

| Año | Sentencia | Respuesta normativa | Norma adicional |
|------|--|---------------------|---------------------------------------|
| 2017 | Caso Vereda La Esperanza vs. Colombia | 19 CADH + | 3 – 4.1 – 5.1 – 5.2 – 7 |
| 2018 | Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala | 19 CADH + | 2 – 8.1 – 11.2 – 17.1 – 25 |
| | Caso Carvajal Carvajal y otros vs. Colombia | 19 CADH + | 17 – 22 |
| | Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua | 19 CADH + | 5.1 – 8.1 – 11.2 – 17.1 – 22.1 – 25.1 |
| | Caso Coc Max y otros (Masacre de Xamán) vs. Guatemala | 19 CADH + | 4.1 |
| | Caso Omeara Carrascal y otros vs. Colombia | 19 CADH + | 4 – 5 |
| 2019 | Caso López y otros vs. Argentina | 19 CADH + | 5 – 11 – 17 |
| 2020 | Caso Noguera y otra vs. Paraguay | 19 CADH | |
| | Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador | 19 CADH + | 4.1 – 5.1 – 11 |
| | Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil | 19 CADH | |
| | Caso Mota Abarullo y otros vs. Venezuela | 19 CADH + | 4 – 5 |
| 2021 | Caso Vera Rojas y otros vs. Chile | 19 CADH + | 4 – 5 – 26 |

Fuente: elaboración propia.

Asimismo, en la figura 3 se ilustra la frecuencia de la aplicación de esta norma entre los años 1999 y 2021.

Figura 3.
Frecuencia de casos en la forma de aplicación del artículo 19 de la CADH



Fuente: elaboración propia.

De esta manera, la vulneración de normas de la CADH relacionadas con el artículo 19 de la misma Convención que fueron identificadas en la jurisprudencia del Tribunal corresponde a los siguientes artículos: deber de adoptar disposiciones de derecho interno (art. 2), derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3), derecho a la vida (art. 4), derecho a la integridad personal (art. 5), prohibición de la esclavitud y servidumbre (art. 6), derecho a la libertad personal (art. 7), garantías judiciales (art. 8), protección de la honra y de la dignidad (art. 11), libertad de pensamiento y de expresión (a. 13), protección a la familia (art. 17), derecho al nombre (art. 18), derecho a la nacionalidad (art. 20), derecho a la propiedad privada (art. 21), derecho de circulación y de residencia (art. 22), igualdad ante la ley (art. 24), protección judicial (art. 25) y desarrollo progresivo (art. 26). En la figura 4 se observa la frecuencia de la relación entre estos artículos de la CADH y el artículo 19 de la CADH en los casos analizados.

Figura 4.
Relación del artículo 19 con otros artículos de la CADH



Fuente: elaboración propia.

A partir de esta relación entre normas de la CADH es posible, además, identificar las vulneraciones de derechos específicos contra niños en el ámbito del SIDH y, por consiguiente, el alcance de estos derechos cuando se refieren a este grupo de personas en situación especial de vulnerabilidad. Por ejemplo, en cuanto al derecho a la vida y a las garantías judiciales, en la Sentencia del Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay el Tribunal señaló:

En materia de derecho a la vida, cuando el Estado se encuentra en presencia de niños privados de libertad, como ocurre mayormente en el presente

caso, tiene, además de las obligaciones señaladas para [entiéndase: respecto de] toda persona, una obligación adicional establecida en el artículo 19 de la Convención Americana. Por una parte, debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño. Por otra, la protección de la vida del niño requiere que el Estado se preocupe particularmente de las circunstancias de la vida que llevará mientras se mantenga privado de libertad, puesto que ese derecho no se ha extinguido ni restringido por su situación de detención o prisión.⁵⁰

[...] las garantías consagradas en el artículo 8 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19 de dicho tratado, de tal forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño. Si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los niños, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías.⁵¹

Por otro lado, en algunos casos la Corte IDH también ha utilizado un catálogo de derechos no contemplados expresamente en la CADH, pero que forman parte del denominado *corpus juris* de derechos del niño. Por ejemplo, en la Sentencia del Caso Gelman vs. Uruguay, la Corte IDH se refiere a las medidas de protección señaladas en el artículo 19 de la CADH para luego relacionarlas con otros artículos de la misma, y estas, a su vez, con normas de la CDN, a fin de precisar su alcance en el caso particular:

A su vez, las alegadas violaciones a los derechos reconocidos en los artículos 3, 17, 18 y 20 de la Convención deben interpretarse a la luz del *corpus juris* de los derechos de la niñez y, en particular[,] según las circunstancias especiales del caso, armónicamente con las demás normas que les atañen, en especial con los artículos 7, 8, 9, 11, 16 y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño.⁵²

En esta Sentencia, el Tribunal estableció la obligación de protección del derecho a la identidad de una niña por parte del Estado con base en lo dispuesto en el artículo 8 de la CDN, a pesar de que este derecho no se encuentre expresamente contemplado en la CADH. Es decir, la Corte incorporó en su razonamiento la CDN

⁵⁰ Corte IDH, Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 112, párr. 160.

⁵¹ Corte IDH, Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay, párr. 209.

⁵² Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, párr. 121.

a fin de precisar el alcance de las vulneraciones de derechos contra niños, así como también para establecer las obligaciones estatales derivadas de ese deber de protección y determinar el alcance de las obligaciones de reparación y la garantía de no repetición de hechos lesivos.

En cuanto a la incorporación de otros instrumentos del SIDH, en la Sentencia del Caso González Lluy y otros vs. Ecuador, la Corte IDH consideró la violación del “derecho a la educación contenido en el artículo 13 del Protocolo de San Salvador en relación con los artículos 19 y 1.1 de la CADH”;⁵³ y en sentido similar lo hizo también en la Sentencia del Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador. En este último, el Tribunal también relacionó el citado artículo con la Convención de Belém do Pará, al igual que en las sentencias de los casos Veliz Franco y otros vs. Guatemala y V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua.

De la misma manera, el Tribunal condenó a los Estados en relación con la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas en las siguientes sentencias: Caso Tiu Tojín vs. Guatemala, Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala, Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú, Caso Vereda La Esperanza vs. Colombia, entre otras.

Se tiene, entonces, que las obligaciones emanadas del artículo 19 de la CADH pueden ser determinadas de acuerdo con las obligaciones que tienen los Estados a partir de un conjunto de normas relativas a la protección de los derechos humanos. En consecuencia, las obligaciones derivadas del carácter genérico de esta norma central pasan a constituir una obligación general para los Estado en los mismos términos de los artículos 1.1 y 2 de la CADH, y así, a determinar la responsabilidad del Estado ante las violaciones contra derechos del niño.

En consecuencia, se constata una doble dimensión del artículo 19 de la CADH dentro de la jurisprudencia del Tribunal, en la cual se observa: i) que toda violación a una obligación contenida en la Convención respecto a un niño supone una violación al artículo 19 de la CADH; e, igualmente, ii) que el citado artículo puede ser utilizado para precisar el alcance de violaciones de otros derechos de la CADH cuando las víctimas son personas menores de edad.

Conclusiones

Luego de describir cada uno de estos nudos considerados críticos, puede concluirse que la ambigüedad o indeterminación en la denominación de los derechos humanos no constituye un obstáculo para su comprensión y análisis. Sin embargo, se requiere que cada área de estudio, debido a su carácter interdisciplinar, identifique

⁵³ Corte IDH, Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 298, párr. 291.

sus alcances en torno de esta. Asimismo, aunque los derechos humanos han posibilitado que todas las personas, sin discriminación alguna, sean destinatarios directos de estos derechos, la protección de los mismos no es apenas una preocupación de los Estados, sino de la comunidad internacional, de manera que ni la soberanía de los Estados ni tampoco el principio de no intervención en asuntos internos pueden amparar a un Estado cuando este comete violaciones de derechos humanos. Por ello, la protección de los derechos humanos por medio de normas internacionales constituye una herramienta importante para los ordenamientos jurídicos nacionales en la afirmación de la condición jurídica de los sujetos de derecho. No obstante, la adopción de estas normas en los ordenamientos jurídicos internos y las reformas legales no deben agotar las discusiones en torno de esta problemática, que debe incluir, además, un compromiso real y efectivo por parte de los Estados para la realización plena de los derechos humanos.

Si bien estos puntos críticos que fueron señalados no tienen un carácter estrictamente taxativo, los mismos pueden resultar útiles para llevar adelante investigaciones acerca de las distintas problemáticas que afectan a los derechos humanos, especialmente desde una perspectiva jurídica. Sobre este último, y con relación a los derechos humanos del niño en el ámbito del SIDH, debido a la relevancia de los consensos argumentativos establecidos en la jurisprudencia de la Corte IDH.

Del análisis realizado pudo constatar que la estructura normativa de los derechos del niño en el ámbito del SIDH se encuentra representada por una norma central, cuyo contenido se despliega y adquiere forma a través de la jurisprudencia de la Corte IDH. En efecto, el artículo 19 de la CADH, indeterminado en abstracto pero determinado en concreto, es la norma base para la protección de este conjunto de derechos, tal como acontece con otras normas de derechos humanos que poseen un contenido general y abierto.

En este sentido, la jurisprudencia, entendida como “un procedimiento especial de discusión de problemas, que, en cuanto tal, es objeto de la ciencia del derecho”,⁵⁴ constituye una herramienta para desarrollar el contenido de los conceptos sobre derechos del niño a los que se refiere la citada norma, a través de las respuestas a los problemas planteados en los casos contenciosos. Si bien las respuestas ofrecidas se caracterizan por ser temporales, incompletas o ambiguas, esta condición también ha posibilitado que sean susceptibles de nuevas interpretaciones conforme las situaciones que se presentan en cada uno de los casos particulares; y, en consecuencia, que sean constantemente revisadas y actualizadas por la Corte. Así también, la jurisprudencia de esta ha construido un muy comprensivo *corpus juris* de protección de los derechos del niño en el ámbito del SIDH, a los efectos de delimitar con mayor precisión la responsabilidad de los Estados ante las violaciones de derechos humanos, identificar las violaciones de derechos específicos y garantizar la protección de los niños en su sentido amplio.

⁵⁴ Theodor Viehweg, *Tópica y jurisprudencia* (Madrid: Civitas, 2007), 29.

Es decir que la jurisprudencia de la Corte IDH, con relación a los derechos del niño, ha posibilitado: (i) el desarrollo de conceptos relativos a los derechos del niño a partir de los problemas suscitados en los casos contenciosos para la elaboración de acuerdos argumentativos en la materia; (ii) la elaboración de un amplio *corpus juris* de protección de los derechos del niño a partir de una norma central, y (iii) la determinación de la responsabilidad estatal ante violaciones de derechos humanos contra niños, de modo general o específico.

Por otro lado, y de acuerdo con esta estructura desarrollada por la jurisprudencia, es posible organizar el campo de estudio de esta disciplina jurídica denominada derechos del niño en el SIDH a partir de un problema central –aporía– y, posteriormente, identificar preguntas alrededor de dicho problema. Si bien las respuestas a estas preguntas pueden estar en el derecho positivo, en este caso en el artículo 19 de la CADH, la jurisprudencia del Tribunal ha demostrado que para hallar soluciones a los problemas planteados en los casos contenciosos se requiere una constante revisión y actualización, de la norma –amplio *corpus juris*–, pero, también y sobre todo, de los conceptos o lugares comunes de la disciplina en cuestión.

Por tanto, es posible señalar que el problema central de esta disciplina –la situación de vulnerabilidad absoluta– se encuentra enmarcado por la protección de los niños, niñas y adolescentes, o bien, por su protección especializada. Y, asimismo, que la jurisprudencia de la Corte IDH se ha constituido en un lugar de permanente discusión, desarrollo de conceptos ligados al problema y búsqueda constante de respuestas a través de las argumentaciones producidas.

Bibliografía

Doctrina

- ABRAMOVICH, Víctor. “Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo”. *Revista de la CEPAL*, n.º 88 (2006): 35-50.
- AGUIRRE PÉREZ, Luis. “Si digo educar para los derechos humanos”. *DehuIdela - Derechos Humanos Idela*, n.º 15 (1998): 49-56.
- BARATTA, Alessandro. “Infancia y democracia”. En *Infancia, ley y democracia en América Latina: análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*. Editado por Emilio GARCÍA MÉNDEZ y Mary BELOFF, 21-40. Bogotá: Temis-Depalma, 1998.
- BELOFF, Mary. *Derechos del niño: su protección especial en el Sistema Interamericano*. Buenos Aires: Hammurabi, 2018.
- CAMPOS GARCÍA, Shirley. “La Convención sobre los Derechos del Niño: el cambio de paradigma y el acceso a la justicia”. *Revista IIDH - Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 50 (2009): 351-377.
- CARVALHO NETTO, Menelick y Guilherme SCOTTI. *Os direitos fundamentais e a (in) certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

- CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño, Serie A, No. 17.
- CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, Serie A, No. 21.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. "Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia". *Revista Brasileira Adolescência e Conflitualidade*, n.º 8 (2013): 1-22.
- GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto. "Desde la modesta propuesta de 'Swift' hasta las casas de engorde: algunas consideraciones respecto de los derechos del niño". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 15-16 (1994): 731-743.
- GIORGI, Víctor. "Entre el control tutelar y la producción de ciudadanía. Aportes de la psicología comunitaria a las políticas de infancia". En *Psicología comunitaria y políticas sociales: reflexiones y experiencias*. Editado por Alipio SÁNCHEZ, Jaime ALFARO y Alba ZAMBRANO, 201-225. Buenos Aires: Paidós, 2012.
- GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica. "¿Menores o niñas, niños y adolescentes? Reflexiones en el contexto del debate en América Latina". En *Marco teórico conceptual sobre menores versus niñas, niños y adolescentes*. Editado por María de Montserrat PÉREZ CONTRERAS y María Carmen MACÍAS VÁZQUEZ, 35-48. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- GONZALEZ CONTRÓ, Mónica. "Paternalismo justificado y derechos del niño". *Revista Isonomía*, n.º 25 (2006): 103-135.
- HABERMAS, Jürgen. "La idea de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44 (2010): 105-121.
- JUANCHE, Ana y María Luisa GONZÁLEZ. "Los derechos humanos desde los distintos paradigmas". *Si decimos derechos humanos...*, n.º 2 (2007): 2-6.
- KUHN, Thomas. *La estructura de las revoluciones científicas*. México: Fondo de Cultura Económica, 2004.
- LOPES MATOS CARNEIRO DE FARIAS, Ines. "Direitos humanos e comércio internacional". Tesis doctoral, Universidad de São Paulo, 2006.
- MAGENDZO KOLSTREIN, Abraham y Jorge Manuel PAVÉZ BRAVO. *Educación en derechos humanos: una propuesta para educar desde la perspectiva controversial*. México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2015.
- MARTÍNEZ SALGUEIRO, María Elena. *Nociones básicas sobre derechos humanos*. Montevideo: Ministerio de Educación y Cultura de la República Oriental del Uruguay, 2008.
- NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Astrea, 1989.
- ORTEGA SORIANO, Ricardo. *Estándares para niñas, niños y adolescentes*. México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. Madrid: Civitas, 2007.

Normatividad y jurisprudencia

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, 1969.

CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 1989.

CORTE IDH. Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Fondo, Serie C, No. 63.

CORTE IDH. Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, Sentencia de 8 de julio de 2004, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 110.

CORTE IDH. Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay, Sentencia de 2 de septiembre de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 112.

CORTE IDH, CASO NIÑAS YEAN Y BOSICO vs. República Dominicana, Sentencia de 8 de septiembre de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 130.

CORTE IDH. Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 134.

CORTE IDH. Caso Tiu Tojín vs. Guatemala, Sentencia de 26 de noviembre de 2008, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 190.

CORTE IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 205.

CORTE IDH. Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala, Sentencia de 25 de mayo de 2010, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 212.

CORTE IDH. Caso Gelman vs. Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 221.

CORTE IDH, CASO CONTRERAS Y OTROS vs. El Salvador, Sentencia de 31 de agosto de 2011, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 232.

CORTE IDH. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, Sentencia de 24 de febrero de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 239.

CORTE IDH. Caso Fornerón e hija vs. Argentina, Sentencia de 27 de abril de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 242.

CORTE IDH. Caso Furlán y familiares vs. Argentina, Sentencia de 31 de agosto de 2012, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 246.

CORTE IDH. Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, Sentencia de 4 de septiembre de 2012, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 250.

CORTE IDH. Caso Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala, Sentencia de 20 de noviembre de 2012, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, núm. 253.

CORTE IDH. Caso Mendoza y otros vs. Argentina, Sentencia de 14 de mayo de 2013, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Serie C, No. 260.

CORTE IDH. Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala, Sentencia de 19 de mayo de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 277.

- CORTE IDH. Caso *Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*, Sentencia de 27 de agosto de 2014, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 281.
- CORTE IDH. Caso *Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*, Sentencia de 14 de octubre de 2014, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 285.
- CORTE IDH. Caso *Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 299.
- CORTE IDH. Caso *Vereda La Esperanza vs. Colombia*, Sentencia de 31 de agosto de 2017, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 341.
- CORTE IDH. Caso *V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua*, Sentencia de 8 de marzo de 2018, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 350.
- CORTE IDH. Caso *Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador*, Sentencia de 24 de junio de 2020, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 405.

Mônia Clarissa Hennig Leal (Brasil)*
Fernando Roberto Schnorr Alves (Brasil)**

Supremo Tribunal Federal e desigualdade estrutural de gênero: as diferentes abordagens da igualdade¹

RESUMO

O princípio da igualdade requer a modificação dos padrões socioculturais com o objetivo de eliminar os preconceitos e as práticas consuetudinárias que geram desigualdade estrutural. O trabalho busca desvendar como diferentes abordagens da igualdade contribuem para a tutela jurisdicional contra a desigualdade estrutural de gênero. O objetivo da pesquisa consiste em expor como esses enfoques são e podem ser aplicados pelo Supremo Tribunal Federal (STF). O trabalho será construído a partir do método de abordagem dedutivo, do método procedimental analítico e da técnica bibliográfica. Conclui-se que as diferentes abordagens de igualdade sob a perspectiva de não submissão, do reconhecimento e da acumulação de desvanta-

* Pós-doutora em Direito na Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemanha). Professora e coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito da Unisc (Brasil). Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. moniah@unisc.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6628165246247243>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3446-1302>.

** Advogado. Doutorando no Programa de Pós-graduação em Direito da Unisc (Brasil). Bolsista Prosuc/Capes. fernandorsalves@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0483602345250103>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4714-7697>.

¹ Este trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (Capes) – Código de Financiamento 001*, e é resultante das atividades do projeto de pesquisa “Fórmulas’ de aferição da ‘margem de apreciação do legislador’ (*Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers*) na conformação de políticas públicas de inclusão social e de proteção de minorias pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14-5). A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – Ciep (financiado pelo Finep) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo Finep), ligados ao Programa de Pós-graduação em Direito – mestrado e doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc.

gens contribuem para a jurisdição constitucional no enfrentamento à discriminação estrutural em diferentes áreas do Direito.

Palavras-chave: Igualdade como não submissão, como reconhecimento e como acumulação de desvantagens; Supremo Tribunal Federal; discriminação estrutural.

Supreme Federal Court and structural gender inequality: The different approaches to equality

ABSTRACT

The principle of equality requires modifying sociocultural standards in order to eliminate prejudices and customary practices that generate structural inequality. This article seeks to clarify how different approaches to equality contribute to the jurisdictional protection against structural gender inequality. The objective of the study is to show how the Supreme Federal Court (STF) applies and could apply these approaches. The article employs the deductive approach method, the analytical procedural method, and the bibliographic technique. It concludes that the different approaches to equality under the perspective of non-submission, the acknowledgment and accumulation of disadvantages can aid the constitutional jurisdiction in confronting structural discrimination in different areas of the law.

Keywords: Equality as non-submission, as acknowledgment and accumulation of disadvantages; Supreme Federal Court; structural discrimination.

Das Brasilianische Bundesverfassungsgericht (STF) und die strukturelle Geschlechterungleichheit: unterschiedliche Ansätze in der Frage der Gleichheit

ZUSAMMENFASSUNG

Der Gleichheitsgrundsatz erfordert die Änderung soziokultureller Standards mit dem Ziel, Vorurteile und gewohnheitsmäßige Praktiken, die zu struktureller Ungleichheit führen, zu überwinden. Der Artikel beabsichtigt herauszufinden, welchen Beitrag die unterschiedlichen Ansätze bei der Frage der Gleichheit zum Rechtsschutz gegen die strukturelle Geschlechterungleichheit leisten. In der Untersuchung soll dargelegt werden, wie das Brasilianische Bundesverfassungsgericht (port. STF) diese Ansätze umsetzt und wie es sie umsetzen könnte. Ausgehend von einem deduktiven Ansatz wählt die Untersuchung ein analytisches Verfahren und nimmt bibliografische Recherchen vor. Sie kommt zu dem Schluss, dass die unterschiedlichen Ansätze aus der Perspektive der Nicht-Unterwerfung, der Anerkennung und der Akkumulierung von Nachteilen bei der Auseinandersetzung mit der strukturellen Diskriminierung in unterschiedlichen Rechtsgebieten einen Beitrag zur Verfassungsgerichtsbarkeit leisten.

Schlüsselwörter: Gleichheit als Nicht-Unterwerfung, Anerkennung und Akkumulierung von Nachteilen; Brasilianisches Bundesverfassungsgericht (port. STF); strukturelle Diskriminierung.

Introdução

O efeito irradiante da Constituição Federal sobre os demais campos do Direito leva a uma interpretação de dispositivos normativos em conformidade com os comandos constitucionais. Nesse contexto, o princípio da igualdade previsto no artigo 5, inciso I, da Constituição Federal de 1988 impacta sobre todo o ordenamento jurídico. Todavia, o princípio da igualdade requer uma análise profunda, a fim de que se possa compreender melhor suas implicações teóricas e práticas para garantir a devida concretização do direito fundamental à igualdade sob as perspectivas de não submissão, de reconhecimento e como acumulação de desvantagens.

Para compreender essas diferentes perspectivas, o presente artigo irá trabalhar com o seu uso no tocante à desigualdade estrutural de gênero. Nesse sentido, destaca-se que o Brasil é signatário da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. A referida convenção restou internalizada por meio do Decreto nº 4.377/2002, o que implica na assunção do compromisso de adotar todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher, estabelecer proteção jurídica efetiva contra todo ato de discriminação e tomar as medidas apropriadas contra as práticas discriminatórias realizadas por qualquer pessoa, organização ou empresa. Não obstante isso, a convenção ainda requer medidas apropriadas para modificar os padrões socioculturais com o objetivo de eliminar os preconceitos e práticas consuetudinárias baseadas na ideia de inferioridade ou superioridade de qualquer dos sexos.

Diante disso, o presente trabalho questiona: como diferentes abordagens do princípio da igualdade, mais especificamente sob as perspectivas de não submissão, de reconhecimento e acumulação de desvantagens, contribuem para a tutela jurisdicional pelo Supremo Tribunal Federal (STF) contra a desigualdade estrutural? Busca-se, desse modo, pesquisar, pelo método de abordagem dedutivo, procedimental analítico e da técnica bibliográfica, de que forma a abordagem do Direito Constitucional do princípio da igualdade no combate às desigualdades estruturais na questão de gênero afeta os demais ramos do Direito, como o Direito Penal, Civil, Administrativo, Eleitoral e Previdenciário, tomando como recorte a desigualdade estrutural por gênero. Nota-se que a força normativa da Constituição gera esse efeito irradiante sobre as disposições infraconstitucionais, sendo que a interpretação à luz da Constituição é determinante para a aplicação das demais disposições normativas, e a exemplificação de decisões no âmbito do controle de constitucionalidade desempenhado pelo STF contribuiu para a melhor compreensão do princípio da igualdade quanto à perspectiva de gênero.

Impende referir que o trabalho não possui a pretensão de uma análise exaustiva sobre todas as abordagens possíveis do princípio da igualdade, o que exigiria um aprofundamento que requer um desenvolvimento extensivo doutrinário de inúmeras teorias já construídas sobre a temática, o que extrapolaria a limitação da presente obra. Por esse motivo, propõe-se trazer reflexões sobre as teorias da igualdade como

não submissão, igualdade como reconhecimento e igualdade como acumulação de desvantagens e um diálogo com julgamentos relevantes na seara do Direito Penal (ADPF n.º 54), Civil (RE n.º 670.422, Tema n.º 761), Administrativo (RE n.º 1.058.333, Tema n.º 973), Eleitoral (ADI n.º 5.617) e Previdenciário (ADI n.º 1.946)² que abordam a temática de gênero na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro.

1. O princípio da igualdade sob a perspectiva de não submissão

O princípio da igualdade não se contrapõe à diversidade, a Constituição Federal prevê a igualdade perante a lei como um direito fundamental no *caput* do artigo 5, ao mesmo tempo que dispõe como um objetivo fundamental no inciso IV, do artigo 3, a promoção do bem de todos tendo em consideração a pluralidade existente na sociedade, seja pela etnia, religião, cultura, origem, gênero, idade etc. Isso implica em assegurar uma igualdade de chances e oportunidades a todos os indivíduos e grupos, a fim de que todos possam ter acesso a uma vida decente. Pode-se, a partir da leitura do princípio da igualdade, compreender a máxima que concede tratamento de forma igualitária a quem é igual, bem como tratamento diferenciado a quem for diferente, o que implica na autorização de alguns critérios para diferenciações em um sentido positivo.³ Exemplo disso é a leitura do inciso I do artigo 5 (que prevê a igualdade entre homens e mulheres) em conjunto com o artigo 7, inciso XX, também da Carta Magna, que concede incentivos específicos para as mulheres no mercado de trabalho.

Porém, a compreensão do princípio da igualdade se desdobra em diversas perspectivas. Roberto Saba⁴ propõe em sua obra um enfoque diferente para a análise do princípio, não pela distinção de igualdade formal e igualdade material já amplamente discutida, mas pelo olhar divergente entre a visão liberal e individualista do princípio da igualdade e um olhar estrutural que incorpora dados históricos e sociais acerca do fenômeno de submissão e exclusão sistemática, englobando amplos setores da sociedade. Sob tal perspectiva, constata-se que há coletivos de pessoas dentro da sociedade que, por pertencer a determinados grupos, carecem de acesso a certos empregos, funções, atividades, espaços físicos ou à prática de autogoverno, dada a situação de submissão que padecem.

² O critério de escolha das decisões foi com base nos fundamentos apresentados pelos votos de forma a exemplificar como as perspectivas de igualdade objeto da pesquisa podem se enquadrar nos entendimentos já proferidos pelo Supremo Tribunal Federal.

³ Mônia Clarissa Hennig Leal e Winfried Brugger, “Os direitos fundamentais nas modernas Constituições: uma abordagem comparativa entre o constitucionalismo alemão e brasileiro a partir da teoria dos status de Jellinek”, *Revista do Direito (Santa Cruz do Sul)*, 28 (2007), 10.

⁴ Roberto Saba, *Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué le debe el Estado a los grupos desaventajados?* (Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2016), 27-28.

Saba⁵ destaca o pensamento de outros autores (como Fiss, Post, Siegel e MacKinnon) que propõem uma visão diferente da igualdade ante a lei, uma versão que não se associa necessária ou exclusivamente ao princípio de não discriminação (pois esse viés não incorpora os dados sociológicos em sua análise), embora nem sempre deve se perceber oposto a ele. Nesse sentido, Fiss denomina como estrutural essa perspectiva da desigualdade levando-se em consideração o princípio de grupos desvantajados⁶, já Post chama de versão sociológica da igualdade.

Uma norma antidiscriminatória, quando analisada sob uma perspectiva sociológica da igualdade, deve considerar o contexto social que sustenta certas categorias potencialmente opressivas, como ocorre com questões de raça ou gênero. O exemplo de um teste de audição às cegas para uma vaga em determinada orquestra pode parecer uma seleção justa em um mundo ideal, mas não se pode ignorar, por exemplo, o fato de que, devido a certas condições e práticas sociais, muitas mulheres não se apresentam ao concurso em razão das demandas que culturalmente lhes são impostas com relação às atividades domésticas, fazendo que se autoexcluem da seleção. A ausência de candidatas mulheres, devido a esse contexto social, a título exemplificativo, compromete a neutralidade da seleção, motivo pelo qual uma norma antidiscriminatória deve se propor à transformação social, não se omitindo às circunstâncias socioculturais para tomar medidas paliativas de uma situação de clara segregação estrutural.⁷

A noção de igualdade como não submissão trabalhada por Saba não se opõe ao ideal de não arbitrariedade que fundamenta a ideia de igualdade como não discriminação, apenas a entende como insuficiente ou incompleta. Ressalta-se que essa leitura estrutural da desigualdade “[...] no se vincula con la irrazonabilidad disfuncional o la no instrumentalidad del criterio escogido para realizar la distinción, sino que entiende que el objetivo que la igualdad ante la ley persigue es el de evitar la constitución de grupos *sometidos, excluidos* o *sojuzgados* en una sociedad”⁸.

Os ordenamentos (constituições e convenções internacionais) possuem ferramentas de concretização das normas de igualdade, admitindo medidas de ação afirmativa (ou discriminação inversa), mirando a eficácia transformadora da sociedade. Porém, a tutela de direitos à igualdade enfrenta uma realidade de desigualdades e discriminação que alcança dimensões em grupos de pessoas marginalizadas fundadas

⁵ Saba, *Más allá de la igualdad formal ante la ley*, 49-50.

⁶ De acordo com Fiss, o grupo deve se revestir com as seguintes características: ter uma identidade própria diferente das identidades dos membros específicos que o compõe; a identidade e o bem-estar do grupo e a identidade e bem-estar dos seus membros são interdependentes; os membros do grupo se identificam por seu pertencimento a este e seu *status* se vê determinado (ao menos em parte) pelo *status* do grupo. Owen M. Fiss, “Groups and the Equal Protection Clause”, *Philosophy & Public Affairs* 5, n.º 2 (1976): 148.

⁷ Robert C. Post et al., *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law* (Duke University Press, Durham, 2003), 18-19.

⁸ Saba, *Más allá de la igualdad formal ante la ley*, 50.

em práticas sistêmicas generalizadas de exclusão social a ponto de diferenciá-las como castas ou párias. Sagües⁹ aborda o conceito de “igualdade como não submissão” compreendendo que a igualdade incorpora significado como um princípio oposto à opressão e à imposição de correntes visíveis ou invisíveis. A igualdade entendida como inexistência de opressão, submissão ou exclusão alude ao imperativo moral de igual liberdade como precondição para a autonomia das pessoas.

Sob um olhar da perspectiva de gênero, pode-se constatar historicamente práticas sociais que injustamente subjugam as mulheres, suprimindo direitos e impedindo-as de assumir papéis relevantes na sociedade moderna. Sob essa lógica, o ministro Celso de Melo¹⁰ destacou essas práticas de subjugação em desfavor das mulheres no julgamento da ADPF n.º 54,¹¹ sobre aborto de feto anencefálico, o que levou o movimento feminista a buscar uma transformação nas instituições para estabelecer um novo paradigma social, por meio do reconhecimento e afirmação em favor das mulheres, a partir de uma lógica de igualdade entre os gêneros, superando preconceitos culturais e sociais que impõem à mulher, arbitrariamente, um inaceitável tratamento discriminatório e excludente. Esse tratamento lhe nega a possibilidade de protagonizar (fora do espaço doméstico) os papéis que historicamente lhe foram privados:

[...] Dentro desse contexto histórico, a mística feminina, enquanto sinal visível de um processo de radical transformação de nossos costumes, teve a virtude, altamente positiva, consideradas as adversidades enfrentadas pela mulher, de significar uma decisiva resposta contemporânea aos gestos de profunda hostilidade, que, alimentados por uma irracional sucessão de fundamentalismos – quer os de caráter teológico, quer os de índole política, quer, ainda, os de natureza cultural –, todos eles impregnados da marca da intolerância e que culminaram, em determinada etapa de nosso processo social, por subjugar, injustamente, a mulher, ofendendo-a em sua inalienável dignidade e marginalizando-a em sua posição de pessoa investida de plenos direitos, em condições de igualdade com qualquer representante de gênero distinto.¹²

⁹ María Sofía Sagües, “Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico”, em *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs em la jurisprudencia interamericana: El caso Lagos Del Campo y los nuevos desafíos*, ed. por Eduardo F. Mac-Gregor Mariela M. Antoniazzi e Rogelio F. Pantoja (Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018), 131-132.

¹⁰ Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54*. Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 12/4/2012, Brasília, 2012, 318-321.

¹¹ A Suprema Corte julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal.

¹² Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54*. Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 12/4/2012, Brasília, 2012, 319-320.

Diante do contexto sociocultural que subjuga a mulher e marginaliza a mesma de determinados papéis sociais, além de suprimir direitos, conforme destacado pelo ministro, se percebe práticas discriminatórias em razão do histórico em que estão inseridas. Por essa razão, conclui que a situação gera um quadro de submissão desse grupo vulnerável à vontade hegemônica da maioria (ainda que, numericamente, as mulheres sejam maioria),¹³ reconhecendo as vulnerabilidades social, econômica e jurídica das mulheres,¹⁴ fundamento esse que contribuiu para seu voto a favor da interpretação conforme a Constituição no processo que julgou a inconstitucionalidade de interpretação que obste a realização voluntária de antecipação terapêutica de parto de feto anencefálico.

O princípio da igualdade ante a lei como uma forma de não discriminação sob o enfoque de uma versão individualista dos direitos¹⁵ pode resultar em um tratamento sistematicamente excludente, apesar de possuir critérios razoáveis de igualdade. A aplicação desse princípio numa perspectiva individualista acaba por ser descontextualizada, pois se apresenta contrária a uma visão sociológica e contextualizada da realidade social mais ampla, que contemple a compreensão de que faz parte de um grupo submetido a certo tratamento ou prática social.

Ou seja, fatores desse contexto social acabam por causar um distúrbio na igualdade a ponto de, sob os mesmos critérios de avaliação, alguns indivíduos pertencentes a determinado grupo social apresentarem condições insuficientes para competir em igualdade de condições com outros grupos. Assim, a visão de igualdade como não discriminação se opõe a decisões arbitrárias e com exigência de razoabilidade nos critérios de distinção supõe a inexistência de grupos subjugados, excluídos ou submissos,¹⁶ o que implicaria, além de uma neutralidade formal, também uma cegueira para as condições sociológicas apresentadas por integrantes desses grupos marginalizados.

As medidas de ação positiva que combatem essas mazelas possuem como finalidade, portanto, garantir a igualdade real de tratamento, por meio da superação dos impedimentos culturais que condicionam ou limitam a igualdade nos casos concretos.¹⁷ Tecnicamente, faz uso de passos positivos designados para eliminar e prevenir a discriminação estrutural, favorecendo determinado grupo social com maior proteção para compensar e equilibrar a situação que apresenta desequilíbrio decorrente de uma discriminação histórica de um determinado coletivo. Essa

¹³ Conforme o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Brasil possui mais de 215 milhões de habitantes, sendo que, desses, 105 milhões são homens e 109,9 milhões são mulheres. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. “Tabela 5917 (População, por sexo)”, Acesso em 11 jul. 2023. <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/5917#/n1/all/n6/all/v/606/p/all/c2/all/l/v,c2,t+p/resultado>.

¹⁴ Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54*. Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 12/4/2012, Brasília, 2012, 360.

¹⁵ Saba, *Más allá de la igualdad formal ante la ley*, 47-48.

¹⁶ Saba, *Más allá de la igualdad formal ante la ley*, 128.

¹⁷ Sagüés, “Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico”, 141-142.

discriminação inversa se justifica para lograr uma reparação contra esses grupos e como ferramenta de construção de uma sociedade mais justa e integrada.

2. O princípio da igualdade sob a perspectiva do reconhecimento

Nancy Fraser,¹⁸ por sua vez, trabalha com a noção de desigualdade a partir da distinção da injustiça político-econômica e da injustiça sociocultural. Para a pesquisadora, a primeira se trata de uma injustiça que se radica na estrutura econômico-política da sociedade e requer, como remédio, a redistribuição de renda, reorganização do trabalho, controles democráticos de investimento ou transformações nas estruturas econômicas básicas (a título exemplificativo, cita-se a desigualdade estrutural na sociedade em razão da classe trabalhadora explorada).

Já a segunda injustiça é cultural ou simbólica, tendo como remédio a necessária revalorização das identidades desrespeitadas e dos produtos culturais dos grupos difamados, clamando por reconhecimento e por uma valorização positiva da sua diversidade cultural. Essa última é impactada com ações que visam à transformação dos padrões sociais dominantes de representação, interpretação e comunicação (a título exemplificativo, cita-se a desigualdade estrutural na sociedade em razão da sexualidade fora da heteronormatividade).¹⁹

Cabe destacar que o Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência reconhecendo a possibilidade de amparo à dignidade da pessoa humana decorrente da violação do direito ao reconhecimento, vedando políticas públicas e práticas sociais que estigmatizem as pessoas por conta das suas identidades, considerando a recusa de amparo jurídico e institucional ao sujeito como uma forma de perpetuar um sentimento de não pertencimento à sociedade.²⁰ Nesse sentido, o julgamento do Tema nº 761²¹ aborda o desrespeito ao reconhecimento da alteração do gênero

¹⁸ Nancy Fraser, “Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da Justiça numa era ‘pós-socialista’”, *Revista Cadernos de Campo*, tradução de Júlio Assis Simões, São Paulo, n.º 14/15 (2006): 232.

¹⁹ Laura Clérico, “El matrimonio igualitario y los principios constitucionales estructurantes de igualdad y/o autonomía”, em *Matrimônio igualitario en la Argentina. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*, ed. por Laura Clérico e Martín Aldao (Buenos Aires: Eudeba, 2010), 144-145 e 163.

²⁰ Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 670.422*. Relator Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 15/8/2018, Brasília, 2018, 150-151.

²¹ Restou reconhecido pelo julgado do STF com efeito *erga omnes* devido à repercussão geral a possibilidade de alteração de prenome e classificação de gênero no assento de registro civil de transexual, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo, assegurando como direito subjetivo mediante mera manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa. Em ambas as formas, deve-se respeitar o sigilo durante todo o trâmite, procedendo-se a sua anotação à margem da averbação, ficando vedada a inclusão, mesmo que

dos transexuais em seus assentos civis como uma injustiça sociocultural, diante de uma situação preconceituosa construída historicamente e arraigada na sociedade que necessita de retificação, ocasionando como consequência também uma injustiça político-econômica, provocada pelo ostracismo social contra essa coletividade.²²

A injustiça político-econômica demanda políticas públicas de redistribuição com o objetivo de dissipar os arranjos econômicos que geram uma estratificação social, enquanto que a injustiça sociocultural tem objetivo inverso, qual seja, promover a diferenciação do grupo, para buscar valorização com o seu reconhecimento.

A partir dessa diferenciação, percebe-se que cada uma demanda remédio distinto, o que se torna um problema quando as injustiças se sobrepõem, seja por interseccionalidade pela soma de dois ou mais fatores que geram injustiça tanto sociocultural como político-econômica, seja por pertencer a uma coletividade bivalente (a título exemplificativo, cita-se a desigualdade estrutural quanto ao gênero e à questão racial).²³

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal também já proferiu entendimento reconhecendo o caráter bivalente da desigualdade que afeta as mulheres quando do julgamento que reconheceu o direito da gestante de adiar a prova de aptidão física em concurso público, independentemente de previsão no respectivo edital.²⁴ A Suprema Corte entendeu, ao julgar o Tema n.º 973,²⁵ que as múltiplas formas de discriminação contra as mulheres se interconectam e se retroalimentam, uma vez que são estigmatizadas em uma sociedade marcada pela competitividade, tendo em sua condição de gênero um obstáculo que as prejudica na inserção no mercado de trabalho, especialmente para galgar postos profissionais de maior prestígio e remuneração, o que acirra a desigualdade econômica, que, por si só, já é um motivo de exclusão social. Assim, reforça o entendimento de Fraser quanto à correlação entre

sigilosa, do termo “transexual” ou da classificação de sexo biológico no respectivo assento ou em certidão pública. Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, sendo vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial.

²² Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 670.422*. Relator Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 15/8/2018, Brasília, 2018, 153.

²³ Fraser, “Da redistribuição ao reconhecimento?”, 232.

²⁴ Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 1.058.333*. Relator Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 21/11/2018, Brasília, 2018, 25-26.

²⁵ Trata-se de decisão que julgou possível a remarcação teste de aptidão física para a gestante em concurso público, sendo o único meio possível de viabilizar que a candidata gestante à época do teste continue participando do certame, como direito subjetivo que promove a igualdade de gênero. O STF apontou que o constituinte expressamente vedou qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas que obstaculize o planejamento familiar, bem como assegurou ampla acessibilidade a cargos, empregos e funções públicas. Determinou que o adiamento fundamentado na condição gestatória se estende pelo período necessário para superação da condição, cujas condições e prazos devem ser determinados pela Administração Pública, preferencialmente em edital, mas a sua inexistência de previsão não afasta o direito da candidata gestante à remarcação.

identidade e participação, associando a injustiça sociocultural e a má redistribuição de renda e poder político como dimensões bivalentes que afetam as mulheres:

O gênero é, em suma, um modo bivalente de coletividade. Ele contém uma face de economia política, que o insere no âmbito da redistribuição. Mas também uma face cultural-valorativa, que simultaneamente o insere no âmbito do reconhecimento. Naturalmente, as duas faces não são claramente separadas uma da outra. Elas se entrelaçam para se reforçarem entre si dialeticamente porque as normas culturais sexistas e androcêntricas estão institucionalizadas no Estado e na economia e a desvantagem econômica das mulheres restringe a “voz” das mulheres, impedindo a participação igualitária na formação da cultura, nas esferas públicas e na vida cotidiana. O resultado é um círculo vicioso de subordinação cultural e econômica. Para compensar a injustiça de gênero, portanto, é preciso mudar a economia política e a cultura.²⁶

Em razão desse caráter bivalente (injustiça tanto político-econômica como sociocultural), a autora²⁷ defende que as mulheres necessitam de ao menos dois tipos de remédios analiticamente distintos: redistribuição e reconhecimento. Ambos propõem ações em sentidos opostos, pois a lógica da redistribuição é acabar com a diferenciação em razão do gênero, enquanto a lógica do reconhecimento é valorizar a especificidade do mesmo.

Não obstante o exposto acima, importa destacar a noção multidimensional do princípio da igualdade, que abrange também, além de sua concepção de redistribuição (desigualdades materiais) e de reconhecimento (desigualdades simbólicas), uma terceira dimensão: a da participação. Assim, Clérico e Aldao²⁸ destacam que é necessário garantir a paridade de participação dos coletivos em situação de desigualdade estrutural, citando como exemplo de coletividade afetada nesse sentido os povos indígenas. Com relação à dimensão de participação no que tange à discriminação de gênero,²⁹ cita-se a decisão do STF na ADI n.º

²⁶ Fraser, “Da redistribuição ao reconhecimento?”, 234-235.

²⁷ Fraser, “Da redistribuição ao reconhecimento?”, 235.

²⁸ Martín Aldao e Laura Clérico, “Igualdade multidimensional (redistribución/reconocimiento/participación) para revisar la jurisprudencia de la Corte IDH sobre pueblos indígenas”, em *El caso Lhaka Honhat vs. Argentina y las tendencias de su interamericanización*, ed. por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi e Rogelio Flores Pantoja (Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2021), 73.

²⁹ Sobre a desigualdade estrutural de participação feminina na política, constata-se que apenas a partir da Constituição de 1988 houve uma especial preocupação para superar a situação de invisibilidade e desequilíbrio das mulheres na sociedade no âmbito da política. Para além do direito ao voto, observa-se um movimento que busca ações afirmativas para sanar a sub-representação política feminina, diante da histórica baixa representação no cenário nacional. Para estimular essa integração das mulheres na política, a Lei 9.100/95 foi a primeira previsão de reserva de 20% de vagas para candidatas mulheres no pleito Municipal.

5.617,³⁰ na qual restou declarada a inconstitucionalidade da redação da lei que concedia percentual insuficiente (5%) do fundo partidário para custear as cotas de representação feminina (30%), elevando o percentual do recurso para o patamar mínimo de 30%.

Ainda assim, é possível criticar se esses 30% são compatíveis com uma lógica de igualdade de gênero e, mais do que isso, se a previsão de cota para candidaturas (e não para os cargos) é efetivamente comprometida com a igualdade de gênero e com a representação feminina. Vale lembrar que, conforme demonstrado por estudos,³¹ muitas das candidaturas femininas eram marcadas por baixa competitividade e ausência de apoio do partido, sendo em alguns casos somente de “fachada”, meras “candidaturas-laranjas”, candidaturas fictas apenas para preencher as exigências legais mínimas.

A compreensão de todas essas dimensões de desigualdade se mostra de grande relevância quando, em vez de se tratar de uma coletividade bivalente, se tratar de interseccionalidade pela soma de dois ou mais fatores que geram injustiças. A discriminação interseccional apresenta maior dificuldade de ser identificada,³² pois os contextos econômicos, culturais e sociais silenciosamente moldam as relações dentro desse sistema de subordinação, causando abordagens subinclusivas de discriminação e a diferença torna invisível um conjunto de problemas (como no caso em que um subconjunto de mulheres subordinadas enfrentam um problema em parte por serem mulheres e em parte por questão racial, mas isso não é tido como um problema de gênero, em razão de as mulheres dos grupos dominantes não sofrerem da mesma experiência) ou abordagens superinclusivas, quando a diferença sequer é percebida (como no caso em que um problema é imposto a apenas um subgrupo de mulheres, sendo absorvido como uma questão simplesmente de gênero, quando

Posteriormente, a Lei 9.504/97 previa a reserva de um mínimo de 30% e máximo de 70% para cada sexo nas candidaturas eleitorais nas listas de candidatos ao Legislativo Municipal e Estadual. Porém, essa política afirmativa só veio a ser obrigatória aos partidos e coligações com a Lei 12.034/2009. Eliziane Fardin Vargas e Mônia Clarissa Hennig Leal, “O Direito à igualdade e não-discriminação das mulheres na política: a decisão da ADI 5.617/DF e a doutrina das categorias suspeitas”, *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais* 22, n.º 2 (2022): 90-92.

³⁰ O STF julgou procedente a ação para suprimir a limitação de 3 pleitos eleitorais da reserva de percentual do fundo partidário destinado às mulheres, tornando a ação afirmativa mais duradoura. Também julgou insuficiente o patamar de 5% de reserva do fundo partidário, elevando o patamar para, no mínimo, 30% nas eleições majoritárias e proporcionais, sendo o percentual elevado com a elevação das candidaturas, na mesma proporção. Por fim, declarou inconstitucional, por arrastamento, o parágrafo 5º-A e o parágrafo 7º do artigo 44 da Lei 9.096/95. Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.617*. Relator Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 15/3/2018, Brasília, 2018.

³¹ Vargas e Hennig Leal, “O Direito à igualdade e não-discriminação das mulheres na política: a decisão da ADI 5617/DF e a doutrina das categorias suspeitas”, 93.

³² Kimberlé Crenshaw, “Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero”, *Revista Estudos Feministas*, tradução de Liane Schneider 10, n.º 1 (2002): 174-176.

as circunstâncias evidenciam que a marginalização tem uma ligação com outro fator não percebido, como no tráfico de mulheres, onde a questão racial e social são relevantes para entender quais são as mulheres afetadas).

De todo modo, constata-se a necessidade de uma discriminação afirmativa que neutralize desvantagens para assegurar uma igualdade material por meio de remédios redistributivos; simbólica, por meio do reforço ao reconhecimento; e de participação para as coletividades estruturalmente excluídas do processo de representação envolvendo minorias e grupos vulneráveis nas instâncias de poder. A neutralidade pode perpetuar desigualdades estruturais, dentre elas a desigualdade de gênero. Mesmo ações inocentes, que desconsiderem o contexto de desigualdade sociocultural ou político-econômica no qual estão inseridas, podem conservar situações desfavoráveis a determinada coletividade, como se verá a seguir.

3. O princípio da igualdade sob a perspectiva da acumulação de desvantagens

Mesmo uma conduta que não possua caráter discriminatório pode contribuir para perpetuar a discriminação, em razão da inobservância do contexto em que está inserida. Nesse sentido, destaca-se a “teoria da responsabilidade acumulativa” (implícita no caso *United States vs. Gaston County* de 1969³³ e posteriormente utilizada no caso *Griggs vs. Duke Power Company* de 1971),³⁴ que condena a participação de

³³ No caso restou condenado o Condado de Gaston (um distrito eleitoral) pela Corte Suprema em razão da prática de negar aos afrodescendentes o direito de votar por não serem aprovados em uma prova de alfabetização, sem levar em consideração que lhes foram negadas sistematicamente oportunidades de educação quando crianças, comprometendo assim a igualdade com os demais. Owen M. Fiss, “La acumulación de desventajas”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 44 (2021): 97.

³⁴ A Corte Suprema proibiu os empregadores privados de realizarem provas (“teste de inteligência”) ou outros requisitos ligados à educação para a contratação de funcionários, considerando que em razão da qualidade inferior de escolaridade que os afrodescendentes receberam impactava de forma desigual, perpetuando assim uma discriminação indireta. Nos anos que se seguiram, o Tribunal fixou três passos para avaliar os requisitos para o emprego: i) o autor precisa primeiro demonstrar que a prova impugnada (critérios de seleção) tem um impacto adverso e desigual aos afrodescendentes, que lhes nega as oportunidades de trabalho; ii) cumprido o primeiro passo, caberá à empresa demonstrar que a prova de emprego (os critérios utilizados) é razoável para medir o desempenho laboral. Caso não cumpra seu ônus, deverá deixar de aplicá-la; iii) caso a empresa demonstre a razoabilidade, recairá sobre o requerente demonstrar a existência de outros meios para medição de desempenho laboral que tenham menos efeitos adversos para a coletividade dos afrodescendentes, como alternativa para aquela que perpetua a desigualdade existente. Esse método é conhecido como “o princípio de Griggs”. Fiss, “La acumulación de desventajas”, em *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 44 (2021): 97-98. Logo, a desvantagem na educação leva à desvantagem no emprego, perpetuando a discriminação de forma indireta, motivo pelo qual a Corte admitiu a responsabilização de uma empresa privada pela discriminação racial perpetrada pelas

qualquer instituição, independentemente do seu histórico, por práticas que agravam, perpetuam ou simplesmente se somam a alguma das desvantagens que os afrodescendentes receberam por outras instituições.

No cenário norte-americano, desenvolveu-se a ideia de uma “discriminação indireta”, que considera como discriminação baseada na raça quando uma prática deixa de considerar que tem o efeito de perpetuar uma discriminação baseada na raça prévia a ela.³⁵ Ou seja, uma determinada conduta, quando analisada individualmente, não aparenta ser discriminatória, mas, quando analisada no contexto de estratificação social, acaba evidenciando a perpetuação desse enredo discriminatório com o reforço das desvantagens que se vêm acumulando por essas práticas segregatícias. Nesse sentido, Sarmento³⁶ dispõe que

Também é de grande importância a discriminação indireta, correlacionada à teoria do impacto desproporcional. Esta teoria pode ser utilizada para impugnar medidas públicas ou privadas aparentemente neutras do ponto de vista racial, mas cuja aplicação concreta resulte, de forma intencional ou não, em manifesto prejuízo para minorias estigmatizadas. A discriminação indireta difere da discriminação de facto porque, nesta segunda, a norma pode ser aplicada de forma compatível com a igualdade. Já na discriminação indireta, tem-se uma medida cuja aplicação fatalmente irá desfavorecer um grupo vulnerável.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, essa proteção ao impacto desproporcional pode ser constatada no julgamento da ADI n.º 1.946,³⁷ que afastou a limitação do pagamento do salário da licença gestante pela Previdência Social em razão do

autoridades educativas, uma vez que sua conduta está inserida nesse contexto de discriminação estrutural.

³⁵ Fiss, “La acumulación de desventajas”, 97 e 99.

³⁶ Daniel Sarmento, “A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação ‘De Facto’, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa”, em *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*, ed. por Daniel Sarmento (Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010), 148.

³⁷ O STF julgou parcialmente procedente a ação, dando ao artigo 14 da Emenda Constitucional n.º 20/1998 interpretação conforme a Constituição, excluindo sua aplicação ao salário da licença gestante. Com isso, afastou a aplicação do limite dos benefícios previdenciários (na época R\$ 1.200,00) fixado pela Emenda Constitucional sobre o salário-maternidade, uma vez que sua aplicação sobre essa benesse afetaria indiretamente a situação da mulher no mercado de trabalho, pois recairia sobre o empregador responder sozinho pela diferença a ser paga da licença-maternidade, o que facilitaria e estimularia a opção do empregador pela escolha de trabalhadores masculinos em detrimento das trabalhadoras mulheres, bem como sujeitando à limitação salarial dessas ao teto pago pela previdência (R\$ 1.200,00 na época), para não ter de responder pela diferença quando da licença-maternidade. Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.946*. Relator Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 3/4/2003, Brasília, 2003.

impacto que geraria sobre as contratações de mulheres no mercado de trabalho. A limitação do benefício previdenciário exigiria a complementação da renda da segurada pelo empregador, conseqüentemente desestimularia a contratação de mulheres com salários mais altos que o limite pago pelo INSS, limitando o valor dos contratos e dando preferência à contratação de homens, causando impacto desproporcional (*disparate impact doctrine*). A limitação de todos os benefícios previdenciários parece, portanto, uma medida que respeita o critério da isonomia, mas, no contexto trabalhista, evidencia uma discriminação indireta.

Com relação ao exame dessa abordagem de discriminação indireta, cuja origem vem das decisões norte-americanas, Fiss³⁸ analisa que o entendimento de decisões antidiscriminatórias (no âmbito racial) não deve estar focado apenas em condutas de forma individual. Entende que a questão deve ser encarada de forma mais ampla, contra a estratificação social enraizada com a escravidão e mantida pelas leis *Jim Crow* (que trataram os afrodescendentes como párias). A discriminação baseada na raça, assim, seria somente uma das técnicas utilizadas contra esse grupo para manter a estrutura social, sendo apenas um instrumento do problema maior, que é a subordinação perpétua e sistemática de um grupo racialmente definido. A teoria apenas analisa a interconexão entre desvantagens de um determinado âmbito (como a educação) que afetam e repercutem em outro (como o trabalho), uma vez que desigualdade gera mais desigualdade, todavia deve compreender como adequada a responsabilidade de cada membro da comunidade, pois todos devem se engajar na luta para erradicar essa estrutura social estratificada.

Essa mesma lógica de pensamento poderia ser compreendida, por sua vez, para aplicação no caso do citado Tema n.º 973 do STF, acima referido.³⁹ Não prever a possibilidade de remarcação do teste físico para candidata grávida no certame público pode, em um primeiro momento, parecer uma prática condizente com o princípio da igualdade de tratamento, pois apenas as mulheres grávidas seriam afetadas, não repercutindo para a grande maioria das candidatas do concurso. Esse pensamento poderia entender, inocentemente, que não seria uma questão de discriminação de gênero, pois assim como não há previsão de remarcação para outras condições temporárias de saúde,⁴⁰ tal discriminação positiva poderia parecer, em um primeiro

³⁸ Fiss, “La acumulación de desventajas”, 99-100.

³⁹ Brasil, Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 1.058.333*. Relator Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 21/11/2018, Brasília, 2018.

⁴⁰ O julgamento do Tema n.º 973 expressamente distinguiu a gravidez de qualquer comparação com a categoria de “problema temporário de saúde”, sendo que essa categoria teve uma solução distinta com o julgamento do Recurso Extraordinário n.º 630.733, que abordou o Tema n.º 335, também com repercussão geral, que fixou a tese de que “inexiste direito dos candidatos em concurso público à prova de segunda chamada nos testes de aptidão física, salvo contrária disposição editalícia, em razão de circunstâncias pessoais, ainda que de caráter fisiológico ou de força maior, mantida a validade das provas de segunda chamada realizadas até 15/5/2013, em nome da segurança jurídica”.

momento, uma vantagem que ofende o princípio da isonomia com outros candidatos, inclusive para com as demais mulheres.

Todavia, como ressaltado pelo STF,⁴¹ não há ofensa à isonomia, uma vez que se deve assegurar à mulher o direito de conciliar projetos pessoais e profissionais. Trata-se de uma questão de gênero, pois desprestigiar tal condição tolhe da mulher o direito ao livre planejamento familiar (sendo a gravidez voluntária ou não), gerando uma desvantagem clara ao reforçar a imposição da escolha entre sua carreira profissional e sua pretensão de constituir família, o que configura uma clara injustiça sociocultural, que requer medidas de reconhecimento.

Se se considerar ainda o fato de o aborto voluntário ser tipificado como crime (artigo 124 do Código Penal), uma gravidez involuntária torna a violação ao direito de igualdade ainda mais fácil de identificar e compreender, pois deixa de ser uma escolha e passa a ser impositivo o direcionamento da mulher para um projeto familiar em detrimento do profissional. Consequentemente, isso agrava a situação político-econômica, pois gera mais um obstáculo, dentre tantas práticas acumulativas, que impedem as mulheres de ascender a cargos mais relevantes.

A discriminação baseada na gravidez, assim, seria apenas uma das técnicas utilizadas contra a coletividade das mulheres para manter a estrutura social predominantemente patriarcal, sendo somente um instrumento do problema maior, que é a subordinação perpétua e sistemática de um gênero sobre o outro. Resta evidente a interconexão entre as desvantagens nos âmbitos previdenciário e administrativo (limitação do benefício previdenciário e ausência de remarcação da prova em concurso público), pois afetam e repercutem no âmbito do trabalho (ao restringir para as mulheres o acesso às oportunidades de trabalho e salários maiores) e privado (quanto ao planejamento familiar).

Portanto, a teoria da responsabilidade acumulativa contribui também para compreender a aplicação do princípio da igualdade naquelas situações em que, *a priori*, não se constata uma discriminação, mudando-se o enfoque para o contexto em que a conduta apreciada está inserida, aclarando a discriminação dentro da realidade sociocultural, a partir de uma acumulação de atos discriminatórios. Assim, circunstâncias que parecem inocentes e que aparentam atender ao princípio da igualdade, dentro de uma conjuntura maior, podem ser, na verdade, mais um fator discriminatório para determinadas coletividades.

Considerações finais

Diante do exposto, observa-se que as diferentes abordagens do princípio da igualdade tratadas nesta pesquisa, quais sejam, igualdade sob a perspectiva de não

⁴¹ Brasil, Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 1.058.333*. Relator Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 21/11/2018, Brasília, 2018, 17.

submissão, igualdade sob a perspectiva do reconhecimento e igualdade sob a perspectiva da acumulação de desvantagens, contribuem para a tutela jurisdicional, pelo Supremo Tribunal Federal, contra a desigualdade estrutural em razão da discriminação de gênero. Os exemplos de julgados citados evidenciam que, de alguma forma, tais perspectivas estão presentes nas decisões da Corte (ainda que não sejam expressamente citadas), assim como se complementam, uma vez que observam o referido princípio para além de uma visão individualista, levando em consideração aspectos sociológicos do contexto em que é aplicado, reconhecendo também a existência de uma discriminação de caráter estrutural.

Percebe-se, ante todo o exposto, que a compreensão do princípio da igualdade trazido pelas diferentes abordagens acima evidenciadas no âmbito do Direito Constitucional afeta os demais ramos do Direito interno, como o Direito Penal (ADPF nº 54), Civil (RE nº 670.422, Tema nº 761), Administrativo (RE nº 1.058.333, Tema nº 973), Eleitoral (ADI nº 5.617) e Previdenciário (ADI nº 1.946), contribuindo para o enfrentamento das desigualdades estruturais em suas respectivas searas. Assim, as teorias podem ser exploradas para reforçar a noção de igualdade em uma concepção que considere a realidade sociocultural em que se insere, visando a combater todas as formas de discriminação de gênero.

Referências

- ALDAO, Martín e Laura CLÉRICO, “Igualdade multidimensional (redistribución/reconocimiento/participación) para revisar la jurisprudencia de la Corte IDH sobre pueblos indígenas”. Em *El caso Lhaka Honhat vs. Argentina y las tendencias de su interamericanización*. Editado por Eduardo FERRER MAC-GREGOR, Mariela MORALES ANTONIAZZI e Rogelio FLORES PANTOJA. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2021.
- CLÉRICO, Laura. “El matrimonio igualitario y los principios constitucionales estructurantes de igualdad y/o autonomía”. Em *Matrimônio igualitario en la Argentina. Perspectivas sociales, políticas y jurídicas*. Editado por Laura CLÉRICO e Martín ALDAO. Buenos Aires: Eudeba, 2010.
- CRENSHAW, Kimberlé. “Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero”, *Revista Estudos Feministas*, tradução de Liane Schneider 10, n.º 1 (2002).
- FISS, Owen M. “Groups and the Equal Protection Clause”, *Philosophy & Public Affairs* 5, n.º 2 (1976): 107-177.
- FISS, Owen M. “La acumulación de desventajas”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 44 (2021): 95-129.
- FRASER, Nancy. “Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da Justiça numa era ‘pós-socialista’”, *Revista Cadernos de campo*, tradução de Júlio Assis Simões, São Paulo, n.º 14/15 (2006).

- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. “Tabela 5917 (População, por sexo)”. <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/5917#/n1/all/n6/all/v/606/p/all/c2/all/l/v,c2,t+p/resultado>. Acesso em 11 jul. 2023.
- LEAL, Mônia Clarissa HENNIG e Winfried BRUGGER. “Os direitos fundamentais nas modernas Constituições: uma abordagem comparativa entre o constitucionalismo alemão e brasileiro a partir da teoria dos status de Jellinek”, *Revista do Direito (Santa Cruz do Sul)* 28 (2007): 7-27.
- POST, Robert C., K. Anthony APPIAH, Judith BUTLER, Thomas C. GREY e Reva B. SIEGEL, *Prejudicial Appearances: The Logic of American Antidiscrimination Law*. Durham: Duke University Press, 2003.
- SABA, Roberto. *Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué le debe el Estado a los grupos desaventajados?* Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2016.
- SAGÜES, María Sofia. “Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico”. Em *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs em la jurisprudencia interamericana: El caso Lagos Del Campo y los nuevos desafíos*. Editado por Eduardo F. MAC-GREGOR, Mariela M. ANTONIAZZI e Rogelio F. PANTOJA. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018. p. 129-178.
- SARMENTO, Daniel. “A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação ‘De Facto’, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa”. Em *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Editado por Daniel SARMENTO. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.
- VARGAS, Eliziane Fardin de e Mônia Clarissa HENNIG LEAL. “O Direito à igualdade e não-discriminação das mulheres na política: a decisão da ADI 5.617/DF e a doutrina das categorias suspeitas”, *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais* 22, n.º 2 (2022): 85-114.

Legislação e Jurisprudência

- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.946*. Relator Min. Sydney SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 3/4/2003, Brasília, 2003.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.617*. Relator Min. Edson FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 15/3/2018, Brasília, 2018.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54*. Relator Min. Marco AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/4/2012, Brasília, 2012.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário nº 670.422*. Relator Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 15/8/2018, Brasília, 2018.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário nº 1.058.333*. Relator Min. Luiz FUX, Tribunal Pleno, julgado em 21/11/2018, Brasília, 2018.

Maria Thereza de Assis Moura* (Brasil)
Daniel Marchionatti Barbosa** (Brasil)
Marcelo Costenaro Cavali*** (Brasil)
Carl Olav Smith**** (Brasil)

El rol de los jueces y las juezas en la preservación del Estado de derecho y la democracia*****

RESUMEN

Las jóvenes democracias de América Latina han enfrentado difíciles y complejos desafíos en los últimos tiempos: inestabilidad institucional y regímenes dictatoriales, marcados por el autoritarismo, la ausencia de elecciones democráticas, graves violaciones de los derechos humanos y el sometimiento de los poderes legislativo y judicial a la discrecionalidad del ejecutivo. En este contexto, la intervención altiva del poder judicial es fundamental. Como se demostrará en este artículo, afortunadamente, mediante su trabajo valiente y riguroso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha servido como una valiosa guía y protectora de los derechos fundamentales y la independencia judicial en nuestra región.

Palabras clave: Estado de derecho; derechos humanos; independencia judicial.

* Ministra presidente de la Corte Superior de Justicia de Brasil; profesora de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo (USP). mtmoura@usp.br. Orcid: [0000-0003-2885-0608](https://orcid.org/0000-0003-2885-0608).

** Doctor en Derecho (USP) y máster en Derecho (UFRS). Secretario general del Consejo de Justicia Federal y juez federal. Orcid: [0000-0002-2200-9570](https://orcid.org/0000-0002-2200-9570).

*** Doctor en Derecho (USP). Profesor de la Facultad de Derecho de la Fundación Getúlio Vargas-SP; magistrado auxiliar de la Corte Superior de Justicia de Brasil y juez federal. Orcid: [0000-0002-8633-0371](https://orcid.org/0000-0002-8633-0371).

**** Máster en Derecho (IDP). Secretario general de la Corte Superior de Justicia de Brasil y juez de Derecho. Orcid: [0000-0003-1000-3224](https://orcid.org/0000-0003-1000-3224).

***** Texto adaptado del discurso de apertura del año judicial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

The role of judges in the preservation of the rule of law and democracy

ABSTRACT

Young democracies in Latin America have faced difficult and complex challenges in recent times: institutional instability and dictatorial regimes, marked by authoritarianism, the absence of democratic elections, serious human rights violations, and the subordination of the legislative and judicial powers to the discretion of the executive branch. In this context, the bold intervention of the judiciary is crucial. Fortunately, as this article will demonstrate, through its courageous and rigorous work, the Inter-American Court of Human Rights has served as a valuable guide and protector of fundamental rights and judicial independence in our region.

Keywords: Rule of law; human rights; judicial independence.

Die Rolle der Richterinnen und Richter bei der Erhaltung des Rechtsstaats und der Demokratie

ZUSAMMENFASSUNG

In der jüngsten Zeit stehen die jungen Demokratien Lateinamerikas vor den schwierigen, komplexen Herausforderungen, die von institutioneller Instabilität und diktatorischen Regimen ausgehen, deren Merkmale Autoritarismus, die Abwesenheit demokratischer Wahlen, schwere Menschenrechtsverletzungen und die Unterwerfung von gesetzgebender und rechtsprechender Gewalt unter die Willkür der Exekutive sind. In diesem Zusammenhang kommt dem beherzten Eingreifen der Justiz eine entscheidende Bedeutung zu. Wie in diesem Beitrag dargelegt wird, wirkte der Interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte dank seiner mutigen, rigurosen Arbeit glücklicherweise als wertvolle Orientierung und Hüter der Grundrechte und der Unabhängigkeit der Justiz in unserer Region.

Schlüsselwörter: Rechtsstaat; Menschenrechte; Unabhängigkeit der Justiz

Introducción

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) siempre ha sido protagonista en el difícil camino hacia la consagración y preservación de los derechos más fundamentales de las personas, reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) o Pacto de San José de Costa Rica.

Es preciso decir que es un gran honor escribir sobre “el rol de los jueces y las juezas en la preservación del Estado de derecho y la democracia”, pues el tema no puede ser más actual. Y es que, en efecto, asistimos a una preocupante proliferación de amenazas y ataques a las instituciones democráticas en todo el mundo; en algunos casos, a través de actos violentos y criminales, incluso en aquellas democracias que han servido de inspiración, ejemplo y modelo durante siglos.

Sociedades cada vez más desiguales y polarizadas se han convertido en terreno fértil para líderes políticos que ofrecen respuestas fáciles a problemas complejos, en muchos casos por vías excepcionales y contrarias a la construcción de consensos, que es la base de la democracia contemporánea.

Este escenario general también está presente en los países de América Latina y el Caribe, que además enfrentan importantes desafíos económicos y sociales, como la desigualdad y la pobreza, relacionados con un pasado colonial y una larga historia de marginación y opresión de amplios sectores de la sociedad.

En los últimos años, los países de la región han sido testigos de manifestaciones y movilizaciones. Motivados por una variedad de temas, se volvieron contra la falta de respuesta de los gobiernos a las necesidades de la población, la desigualdad económica, la corrupción y la violencia.

El escenario actual, común a varios países de la región, es, por tanto, bastante complejo y desafiante para el mantenimiento del Estado de derecho con sistemas judiciales independientes, indispensables, a su vez, para garantizar la democracia y la protección de los derechos y las libertades fundamentales.

1. Rasgos comunes a América Latina y el Caribe

Algunos aspectos históricos e institucionales compartidos entre los países de América Latina y el Caribe nos han traído hasta este momento.

El principal es, quizás, el hecho de que casi todos los países de la región han atravesado épocas de conflictos internos, inestabilidad institucional y regímenes dictatoriales, marcados por el autoritarismo, la falta de elecciones democráticas, graves violaciones de los derechos humanos y el sometimiento de los poderes legislativo y judicial a la discreción del ejecutivo.

La democracia, el Estado democrático de derecho y la separación de poderes, de hecho, son relativamente recientes para varios países de la región.

Otro punto importante que nos une: por regla general, nuestras constituciones son directivas e incluyen amplias promesas programáticas dirigidas a sus ciudadanos. Es común que establezcan deberes positivos para el Estado, a fin de reducir la desigualdad económica y promover la justicia social, incluyendo el acceso a la educación, a la salud, al trabajo, a la vivienda y a los medios necesarios de subsistencia.

1.1. El contexto del poder judicial en América Latina y el Caribe

El necesario cumplimiento de las disposiciones constitucionales rectoras implica tener, en América Latina y el Caribe, Estados ejecutores de políticas públicas, lo que convierte al poder judicial en un escenario importante para las disputas sobre la forma y alcance de las actividades realizadas por los demás poderes.

También es necesario reconocer que evoluciones que antes tomaban décadas, en países eminentemente rurales y conservadores, hoy ocurren en mucho menos tiempo, en sociedades cada vez más urbanizadas, con mayores niveles de escolaridad y acceso a la información.

Las estructuras políticas e institucionales no siempre se adaptan a estas nuevas realidades al ritmo adecuado o necesario.

No es raro, por tanto, que el poder judicial se vea incitado a resolver controversias que involucran temas relevantes y sensibles, como el matrimonio entre personas del mismo sexo, el aborto y la legalización del consumo de drogas, incluso antes de que el legislativo o el ejecutivo hayan tenido la oportunidad (o las condiciones) de tomar una posición.¹

Otro aspecto para considerar con relación al papel del poder judicial en el contexto actual de la región está vinculado a la lucha contra la corrupción, que, como no podía ser de otra manera, requiere de la participación de jueces y juezas.

En este contexto, el resultado de la acción judicial, aun dentro de los estrictos límites de la norma constitucional, puede frustrar a una parte de la población o generar fricciones entre el poder judicial y los demás poderes.

2. El rol del poder judicial en este contexto

Y, en este escenario nebuloso, ¿cuál es el rol más relevante del poder judicial?

La naturaleza del régimen de gobierno adoptado en cada país determina el papel de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial en la sociedad.

Las democracias modernas, además de la participación popular en el proceso político y de toma de decisiones que caracteriza a la democracia formal, presuponen ciertos valores, tales como la separación *de poderes*, la *independencia del poder judicial* y el respeto por el Estado *de derecho* y por los derechos *humanos*, todos ellos inherentes a la democracia sustancial.²

Por lo tanto, además de ser un poder estatal encargado de aplicar la ley y decidir los casos con justicia y equidad, el Poder Judicial, en las democracias modernas como las de América Latina y el Caribe, debe actuar para proteger la Constitución y cada uno de los aspectos inherentes a la democracia.

Debe, por tanto, concretar y reafirmar constantemente el Estado de derecho. Para ello, es necesario que la Constitución y las leyes sean reconocidas como instrumentos

¹ Sobre este aspecto de la función judicial, véase César Landa, “Los derechos fundamentales de los grupos vulnerables en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *La América de los derechos*, coord. por Pablo Santolaya Machetti, e Isabel Wences Simon (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016).

² Véase, sobre el poder judicial y su rol en las democracias, Aharon Barak, *The judge in a democracy* (Princeton: Princeton University Press, 2006), 1-88.

normativos de obligado cumplimiento por parte de los jueces en el ejercicio cotidiano de sus funciones.

El poder judicial ejerce otra función imperativa para el mantenimiento de nuestras jóvenes democracias, a saber: la protección y promoción de los derechos humanos.

Esto implica un deber de cuidado con los casos de violaciones, así como un deber de interpretación de las leyes y de control del ejercicio de las demás facultades, siempre con miras a la protección de los derechos humanos, incluidos los derechos de los grupos vulnerables, como las personas con discapacidad, las minorías étnicas, los migrantes, entre otros.

2.1. Requisitos para la actuación del poder judicial en democracia

El rol del poder judicial en la defensa del Estado de derecho y la democracia presupone un elemento fundamental: la independencia judicial.

En las democracias, cada uno de los poderes del Estado debe ser autónomo e independiente para llevar a cabo sus principales atribuciones. No debe haber jerarquía entre ellos.

Por otra parte, el control sobre posibles desviaciones o abusos es un requisito previo para el mantenimiento de las libertades individuales.

Por tanto, los sistemas democráticos exigen que la autoridad última sobre la legalidad de los actos de los demás poderes sea ejercida por el poder judicial. Se trata de controles y contrapesos esenciales para la preservación del Estado de derecho. La necesidad de garantizar la independencia judicial se extiende a la propia Corte IDH que, cuando se ha visto amenazada, ha tenido el valor y la fuerza de resistir los estallidos autoritarios.³

Es la independencia judicial la que habilita al poder judicial para interpretar y aplicar las leyes dictadas por el poder legislativo y para revisar los actos administrativos del poder ejecutivo. En este sentido, asegura el propio Estado de derecho. Es también un elemento esencial para la legitimidad de los actos del poder judicial ante la sociedad. Al fin y al cabo, existe una relación directa entre la forma en que la sociedad percibe la independencia del Poder Judicial y la legitimidad del propio poder ante los ciudadanos.

No es casualidad que los Estados presentes en el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito, realizado en 1985, formularan una serie de

³ Véase, sobre el intento de amedrentar a la Corte por parte del régimen dictatorial peruano de Fujimori, Antônio Augusto Cançado Trindade, "A Corte Interamericana de Direitos Humanos: um testemunho para a história", en *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos: interface com o direito constitucional contemporâneo*, coord. por Márcio Luís Oliveira, xxviii-xxxii (Belo Horizonte: Del Rey, 2007).

principios básicos, con el propósito de auxiliar a los Estados miembros de la ONU en su tarea de garantizar y promover la independencia del poder judicial.

Es común que parte de la población de nuestra región entienda la independencia judicial desde la figura del juez, como si el acto de juzgar con criterios eminentemente técnicos fuera una virtud personal digna de elogio o un acto de valentía.

Sin embargo, sabemos que en realidad es un deber intrínseco a la función, que solo puede cumplirse si se aseguran garantías institucionales que la protejan de influencias ajenas al derecho y al proceso judicial. De ahí la importancia de la estabilidad, la seguridad financiera, la imposibilidad de ser removido del cargo injustificadamente, la responsabilidad civil condicionada al dolo o la mala fe, y la no responsabilidad funcional por actos típicamente judiciales para los jueces de América Latina y el Caribe.

Sin independencia, el poder judicial tendría las manos atadas en sus acciones contramayoritarias, muchas veces necesarias, encaminadas a la protección de los derechos humanos y la implementación de políticas públicas para la protección de las minorías y las personas vulnerables. Muchos quedarían privados de sus derechos, como si no los tuvieran: ciudadanos invisibles, al margen de la sociedad y de la protección del Estado. Una democracia incompleta.

En sociedades marcadas por un flujo cada vez más intenso de información y desinformación, también es fundamental que los jueces logren explicar, con la máxima transparencia, el sentido y contenido de sus decisiones. Esto será particularmente importante en aquellos casos en que las sentencias no sean las más adherentes a los deseos de la mayoría circunstancial o al sentido común.

La independencia judicial en la región también se fortalecerá en la medida en que las decisiones de los jueces sirvan al propósito de afirmar los derechos humanos y, por lo tanto, promover una *polis* que ofrezca mejores condiciones de vida para todos, respete la diversidad y promueva un régimen político en el que las fuerzas democráticas puedan manifestarse con la mayor libertad posible.

3. El rol de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en este contexto

¿Y cuál es el rol de la Corte Interamericana en este contexto? La Corte tiene un papel crucial en el camino hacia la afirmación de los derechos humanos y, en consecuencia, de la democracia. Sus decisiones nos ofrecen pautas y parámetros para mejorar nuestras realidades y superar las páginas tristes de nuestra historia.

Solo a modo ilustrativo, se pueden destacar las decisiones de la Corte Interamericana en el sentido de que la detención en flagrancia debe ser decidida de inmediato, así como de que debe existir un control judicial periódico de la detención para garantizar los derechos humanos de los detenidos. Decisiones en este sentido provocaron un cambio relevante en la práctica procesal penal en Brasil, inicialmente en

la vía judicial y administrativa y, posteriormente, a través de la reforma legislativa, con el fin de hacer obligatoria la comparecencia del reo ante la autoridad judicial en un plazo máximo de veinticuatro horas, contadas desde el momento de la prisión.

Otras decisiones notables de la Corte IDH tuvieron consecuencias muy importantes, como ocurrió en los siguientes episodios que involucran a Brasil.

En el Caso Barbosa de Souza, se responsabilizó a Brasil por discriminación en el acceso a la justicia, por no investigar y juzgar con perspectiva de género, por utilizar estereotipos negativos con relación a la víctima y por la aplicación indebida de la inmunidad parlamentaria. El tema fue luego, y como consecuencia de la decisión de la Corte Interamericana, abordado por el Consejo Nacional de Justicia de Brasil, que elaboró un “Protocolo de juicio con perspectiva de género” en 2021. Este documento reconoce la influencia de las desigualdades históricas, sociales, culturales y políticas a las que están sujetas las mujeres, y busca crear una cultura jurídica de emancipación.⁴

En el Caso Favela Nova Brasilia,⁵ que se refiere a la ausencia y las fallas en las investigaciones sobre ejecuciones sumarias, torturas y actos de violencia sexual perpetrados por agentes del Estado contra la comunidad de la favela Nova Brasilia, la Corte Interamericana impuso medidas de reparación y de no reiteración, tales como la obligación de investigar y sancionar a los responsables, la atención médica y psicológica a las víctimas y la creación de políticas públicas específicas, como la instalación de un sistema numérico para monitorear las acciones policiales.⁶

Desde un punto de vista práctico, la sentencia del caso resultó en la determinación del Poder Judicial de Brasil en el sentido de que el estado de Río de Janeiro debía elaborar un plan para reducir la letalidad policial y controlar las violaciones de los derechos humanos. También se dispuso la creación de un grupo de trabajo sobre Policía Ciudadana en el Observatorio de Derechos Humanos existente en el Consejo Nacional de Justicia.

En el Caso Ximenes Lopes,⁷ la Corte reconoció la crueldad del tratamiento psiquiátrico ofrecido en la atención vinculada al Sistema Único de Salud de Brasil y

⁴ Corte IDH, Caso Barbosa de Souza y otros vs. Brasil, Sentencia de 7 de septiembre de 2021, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 435. http://cor-teidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_esp.pdf.

⁵ Véase Raquel dos Santos Almeida y Luiza Deschamps Cavalcanti Moreira, “Favela Nova Brasilia vs. Brasil (2017): a primeira condenação do Brasil pela CIDH por violência policial”, en *Direitos humanos na prática interamericana: o Brasil nos casos da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos*, ed. por Siddharta Legale y Luís Claudio Martins de Araújo (Río de Janeiro: Lumen Juris, 2019), 183-198.

⁶ Corte IDH, Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil, Sentencia de 16 de febrero de 2017, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 333. https://www.cor-teidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_esp.pdf.

⁷ Sobre este caso, véase Nadine Borges, *Damião Ximenes: primeira condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos* (Río de Janeiro: Revan, 2009); Siddharta Legale, *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional: exposição e*

determinó la creación de un programa de formación y capacitación de profesionales de la salud mental, con el consiguiente cambio legislativo en Brasil.⁸

En la reciente decisión en el Caso Sales Pimenta, la Corte Interamericana reconoció el contexto de violencia e impunidad relacionado con la lucha por la tierra en Brasil, afirmó el derecho a la verdad y a la integridad física e impuso medidas de no repetición, como la elaboración de un protocolo para investigar los delitos cometidos contra defensores de derechos humanos, además de revisar y adecuar los mecanismos existentes, en particular el Programa para la Protección de Defensores de Derechos Humanos, Comunicadores y Ambientalistas, a nivel federal y estatal.⁹

Para terminar, en el Caso Pueblo Indígena Xucuru,¹⁰ la Corte Interamericana condenó al Estado brasileño por la demora en reconocer, vía administrativa, la demarcación de tierras y territorios ancestrales indígenas, y determinó que el Estado debía adoptar medidas legislativas y administrativas para efectuar la remoción de intrusiones, garantizando a la comunidad la posibilidad de vivir de acuerdo con su modo de vida tradicional.¹¹

Cierre

El poder judicial tiene el deber de velar por el Estado de derecho y la democracia, reafirmando la potestad normativa de la Constitución y las leyes, además de actuar diligentemente para proteger los derechos humanos, y las garantías y los derechos de la persona. La importancia de adoptar un rol activo se enfatiza en el trabajo

análise crítica dos principais casos, 2.ª ed. (Río de Janeiro: Lumen Juris, 2020), 335-343; Gustavo Deppe, “Ximenes Lopes vs. Brasil (2006-2010): a primeira condenação do país na Corte IDH”, en *Direitos humanos na prática interamericana: o Brasil nos casos da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos*, ed. por Siddharta Legale y Luís Claudio Martins de Araújo (Río de Janeiro: Lumen Juris, 2019), 101-106; Cássia Maria Rosato y Ludmila Cerqueira Correia, “Caso Damião Ximenes Lopes: mudanças e desafios após a primeira condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos* 8, n.º 15 (2011): 93-115.

⁸ Corte IDH, Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C, No. 149. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_esp.pdf.

⁹ Corte IDH, Caso Sales Pimenta vs. Brasil, Sentencia de 30 de junio de 2022, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 454. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_454_esp.pdf.

¹⁰ Véase Pablo Ronaldo Gadea, “Povo Indígena Xucuru vs. Brasil (2016)”, en *Direitos humanos na prática interamericana: o Brasil nos casos da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos*, ed. por Siddharta Legale y Luís Claudio Martins de Araújo (Río de Janeiro: Lumen Juris, 2019), 169-174; César Augusto Carra, “Reflexão dialética acerca do caso n. 12.728 – Povo Indígena Xucuru”, *Revista da AGU* 16, n.º 2 (2017): 87-104.

¹¹ Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil, Sentencia de 5 de febrero de 2018, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 346. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_esp.pdf.

cotidiano, mediante la aplicación de las normas internacionales y el control de la convencionalidad de las leyes nacionales.

Nunca está de más recordar que al adherirse al sistema interamericano de protección de los derechos humanos, el Estado se compromete con el estándar regional de derechos humanos consagrado en su marco normativo. Se trata de una obligación internacional de respetabilidad y realización de las necesarias adaptaciones de su aparato normativo en relación con las normas internacionales en materia de derechos humanos. Es lo que emana de los artículos primero y segundo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Más aún, los Estados parte de la Convención se comprometen a cumplir las decisiones emitidas por la Corte Interamericana en los casos en que comparezcan como partes en una demanda internacional (art. 68.1 de la CADH).

Por tanto, la Corte Interamericana tiene un papel fundamental en esta misión primordial de divulgar, proteger y promover los derechos humanos en nuestra región, además de brindar medidas de reparación a las víctimas de violaciones, actuando cuando fallan los sistemas judiciales nacionales.

A los jueces de la región nos corresponde mejorar la cultura de control de convencionalidad, ya que el desconocimiento del marco jurisprudencial de la Corte Interamericana contribuye a perpetuar las violaciones, debilitando sustancialmente nuestras democracias.

Por lo tanto, los jueces latinoamericanos deben reafirmar constantemente el compromiso con la defensa de la ciudadanía y los derechos humanos, buscando fortalecer las democracias de la región y haciendo realidad la proclamación del artículo primero de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Como tuvo oportunidad de manifestar el juez interamericano Cançado Trindade, “los avances y retrocesos son lamentablemente característicos de la triste condición de la naturaleza humana, que nos debe incitar a seguir luchando hasta el final. Lo importante es la lucha incesante por la prevalencia de la ley”.¹²

Bibliografía

ALMEIDA, Raquel dos Santos y Luiza DESCHAMPS CAVALCANTI MOREIRA. “Favela Nova Brasília vs. Brasil (2017): a primeira condenação do Brasil pela CIDH por violência policial”. En *Direitos humanos na prática interamericana: o Brasil nos casos da Comissão e da Corte interamericana de Direitos Humanos*. Editado por Siddharta LEGALE y Luís Claudio MARTINS DE ARAÚJO, 183-198. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

¹² Antonio Augusto Cançado Trindade, “Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI”, en *Desafios do direito internacional contemporâneo*, ed. por A. P. Cachapuz Medeiros (Brasília: Funag, 2007), 409.

- BARAK, Aharon. *The judge in a democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2006.
- BORGES, Nadine. *Damião Ximenes: primeira condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Revan, 2009.
- CARRA, César Augusto. “Reflexão dialética acerca do caso n. 12.728 – Povo Indígena Xucuru”. *Revista da AGU* 16, n.º 2 (2017): 87-104.
- DEPPE, Gustavo. “Ximenes Lopes vs. Brasil (2006-2010): a primeira condenação do país na Corte IDH”. En *Direitos humanos na prática interamericana: o Brasil nos casos da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Editado por Siddharta LEGALE y Luís Claudio MARTINS DE ARAÚJO, 101-106. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- GADEA, Pablo Ronaldo. “Povo Indígena Xucuru vs. Brasil (2016)”. En *Direitos humanos na prática interamericana: o Brasil nos casos da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Editado por Siddharta LEGALE y Luís Claudio MARTINS DE ARAÚJO, 169-174. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- LANDA, César. “Los derechos fundamentales de los grupos vulnerables en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En *La América de los derechos*. Coordinado por Pablo SANTOLAYA MACHETTI e Isabel WENCES SIMON. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016.
- LEGALE, Siddharta. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional: exposição e análise crítica dos principais casos*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- ROSATO, Cássia Maria y Ludmila CERQUEIRA CORREIA. “Caso Damião Ximenes Lopes: mudanças e desafios após a primeira condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”. *Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos* 8, n.º 15 (2011): 93-115.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. “A Corte Interamericana de Direitos Humanos: um testemunho para a história”. En *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: interface com o direito constitucional contemporâneo*. Coordinado por Márcio Luís Oliveira, xxviii-xxxii. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. “Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI”. En *Desafios do direito internacional contemporâneo*. Editado por Antônio Paulo Cachapuz Medeiros. Brasília: Funag, 2007.

Jurisprudencia

- CORTE IDH. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C, No. 149. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_esp.pdf.
- CORTE IDH. Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil, Sentencia de 16 de febrero de 2017, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 333. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_esp.pdf.

- CORTE IDH. Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil, Sentencia de 5 de febrero de 2018, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Série C, No. 346. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_esp.pdf.
- CORTE IDH. Caso Barbosa de Souza y otros vs. Brasil, Sentencia de 7 de septiembre de 2021, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 435. http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_esp.pdf.
- CORTE IDH. Caso Sales Pimenta vs. Brasil, Sentencia de 30 de junio de 2022, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 454. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_454_esp.pdf.

Rolando Wotzbelí Zúñiga González* (Guatemala)

La argumentación jurídica en las decisiones judiciales penales en casos de desobediencia civil. Un estudio jurídico a propósito de Guatemala

RESUMEN

En una democracia constitucional, la desobediencia civil es una práctica que permite a las minorías expresar su desacuerdo con la concepción de lo justo que se ha convertido en derecho positivo. Sin embargo, supone una infracción que, en principio, conlleva la adopción de una respuesta punitiva. En este trabajo se sostiene que no en todos los casos debería sancionarse a los responsables de actos de desobediencia civil y que, a partir de la teoría de la argumentación jurídica, es posible justificar una respuesta no sancionatoria para algunos de estos actos. En constituciones como la guatemalteca, la desobediencia civil puede encontrar cobertura como legítima resistencia, lo que, finalmente, permitiría justificar jurídicamente ciertas conductas desobedientes, sin que ello implique una renuncia a la pretensión normativa del derecho de regular la conducta humana en una sociedad bien ordenada.

Palabras clave: desobediencia civil; argumentación jurídica; democracia constitucional.

Legal argumentation in criminal court decisions in civil disobedience cases. A legal study concerning Guatemala

ABSTRACT

In a constitutional democracy, civil disobedience is a practice that allows minorities to express their disagreement with the conception of what is just that has become positive law. However, it involves an infringement that, in principle, entails the adoption of a punitive response. This research argues that persons responsible for

* Abogado y notario, profesor titular de Filosofía del Derecho en la Universidad Rafael Landívar, Campus de Quetzaltenango. Maestro en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante. rzuniga@padelza.com. Orcid: <https://orcid.org/0009-0002-8952-3379>.

acts of civil disobedience should not be punished in every case and that, based on the theory of legal argumentation, it is possible to justify a non-punitive response to some of these acts. In constitutions such as Guatemala's, civil disobedience can fall under legitimate resistance, which, ultimately, would allow legally justifying certain disobedient conducts, without implying a relinquishment of the law's normative intent of regulating human conduct in a well-ordered society.

Keywords: Civil disobedience; legal argumentation; constitutional democracy.

Die juristische Argumentation bei Strafverfahren in Fällen zivilen Ungehorsams: eine Rechtsstudie zu Guatemala

ZUSAMMENFASSUNG

In einer konstitutionellen Demokratie ist der zivile Ungehorsam eine Praxis, die es Minderheiten ermöglicht, ihre Ablehnung einer Gerechtigkeitskonzeption zum Ausdruck zu bringen, die sich im positiven Recht niedergeschlagen hat. Sie stellt gleichwohl eine Zuwiderhandlung dar, die grundsätzlich zum Verhängen einer Strafmaßnahme führt. Im vorliegenden Beitrag wird die Auffassung vertreten, dass die Verantwortlichen von Akten zivilen Ungehorsams nicht in jedem Fall zu belangen sind und dass es auf der Grundlage der Theorie der juristischen Argumentation möglich ist, in einigen Fällen eine nicht sanktionierende Antwort zu vertreten. In Verfassungen wie der guatemalteken kann der zivile Ungehorsam als legitimer Widerstand eingestuft werden, wodurch letztendlich bestimmte gegen den Gehorsam verstoßende Verhaltensweisen juristisch gerechtfertigt werden könnten, ohne dass damit ein Verzicht auf den normativen Anspruch des Rechts, die menschlichen Verhaltensweisen in einer wohl geordneten Gesellschaft zu regeln, verbunden wäre.

Schlüsselwörter: ziviler Ungehorsam; juristische Argumentation; konstitutionelle Demokratie.

Introducción

La respuesta que el sistema de justicia proporciona en casos de desobediencia civil se ha convertido, en los últimos años, en una auténtica piedra de toque para medir el grado de madurez de una democracia constitucional. Este tipo de casos evidencian hasta qué punto la autoridad está dispuesta a permitir que los ciudadanos puedan cuestionar, por sí mismos, la validez de los mandatos contenidos en los materiales que conforman el derecho positivo. Lo característico de este tipo de actos es que el cuestionamiento que plantean se funda en un juicio de carácter moral, y se traduce en una abierta infracción de los imperativos jurídicos vigentes. En este trabajo se sostiene que un Estado constitucional debe permitir que, en algunos casos, los actos de desobediencia reciban las sanciones más bajas que contempla un ordenamiento jurídico o, en su caso, quedar libres de la intervención punitiva del Estado. De

esta manera, se pretende demostrar que las herramientas que ofrece la teoría de la argumentación jurídica son medios útiles para justificar decisiones judiciales que proporcionen una respuesta jurídicamente válida para los casos de desobediencia civil: esto es, instrumentos que permitan elaborar una resolución que sea coherente con los valores constitucionales, y que resulte capaz de aceptar que, en determinadas circunstancias, el deber de obediencia a la ley debe ceder frente a otro tipo de razones.

Para lograr este objetivo, el trabajo se estructura en cuatro partes: en la primera, se realiza un esfuerzo de esclarecimiento conceptual en torno al significado de la desobediencia civil, a partir de las teorías de tres filósofos políticos: Rawls, Arendt y Habermas (1); en la segunda, se profundiza acerca de los fundamentos éticos y políticos de la desobediencia civil, para luego establecer si se trata de una práctica valiosa en una democracia constitucional (2); en un tercer momento, se plantea cuál es el rol que deben cumplir los tribunales de justicia en un Estado constitucional frente a la práctica de actos de desobediencia civil (3); finalmente, se demuestra la manera en que la teoría de la argumentación jurídica es una herramienta valiosa en la justificación de decisiones judiciales penales en materia de desobediencia civil (4). Todo ello, a partir del estudio de los materiales jurídicos vigentes en el Estado de Guatemala.

1. La desobediencia civil

La expresión “desobediencia civil” es, sin duda, problemática: lo es, primero, porque generalmente se usa para referirse a diferentes categorías de actos que pueden guardar muy poca relación entre sí (es decir que adolece de vaguedad, tanto intensional –porque no somos conscientes de cuáles son las propiedades definitorias de esta expresión– como extensional –ya que en muchas ocasiones podríamos no saber si cabría calificar un caso concreto como ejemplo de desobediencia civil); y, segundo, porque se trata de una expresión que suele utilizarse rodeada de una fuerte carga emotiva (positiva o negativa). Por esta razón, es esencial partir de una clarificación del concepto al que se alude cuando se sostiene que un acto puede ser calificado, o no, como expresión de desobediencia civil. En este esfuerzo analítico por esclarecer el concepto de desobediencia civil y sus fundamentos, serán importantes las reflexiones que en torno a este problema han realizado tres importantes pensadores políticos: Rawls, Arendt y Habermas.¹ Luego de explicitar las notas definitorias de

¹ En este trabajo se sigue la postura de varios pensadores que (a excepción de Arendt) conciben la desobediencia civil como una forma de resistencia estabilizadora del orden constitucional. Existen otras interpretaciones de la desobediencia civil (como aquella más radical, que la considera una práctica constituyente). Sin embargo, esta última postura presenta algunas dificultades teóricas, que motivan a preferir la teoría rawlsiana (seguida también por Habermas y Dworkin) como un modelo con un enorme potencial para explicar el rol que cumpliría la desobediencia civil en una democracia constitucional como la guatemalteca (tal

la desobediencia civil será posible analizar la importancia que tienen estos actos de desobediencia en el Estado constitucional.

Rawls propone una definición de desobediencia civil que, a estas alturas, pocos desconocen. Por esta razón, resulta aconsejable partir de la tesis rawlsiana, que sostiene que la desobediencia civil es “un acto público, no violento, consciente y político, contrario a la ley, cometido habitualmente con el propósito de ocasionar un cambio en la ley o en los programas del gobierno”.² La definición de Rawls está compuesta por diversos elementos que requieren, a su vez, una explicación más detenida.

El carácter público del acto de desobediencia civil se refiere, sobre todo, a la forma en que se comete la conducta, y no tanto a los principios que con ella se cuestionan. Esto último, aun cuando tales principios sean también de carácter público. En otras palabras, la actuación desobediente tiene carácter público porque se da a conocer a todos, no es un proceder encubierto o secreto. De hecho, la desobediencia es pública, porque es la expresión de una convicción política profunda y consciente, que no puede tener más lugar que el foro público.³ Es importante resaltar que estos actos no podrían llevarse a cabo de otra manera, en tanto que los reclamos que expresan los desobedientes solamente se traducirán en los cambios que demandan por la vía de la expresión abierta del carácter injusto de la ley frente a los demás ciudadanos. Por ello, en palabras de Arendt,⁴ “existe toda la diferencia del mundo entre el delincuente que evita la mirada pública y el desobediente civil que desafía abiertamente la ley”. En general, el carácter público es uno de los rasgos más característicos de este tipo de actos, y por esta misma razón es que suele asociarse a la desobediencia civil como causa de otros fenómenos criminales.⁵

como se verá en el desarrollo de este trabajo). Para una discusión en relación con ello, véase Francesco Biondo, “Desobediencia civil y participación política. Algunas cuestiones abiertas que se plantean en las democracias constitucionales (y la teoría del derecho)”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 38, (2015): 215-236. https://doi.org/10.14198/DOXA2015_38.o8.

² John Rawls, *Teoría de la justicia*, trad. por María Dolores González (México: Fondo de Cultura Económica, 2012), 329.

³ Rawls, *Teoría de la justicia*, 331.

⁴ Hannah Arendt, *Crisis de la República*, trad. por Guillermo Solana (Madrid: Trotta, 2015), 59.

⁵ Aunque, como bien sostiene Arendt en *Crisis de la República* (58), los orígenes de la desobediencia civil son distintos de los de la delincuencia ordinaria: mientras que la primera es expresión de una significativa pérdida de autoridad de la ley (que ya no es vista por los desobedientes como la expresión de un mandato legítimo que deban obedecer), la segunda es, más bien, consecuencia de la erosión del poder y de la ineficacia de la policía para perseguirla. Aun así, lo importante es que el acto de desobediencia debe traducirse en una infracción legal pública (esto es, cometida flagrantemente ante los demás ciudadanos): el solo acto de dejar de pagar un tributo que se considera injusto, por ejemplo, difícilmente podría encajar con un acto de esta naturaleza, porque pagar o no pagar este tipo de contribuciones es una conducta que no se lleva a cabo a la vista de los demás ciudadanos (sino mediante declaraciones privadas que se presentan a las oficinas de recaudación tributaria). Por ello, tendría que infringirse otro tipo de precepto en un escenario público para que se pudiera hablar de desobediencia

Más problemático resulta el carácter no violento que se suele atribuir a la desobediencia civil. Rawls lo explica así:

La desobediencia civil] expresa la desobediencia a la ley dentro de los límites de la fidelidad a la ley, aunque está en el límite externo de la misma. Se viola la ley, pero la fidelidad a la ley queda expresada por la naturaleza pública y no violenta del acto, por la voluntad de aceptar las consecuencias legales de la propia conducta. Esta fidelidad a la ley ayuda a probar a la mayoría que el acto es políticamente consciente y sincero, y que va dirigido al sentido de la justicia de la colectividad.⁶

La propuesta rawlsiana no resulta del todo clara, puesto que, si los actos de desobediencia persiguen provocar cambios,⁷ y los medios que para ello se utilizan suelen ser drásticos, todavía queda espacio para cuestionar si la conducta del desobediente civil realmente expresa una actitud de fidelidad a la ley.⁸ Según Rawls, la fidelidad a la ley se hace patente en la disposición que muestra el desobediente al castigo que la ley prevé para los actos que realiza. Habermas comparte esta postura, puesto que sostiene que la desobediencia civil requiere la disposición para admitir las consecuencias que acarrea la violación de la norma jurídica.⁹

Si bien Arendt afirma que el carácter no violento de los actos de desobediencia es lo que distingue la actuación del desobediente de la de un revolucionario (este último rechaza el marco de la autoridad establecida y niega toda legitimidad al sistema jurídico), añade que ambos (desobediente y revolucionario) comparten el deseo de cambiar el mundo.¹⁰ En todo caso, esta filósofa problematiza la postura tradicional que sostiene que el desobediente siempre debe aceptar ser castigado por la infracción

civil. Esto supone que la inconformidad con la norma tributaria, en todo caso, daría lugar a un acto de desobediencia más bien indirecta. Cosa distinta es el caso de quien deja de pagar tributos como objeto de conciencia. Sobre la diferencia entre esta figura y la desobediencia civil se tratará más adelante.

⁶ Rawls, *Teoría de la justicia*, 331.

⁷ En el entendido de que, según la definición de Rawls en *Teoría de la justicia* (330), por medio de la desobediencia a la ley puede perseguirse la modificación de la propia ley que se desobedece (sería un supuesto de desobediencia directa), u otra ley o programa de gobierno (en un caso de desobediencia, más bien, indirecta).

⁸ Arendt (*Crisis de la República*, 61) propone, por su parte, las protestas de Gandhi como ejemplo de desobediencia civil, y se cuestiona si realmente los manifestantes en ese contexto aceptaban el marco de autoridad establecida por el sistema colonial británico en la India, así como se interroga por el respeto que sus actos evidenciaron hacia la legitimidad general del sistema de leyes imperante en la sociedad en que vivían.

⁹ Jürgen Habermas, *Ensayos políticos*, trad. por Ramón García Cotarelo (Barcelona: Península, 2002), 56. Según este filósofo, el acto de desobediencia civil incluye el propósito de violar una o varias normas jurídicas en concreto, mas no el de poner en cuestión el deber de obediencia al ordenamiento jurídico en su conjunto.

¹⁰ Arendt, *Crisis de la República*, 58.

legal implícita en su conducta: según explica, en democracias constitucionales que han incorporado a su derecho positivo conceptos con contenido moral, que impulsan (y, en cierta medida, obligan) al desobediente a infringir la ley como quien al hacerlo ejerce un derecho, se origina un “no siempre feliz matrimonio teórico, de la moralidad y [...] la legalidad, de la conciencia y [...] la ley”.¹¹

Más complicado puede ser para algunos aceptar que la desobediencia civil tenga por propósito el cambio, pero solamente mediante una apelación al sentido de justicia de la colectividad (de la mayoría). Esto, porque ello supone, sin duda, cuestionar la propia eficacia del acto de desobediencia ya que, en ocasiones, los destinatarios del acto (en principio, los demás ciudadanos) podrían permanecer indiferentes o apáticos, más allá de permitir que los desobedientes protesten.¹² Así, el fin transformador que persigue el proceder de los desobedientes se vería frustrado, porque sería incapaz de encauzar correctamente la aspiración que ellos tienen de que su actuación sea una forma de expresión ciudadana legítima, que contribuya a conformar la voluntad política: en el sentido de que sus intereses sean tenidos en cuenta en la suma de intereses que calificamos como interés general.¹³

Es importante distinguir la desobediencia civil de otro tipo de infracciones a la ley que suelen producirse en contextos similares (es decir, en circunstancias en las que la concepción de justicia de la mayoría –que es la que ha quedado plasmada en la ley– no es compartida por una minoría). Este es el caso de la objeción de conciencia, respecto de la cual Rawls afirma que “consiste en desobedecer un mandato

¹¹ Arendt, *Crisis de la República*, 44. Este sería el caso de los Estados Unidos de Norteamérica, pero también de Guatemala: para notarlo, basta dar lectura al artículo 45 de su Constitución Política, que reconoce un derecho de legítima resistencia del pueblo “para la protección y defensa de los derechos y garantías consignados en la Constitución.” Lo que quepa interpretar por legítima resistencia, y si dentro de este concepto cabe incluir la desobediencia civil, es un problema distinto, del que este trabajo se ocupará más adelante; pero, lo indudable es que en el propio contenido de esta disposición constitucional se concibe la posibilidad de desobedecer a la autoridad como un derecho de los habitantes de la República, con lo que la afirmación de Arendt no deja de ser acertada.

¹² Biondo, “Desobediencia civil y participación política”, 220.

¹³ La teoría de la desobediencia civil rawlsiana como una apelación al sentido de justicia de la colectividad se explica en el hecho de que su tesis está concebida para “una sociedad casi justa, una sociedad bien ordenada en su mayor parte, pero en la que, no obstante, ocurren graves violaciones de la justicia”, tal como sostiene el propio Rawls en *Teoría de la justicia*, 328. Lo anterior, sin duda, supondría una democracia constitucional sensible a los reclamos que formulan las minorías a partir de su particular concepción de lo que es justo frente a la de la mayoría. Sin embargo, es bastante notorio que algunas democracias latinoamericanas (en particular, la guatemalteca) distan todavía de alcanzar este grado de madurez: por ello, sin duda, esperar a que el acto de desobediencia produzca el cambio que persigue, por el solo hecho de que las autoridades y el resto de ciudadanos atiendan a la concepción de lo justo de quienes desobedecen, parece difícil. Lo usual en un contexto como el guatemalteco será, más bien, observar la desobediencia y, después, permanecer indiferentes. En todo caso, habrá que considerar que el acto de desobediencia, con la infracción legal que supone, será un llamado de atención más efectivo que la mera protesta pacífica.

legislativo más o menos directo, o una orden administrativa”.¹⁴ Por esta razón, este filósofo considera que: a) aunque quien rechaza una orden por motivos de conciencia lo hace en forma pública (es decir, no lo oculta), no apela a las convicciones que la comunidad tiene acerca de lo que es justo: en este sentido, el rechazo no consiste en una actuación ante el foro público; y b) el rechazo de conciencia no se basa necesariamente en principios políticos, ya que puede fundarse también en razones morales de carácter más bien personal, como serían las convicciones religiosas o de otra índole.

Esto nos lleva a una última nota característica de los actos de desobediencia civil (no explicitada en la definición rawlsiana) y que consiste en que dichos actos son expresiones de grupos, y no manifestaciones individuales. Arendt asevera que, por ello, no cabe confundirlo con figuras como la del objetor de conciencia o el sujeto que prueba la constitucionalidad de una ley, porque el desobediente solo puede funcionar como miembro de un grupo (de lo contrario, sería visto únicamente como un excéntrico, incapaz de protestar con seriedad en contra, incluso, de las convicciones de la mayoría acerca de lo que es justo). Por esta razón, el grupo de desobedientes, según Arendt, está conformado por minorías organizadas unidas por una opinión común, y por la decisión de adoptar una postura en contra de la política del Gobierno, aunque tengan razón para suponer que semejante política goza del apoyo de una mayoría. En suma, su acción proviene de un acuerdo entre ellos, y es este acuerdo lo que “presta crédito y convicción a su opinión, sea cual fuere la forma en que lo hayan alcanzado”.¹⁵

Ahora bien, si la desobediencia civil comprende actos de infracción legal llevados a cabo en forma pública por un grupo de personas con el objeto de lograr un cambio en las leyes o programas de gobierno que consideran injustos, habrá que aceptar que en esto último radica su carácter controvertido: si bien plantea un cuestionamiento serio para la validez de algunos preceptos legales, lo hace sin desconocer el sistema jurídico estructurado a partir de la propia Constitución (como lo haría el revolucionario), sino dentro del marco establecido en ella. En todo caso, esta conducta demanda una respuesta para la delicada interrogante acerca de la validez de los imperativos jurídicos contrarios a una determinada concepción de la justicia. Pero ¿por qué habría de tener alguna importancia este tipo de crítica de los ciudadanos hacia las leyes? ¿En qué sentido su obrar debería resultar problemático? ¿Por qué no simplemente sancionar a los infractores como a los delinquentes comunes? Sin duda, a la cuestión de la desobediencia civil subyacen razones valiosas que hacen deseable proteger este tipo de prácticas. Esto obliga a realizar algunas consideraciones acerca del fundamento de la desobediencia civil en un Estado constitucional.

¹⁴ Rawls, *Teoría de la justicia*, 333.

¹⁵ Arendt, *Crisis de la República*, 46-47.

2. Legalidad y legitimidad

La desobediencia civil cumple su cometido en el contexto de un Estado constitucional en el que se admite la posibilidad de que algunos grupos mantengan concepciones acerca de lo justo que se separen de la concepción que se ha convertido en una ley promulgada por los órganos representativos.¹⁶ Esto implica que los ciudadanos puedan cuestionar la validez de las leyes, no solamente atendiendo a criterios puramente formales (como serían, por ejemplo, la competencia de la autoridad que emite la norma o el procedimiento que se ha seguido para su adopción), sino también a su conformidad material con los valores que componen el sustrato axiológico reconocido en la propia Constitución (en su parte dogmática).

Al menos dos notas características del Estado constitucional permiten explicar que los actos de desobediencia civil cobren tanta importancia: a) el primero, que existe una preeminencia justificativa de la dimensión valorativa que reconoce la Constitución, por encima de la dimensión constitutiva que ella misma crea, esto es, los diseños institucionales para la acción política y jurídica que la Constitución estructura en su parte orgánica existen para asegurar la realización de fines constitucionalmente valiosos (que se traducen en exigencias de moral política positivizadas bajo la forma de los derechos fundamentales) reconocidos en la parte dogmática, los cuales se aceptan, incluso, como anteriores a la propia Constitución;¹⁷ b) el segundo, que el marco valorativo que dota de sentido a ese diseño institucional aparece explicitado en los textos constitucionales mediante conceptos con un alto grado de abstracción, por lo que cabe que los ciudadanos razonablemente disientan acerca de lo que ellos exigen en cada caso concreto.¹⁸

Habrá que convenir que, de ordinario, las diferentes concepciones acerca de la conformidad de las leyes con los valores constitucionales darán lugar a discusiones en el foro público que, en determinadas circunstancias, podrían conducir a litigios acerca de su constitucionalidad ante los tribunales de justicia. Sin embargo, cuando incluso las acciones ante, por ejemplo, el Tribunal Constitucional han resultado

¹⁶ En los regímenes extremadamente injustos, que resultan incompatibles con el paradigma del Estado constitucional, los cambios que reclaman las minorías no pueden canalizarse exitosamente por medio de actos de desobediencia que, con toda seguridad, serían fuertemente reprimidos y no alcanzarían a producir un cambio por las vías jurídicas existentes. En este caso, la alternativa sería la revolución (esto es, el cambio radical hacia un nuevo sistema político y jurídico que permita la construcción de un orden social justo).

¹⁷ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. por Perfecto Andrés Ibáñez et al. (Madrid: Trotta, 1997), 854; Josep Aguiló, "Sobre la constitución del Estado constitucional", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 24 (2001): 449. <https://doi.org/10.14198/DOXA2001.24.16>.

¹⁸ Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos* (Barcelona: Ariel, 1996), 8-9. Acerca de la necesidad de la interpretación y el disenso en este tipo de conceptos, véase Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia*, trad. por C. Ferrari (Barcelona: Gedisa, 2012), 45.

infructuosas, la desobediencia civil se presenta como la última alternativa de los ciudadanos para hacer escuchar sus voces frente a lo que consideran una ley injusta.¹⁹

Es importante precisar con mayor rigor esta idea: si se admite que, en el Estado constitucional, la validez de las normas jurídicas depende de su conformidad con ciertas exigencias de orden moral, esto vincula inescindiblemente el deber de lealtad al derecho con consideraciones acerca de aquello que el pleno respeto y garantía de los derechos fundamentales exigen de las autoridades. Aun así, se debe reconocer que tal postulado no ha sido óbice para que, en muchos casos, la injusticia se convierta en ley. Precisamente, la desconfianza frente a este tipo de circunstancias es la que explica la importancia de la desobediencia civil en una sociedad democrática; y es la que, finalmente, ha hecho incorporar en el texto de constituciones formales disposiciones como la prevista en el artículo 45 de la Constitución Política de la República de Guatemala, que en su formulación lingüística enuncia: “Es legítima la resistencia del pueblo para la protección y defensa de los derechos y garantías consignados en la Constitución”.

Habermas, expresa esta idea con singular claridad:

La posibilidad de una desobediencia civil justificada solamente puede darse a los ojos del sujeto a partir de la circunstancia de que las normas legales de un Estado democrático de derecho pueden ser ilegítimas; e ilegítimas no solo según las pautas de alguna moral privada, de un privilegio o de un acceso privilegiado a la verdad. Lo determinante son exclusivamente los principios morales evidentes para todos los que el Estado constitucional moderno fundamenta su esperanza de que los ciudadanos lo acepten libremente. No se trata del caso extremo de un orden injusto, sino de un caso normal que se producirá siempre ya que la realización de los más ambiciosos fundamentos constitucionales de contenido universalista es un proceso a largo plazo que no discurre históricamente de modo rectilíneo, sino que se caracteriza por errores, resistencia y derrotas.²⁰

¹⁹ En relación con esto, Rawls, en *Teoría de la justicia* (335-337), afirma que la desobediencia civil, para poder estar justificada, tendría que cumplir tres condiciones: a) limitarse a casos clara y gravemente injustos; b) que no hayan servido los medios legales de reparación, es decir, que los desobedientes hayan realizado llamados a la mayoría política de buena fe y estos hayan fracasado; c) que se lleve a cabo sin producir un rompimiento del respeto a la ley y a la Constitución (del orden constitucional, cabría decir) con consecuencias lamentables para todos. Es importante, de nuevo, tener en cuenta que la teoría rawlsiana está concebida para explicar los actos de desobediencia en sociedades con un alto grado de orden y justicia, lo cual evidencia la necesidad de satisfacer estas exigencias. En otros contextos, me parece que podrían estar justificados actos de desobediencia que no lleguen a reunir algunos de estos estándares (sobre todo, el relativo a acudir previamente a los medios legales, en el entendido de que en muchos casos no se cuente con alguno que realmente sea efectivo).

²⁰ Habermas, *Ensayos políticos*, 60.

La posibilidad de cuestionar la validez de los imperativos legales con base en los criterios de moralidad política sobre los cuales se estructura el orden social (esto es, sostener que tales leyes son ilegítimas) es, precisamente, el rasgo más característico del constitucionalismo de los derechos.²¹ De hecho, una comprensión fuerte acerca de lo que son los derechos fundamentales y de lo que exigen a la comunidad política no puede desconocer que una consecuencia de asumir tales derechos es la existencia de actos como los de desobediencia civil.²² Esto, porque en el Estado constitucional la determinación de aquello que el derecho demanda de cada uno solo puede fundarse en la aceptabilidad racional del mandato de la autoridad, pues únicamente de esta manera resultaría ser un mandato que se condice con la idea de dignidad humana. Por esta razón, el derecho se convierte en una práctica argumentativa (y no meramente autoritativa), en cuya conformación los ciudadanos participan activamente, tanto por medio de la discusión pública como en los litigios ante los tribunales de justicia.²³ Sin embargo, en casos extremos, debe aceptarse que el deber de obediencia al derecho, fundado como está en principios morales de carácter prepolítico reconocidos en la Constitución, puede dar lugar a escenarios en los que la determinación de las exigencias jurídicas no conduzca a una respuesta satisfactoria (desde una determinada concepción de lo que es justo) para ciertos grupos, aun cuando ya hubieran acudido a los tribunales de justicia. En este último caso, el recurso a la desobediencia es una consecuencia del propio modelo de Estado constitucional.

²¹ La tesis subyacente es que los mandatos de la autoridad legítima son vinculantes para los demás, porque expresan una ley que cualquier ser de razón sería capaz de aceptar, esto es, la idea kantiana de autonomía, en el sentido de que la dignidad del ser humano, como ser dotado de razón, conduce a considerarlo en el terreno moral como legislador en un reino de fines que solo es posible por la libertad de la voluntad. Al respecto, véase Immanuel Kant, *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, trad. por Roberto Rodríguez Aramayo (Madrid: Alianza, 2002), 54. Este es el ideal ilustrado de una humanidad que alcanza la mayoría de edad, y que es capaz de razonar libremente acerca de su propio destino común. Al menos, así sería como lo expresaría Kant en Immanuel Kant, *¿Qué es la Ilustración? Y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia* (Madrid: Alianza, 2004), 86. En este orden de ideas, el deber de obediencia al derecho no se funda en la mera coacción, sino que es un deber de orden moral (acá estaría implícita la tesis de la unidad de la razón práctica). La deuda de Habermas con la tesis kantiana puede apreciarse en la cita del párrafo precedente, donde sostiene que el Estado constitucional moderno se sustenta en principios morales evidentes sobre los cuales fundamenta su esperanza de que los ciudadanos los acepten libremente (y no por temor a la pena). Esto no puede ser de otra manera, si se considera al Estado constitucional como una comunidad política cuyo fundamento antropológico-cultural se encuentra en la dignidad humana, y cuya estructura organizativa es la democracia pluralista. En relación con este último punto, véase Peter Häberle, “La Constitución como cultura”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 6 (2002): 178. <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/50595>.

²² Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, trad. por Marta Guastavino (Barcelona: Ariel, 1989), 318. En sentido similar al acá sostenido, véase Javier de Lucas, “Una consecuencia de la tesis de los derechos: la desobediencia civil según R. Dworkin”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2 (1985): 202. <https://doi.org/10.14198/DOXA1985.2.13>.

²³ Dworkin, *El imperio de la justicia*, 23.

3. Los tribunales de justicia y la desobediencia civil

Si bien en un Estado constitucional los ciudadanos determinan mediante una práctica argumentativa el contenido de los derechos fundamentales (de las exigencias mínimas de justicia) que configuran los límites de actuación para las autoridades públicas (y que esto, según he indicado, condiciona el contenido válido de las leyes), también es cierto que existen razones, fundadas en la seguridad jurídica y la libertad de los habitantes de la República, para no reconocer a nadie un derecho a quebrantar las leyes, aun por razones de conciencia.²⁴ Los tribunales tendrían, entonces, el deber de sancionar la conducta de los desobedientes; quienes, por otra parte, estarían dispuestos a recibir la sanción (como parte de su aceptación de actuar dentro del sistema jurídico: es importante recordar que el acto de desobediencia funda su eficacia en el carácter injusto de la pena que los responsables recibirán ante los demás ciudadanos por su conducta ilegal). No obstante, la propia función que están llamados a cumplir los tribunales de justicia en el Estado constitucional podría justificar, en algunos casos, otro tipo de respuestas.²⁵

Habermas afirma, con gran acierto, que no cabe aspirar a legalizar la desobediencia civil, por cuanto ello supondría su normalización, con la consiguiente pérdida del fundamento moral de la protesta y del impacto que genera como reclamo. Por ello, el obrar del desobediente “tiene que moverse en el umbral incierto entre legalidad y legitimidad. Solamente en este caso se hace manifiesto que el Estado democrático de derecho, con sus principios de legitimación constitucional, trasciende a todas las configuraciones de su manifestación jurídico-positiva”.²⁶ Sin embargo, eso no significa que los tribunales queden condicionados a sancionar siempre a los desobedientes como consecuencia del carácter problemático que presenta la condición jurídica de la conducta que han realizado. Rawls explica:

Los tribunales deberían tener en cuenta la naturaleza cívicamente desobediente del acto del que protesta, y el hecho de que sea justificable (o al menos lo parezca) mediante los principios políticos subyacentes en la constitución, y por estos motivos reduzcan o, en ciertos casos, suspendan [*sic*] la sanción jurídica. Pero puede ocurrir lo contrario cuando no se dan las circunstancias adecuadas. Hemos de reconocer entonces que la desobediencia civil justificable normalmente es un medio razonable y eficaz de disentir sólo en una sociedad regulada en grado considerable por un sentido de la justicia.²⁷

²⁴ Dworkin, *Los derechos en serio*, 316; Habermas, *Ensayos políticos*, 57.

²⁵ Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, *El Federalista* (México: Fondo de Cultura Económica, 2006), 502.

²⁶ Habermas, *Ensayos políticos*, 63.

²⁷ Rawls, *Teoría de la justicia*, 347.

Dworkin propone una solución en esa misma línea: no en todos los casos los tribunales deberían emitir condenas, puesto que en algunas circunstancias existen razones muy válidas para absolver: aun cuando se respalde la constitucionalidad de las leyes.²⁸ Su respuesta se estructura en dos niveles: a) si el acto de desobediencia se ha llevado a cabo antes de que exista un pronunciamiento judicial acerca de la constitucionalidad de la ley, estaría justificada la absolución de los implicados con base en el carácter dudoso del contenido prohibido de la conducta que los desobedientes han exteriorizado; y b) si, por el contrario, ya se ha determinado que la ley infringida se encuentra conforme con la Constitución, entonces procederá que los tribunales impongan en sentencia penas mínimas o suspendan su ejecución, como muestra de respeto hacia la posición del que discrepa.²⁹

Las posturas finales que adopta Dworkin se fundan en la responsabilidad que tienen los operadores jurídicos (fiscales y jueces) de equilibrar, en este tipo de casos, su deber de mitigar el riesgo que las condenas podrían significar para la sociedad (después de todo, en alguna medida las autoridades deben mostrarse comprensivas con las razones cívicas que tienen los desobedientes para actuar como lo han hecho), con la necesidad de evitar el daño que sufriría la seguridad pública al dejar de deducir responsabilidades jurídicas para los implicados en los actos de infracción a la ley.³⁰ La tesis dworkiniana es acertada porque, como se pondrá en evidencia, la solución justa para este tipo de casos no puede encontrarse sin que el juez entre a considerar las razones subyacentes a las normas que aparecen comprometidas con ocasión de la conducta de los desobedientes, lo cual reclama, ante todo, un pronunciamiento judicial que sea proporcional a la entidad de los valores que aparecen en juego. La cuestión medular radicaría, entonces, en establecer qué factores deberían los jueces tener en cuenta para resolver casos de esta naturaleza. Esclarecer este punto permitirá, finalmente, esbozar algunas conclusiones acerca de la motivación correcta de una resolución judicial dictada en casos de desobediencia civil.

4. La justificación judicial en casos de desobediencia civil

Hasta acá se ha dicho que el juez del Estado constitucional debe mostrarse sensible ante los motivos de justicia que mueven a quienes han llevado a cabo actos de desobediencia civil; y que, por tal razón, habrá de considerar con seriedad la respuesta que debe darse a partir del sistema jurídico para este tipo de casos. Este trabajo se centrará en la manera en que ha de resolverse un caso de desobediencia civil que

²⁸ Dworkin, *Los derechos en serio*, 324.

²⁹ Dworkin, *Los derechos en serio*, 324-325.

³⁰ Dworkin, *Los derechos en serio*, 319.

supone el quebrantamiento de la ley penal.³¹ Esto, por tratarse de los casos paradigmáticos de desobediencia civil. La propuesta es que el juez debe respetar el carácter valioso de la práctica desobediente y emitir pronunciamientos sancionatorios atenuados en contra de los implicados en este tipo de actos o, en algunos casos, un pronunciamiento absolutorio en su favor. Sin embargo, mostrar las razones que harían viable que el juez impusiera o no una sanción penal a los desobedientes se traduce en un ejercicio argumentativo. La cuestión es: ¿cómo ejecutar esa empresa argumentativa para llevarla a buen término?³² A continuación se trazarán algunas pautas para una buena respuesta a esta pregunta.

La posición del juez en el Estado constitucional presupone una actuación judicial independiente, es decir, capaz de resolver los conflictos jurídicos aplicando el derecho al caso concreto, por las razones que el derecho suministra. La noción de independencia es, por esta razón, el criterio que dota de legitimidad al juez, puesto que, si lo que la comunidad política pretende es darse una Constitución que limite el poder de las autoridades en aras de respetar los derechos de los ciudadanos, es esencial contar con tribunales que estén llamados a ser garantes de esos derechos. La única forma posible de hacerlo es contar con jueces que no representen los intereses de un grupo de la población (aunque fuera la mayoría), sino que estén vinculados únicamente al derecho. Así, dentro de los deberes internos a la función jurisdiccional se encontraría el deber de aplicar el derecho.³³ Una resolución judicial, entonces,

³¹ Es claro que los actos de desobediencia civil podrían suponer la violación de normas jurídicas, que no necesariamente tienen que prever una sanción penal como consecuencia para sus infractores (al menos, teóricamente es posible que sea así, según lo analizado en el acápite 1.2). Sin embargo, habrá que considerar: i) que, por lo regular, los actos de desobediencia se producen en escenarios en los que el derecho positivo alcanza un grado importante de injusticia. Generalmente, este tipo de escenarios de injusticia conllevan el uso de la coacción penal en contra de los grupos afectados que se ven obligados a desobedecer (porque la represión penal es la medida más grave con que cuenta el Estado para someter a aquellos que disienten de la concepción de justicia que se ha convertido en derecho positivo); y ii) por otra parte, la necesidad de que la conducta desobediente se traduzca en una violación a la ley realizada en forma pública (como medida que llame la atención de los demás ciudadanos a efectos de motivarlos para modificar el derecho vigente) supone que, en su mayoría, los actos de desobediencia civil lleven como consecuencia jurídica la imposición de una pena para sus responsables. En otras palabras, si lo que se pretende es mostrar a los demás ciudadanos que una ley es injusta, será más efectivo el reclamo si se evidencia la injusticia en aquel escenario en que puede resultar más dramática: en la sanción penal incura de que son objeto los miembros de la minoría que desobedece. Por esa razón, este trabajo se centra únicamente en la represión penal de las conductas desobedientes (y no en otras dimensiones que podría tener, si se considera que pueden infringirse normas cuyas consecuencias bien podrían acarrear sanciones de naturaleza no penal).

³² Juan Antonio García Amado, “Retórica, argumentación y derecho”, *Isegoría* 21, (1999): 136. <https://doi.org/10.3989/isegoria.1999.i21.80>.

³³ Josep Aguiló, “Aplicación del derecho, independencia e imparcialidad”, *NEJ* 17, n.º 2 (2012): 162. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/34967/1/2012_Aguilo_NEJ.pdf.

comienza por la selección de los materiales jurídicos a partir de los cuales el juez está llamado a construir la mejor respuesta al problema jurídico planteado.³⁴

La desobediencia civil, según se ha sostenido, es una práctica valiosa dentro de un Estado constitucional: lo es porque permite canalizar la inconformidad de los ciudadanos hacia una ley o programa de gobierno, que ellos estiman incorrectos a partir de principios morales de carácter público y justificados conforme a la razón.³⁵ Este tipo de actos son la única alternativa que tienen algunos grupos (las minorías cuya concepción de la justicia no logra convertirse en derecho positivo) para evidenciar la injusticia de las decisiones adoptadas por parte de las autoridades, en especial, cuando suponen una violación de sus derechos fundamentales.³⁶

También se ha afirmado que la Constitución Política de la República de Guatemala sí que reconoce la posibilidad de desobedecer las órdenes de la autoridad, en el caso de que estas resulten ilegítimas (por ser injustas, en tanto supongan violaciones de los derechos fundamentales reconocidos en la propia Constitución). Lo anterior se desprende del texto de la disposición establecida en el artículo 45 constitucional, que prevé la existencia de un derecho de legítima resistencia del

³⁴ Una teoría interpretativa como la que Dworkin propone en *El imperio de la justicia* (57) resulta útil para comprender lo que acá se sostiene; determinar lo que el derecho exige para solucionar cada caso no es algo que pueda reducirse a una mera labor de descubrimiento de significados preexistentes en los textos de los materiales autoritativos que conforman el derecho positivo, pero, sin duda, es desde acá que se debe comenzar. Se trataría de la etapa preinterpretativa de la tesis dworkiniana. En esta etapa se identifican las reglas y normas que proporcionan el contenido provisorio de la práctica que será objeto de interpretación, y que todavía deberá ser reconstruida por el intérprete en etapas posteriores, a efectos de encontrar cuál es la mejor expresión de esa práctica a la luz de los valores que la dotan de sentido.

³⁵ Es importante recordar que cuando se afirma que los desobedientes estiman incorrecta la ley o, programas de gobierno a partir de principios morales, se trata de principios de carácter público: es decir que no forman parte de las convicciones morales personales de cada cual, sino que se trata de principios que subyacen a la Constitución y que se han incorporado al orden jurídico precisamente por vía constitucional.

³⁶ Cabrá concluir que son la única alternativa de acción, al menos si se considera lo siguiente: i) la protesta pacífica podría no ser suficiente para evidenciar ante los demás el carácter injusto de la ley, ya que, en muchos casos, el resultado de protestar será la indiferencia del resto de ciudadanos, que no serán capaces de ver la injusticia del acto de autoridad en toda su gravedad; ii) cuestionar la constitucionalidad de la ley no siempre asegurará que los tribunales de justicia acogerán el requerimiento de la minoría agraviada (porque lo justo siempre es debatible, y los órganos jurisdiccionales pueden estimar que la concepción de lo justo que se ha convertido en derecho positivo no resulta violatoria de ningún derecho de la minoría –aun cuando esta última siga sosteniendo que principios morales de carácter público y racionalmente justificados exigen una forma de actuación distinta de la que se ha convertido en ley); y iii) la revolución armada no sería una alternativa al alcance del desobediente, que (con independencia de las dificultades que tendría como parte de una minoría para emprender actos revolucionarios de este tipo) acepta todavía que la comunidad política de la que forma parte es mínimamente justa, por lo menos, como para escuchar sus reclamos, aunque sea, en el contexto dramático de verse públicamente sancionado por una ley injusta.

pueblo.³⁷ Aun así, es necesario precisar si dentro del contenido constitucionalmente protegido de este derecho fundamental a la legítima resistencia cabría dar cobertura a actos de desobediencia civil. Esto supone un gran desafío, si se considera que en la práctica forense de Guatemala nunca se ha considerado violado tal derecho y, por esa razón, no existe claridad acerca de cuál es su contenido constitucionalmente protegido.

La interpretación de la Constitución invita al intérprete a realizar un esfuerzo de concreción de los preceptos excesivamente abstractos que aparecen contenidos en ella: este ejercicio supondrá una opción valorativa, en la que debe tenerse en cuenta que se parte de una posición en la que no puede atenderse únicamente el texto literal de la Constitución formal, pero tampoco significa un abandono a la dimensión puramente subjetiva de los valores personales del juez.³⁸ Dworkin sostiene que, si bien una determinada concepción de la moralidad política resulta indispensable para interpretar correctamente la Constitución, ello no significa que sus normas puedan ser vistas únicamente como si expresaran un juicio moral particular de los jueces, sino que toda interpretación debe ser consistente con el diseño estructural de aquella como un todo, y también con las interpretaciones formuladas por otros jueces.³⁹

En este orden de ideas, la coherencia normativa es fundamental en las decisiones en que debe aplicarse la Constitución: si bien es posible atribuir distintos significados a una misma disposición suya (debido, sobre todo, a la generalidad de sus preceptos), también lo es que no cualquier interpretación será coherente con el plexo axiológico de la misma considerada como un todo armónico. Acá, lo que cabría cuestionar es, en todo caso, cuál resulta ser la mejor interpretación que cabría dar al artículo 45 de la Constitución Política de la República de Guatemala. Esto sería tanto como preguntarse cuál es la interpretación que mejor expresa lo que la Constitución guatemalteca debe ser.

La práctica jurisdiccional de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala no ha seguido una línea clara en lo que respecta a la interpretación del citado artículo 45. Esto ha sido así porque su contenido suele ser confundido con otros derechos, en particular, con el derecho de manifestación. Además, como producto de la visión

³⁷ Para el caso de Alemania, Habermas (2002, 54-62) explica que el derecho de resistencia contemplado en el artículo 20, 4 de la Ley Fundamental no permitiría dar cobertura a la desobediencia civil bajo el derecho de la legítima resistencia; pero que, en todo caso, diversos dogmáticos han hecho esfuerzos por encuadrarla dentro de interpretaciones radicales del derecho de manifestación y asociación. Este no sería el caso de Guatemala (que contempla, en términos muy abiertos, la posibilidad de ejercer resistencia, lo que bien permitiría dar cabida a actos de desobediencia civil), además de que la propia locución “resistencia a la autoridad” expresa mejor lo que sucede en este tipo de contextos que el mero ejercicio del derecho de manifestar.

³⁸ Laurence Tribe y Michael Dorf, *Interpretando la Constitución*, trad. por Jimena Aliaga Gamarra (Lima: Palestra, 2017), 100.

³⁹ Ronald Dworkin, *El derecho de las libertades: la lectura moral de la Constitución norteamericana* (Lima: Palestra, 2019), 17.

formalista del derecho que todavía impera en el contexto guatemalteco, difícilmente se admitiría (por lo menos, no de manera explícita) alguna posibilidad de infringir la ley y quedar impune. Lo anterior, aun cuando el motivo para desobedecer se funde en la convicción de que la ley viola principios morales racionalmente fundamentados. A guisa de ejemplo, en la sentencia dictada en el Exp. 1210-2010, de 24 de junio de 2010, la Corte rechazó una petición de amparo en la que se pretendía la protección del derecho de resistencia y de manifestación, aduciendo que la autoridad pública (en ese caso, municipal) había actuado en ejercicio de sus competencias de ordenamiento territorial, sin entrar a considerar por qué el acto ciudadano de desacato no era, por sí mismo, legítimo y, por tanto, susceptible de protección constitucional.⁴⁰

En lo que respecta a la confusión que existe con el derecho de manifestación, es importante aclarar que ambas figuras no tienen el mismo ámbito de protección. El derecho de manifestación reconocido en el artículo 33 de la Constitución Política de Guatemala no ofrece cobertura para ningún desacato de los ciudadanos frente a los actos de la autoridad pública (de hecho, es a esto a lo que se refiere la exigencia de que la manifestación sea pacífica, tal como lo requiere el texto constitucional). Por esta razón, no se podría ofrecer protección, mediante el derecho de manifestación contemplado en la Constitución guatemalteca, a quienes decidan acudir al foro público a violar abierta y deliberadamente la ley con el propósito de atraer hacia sí las miradas de los ciudadanos ante la injusticia que supondría la existencia de una determinada norma positiva. Si bien ambos derechos fundamentales (la protesta pacífica contemplada como derecho de manifestación y la desobediencia civil bajo la figura de la legítima resistencia) apelan a las convicciones acerca de lo justo que tienen todos los ciudadanos, y basan su efectividad en ese llamado de conciencia, no tienen el mismo ámbito de protección. Para algunos será suficiente, para reivindicar

⁴⁰ El problema jurídico que se resolvía en esa sentencia tuvo su origen en un conflicto entre la autoridad municipal y un grupo de trabajadores del sector privado que se rehusaba a abandonar la Plaza de la Constitución (como forma de responder frente a la ilicitud del despido que su empleadora había llevado a cabo). La decisión de la Corte al denegar el amparo parece haber sido la correcta, pero la motivación para justificar la resolución habría podido ser más clara, y optar por denegar la protección constitucional en atención a que no se trataba de un tipo de resistencia cuyo sustento radicara en principios de justicia racionalmente fundamentados que se invocaran en contra del cumplimiento de una medida de observancia obligatoria adoptada por las autoridades públicas (este sería el tipo de conducta que configura el contenido constitucionalmente protegido del derecho de legítima resistencia previsto en el precitado artículo 45, en el que sería viable dar cobertura tanto a la protección de la desobediencia civil como a la objeción de conciencia: aunque, en el caso de esta última, resulta más sencillo adscribirla como derivada de la libertad de pensamiento y de culto, a efectos de dejar adscrita al artículo 45 solamente la desobediencia por razones cívicas). Para otra sentencia que presenta deficiencias en la motivación por esta misma razón (es decir, por limitarse a sostener que la autoridad ha cumplido con sus competencias al emitir la orden que incumplen los ciudadanos, sin aclarar por qué la resistencia de estos últimos no resulta legítima) puede consultarse el fallo dictado por la propia Corte de Constitucionalidad en el Exp. 181-98.

sus demandas, organizar una protesta pacífica en la que no se viole imperativo jurídico alguno; pero, cuando la injusticia del derecho positivo supera cierto umbral, la necesidad de desobedecer el derecho para mostrar su iniquidad parece ser un cauce de acción más efectivo para la minoría inconforme.

En todo caso, aun cuando la propia práctica de interpretación y aplicación judicial de la Constitución no resulte esclarecedora en este punto, es posible reconstruir hermenéuticamente una norma que dote de sentido la disposición contenida en el artículo 45 constitucional. Esta norma debería, en ciertas circunstancias, proteger a quienes desobedecen los imperativos jurídicos vigentes. Lo que es algo a lo que se puede arribar a partir del propio carácter pluralista de la democracia constitucional, ya que no es dable restringir los actos de resistencia legítima solamente a los casos de las órdenes dictadas en usurpación de la autoridad constitucional por parte de un detentador tiránico del poder, sino que debe admitirse también que, incluso en circunstancias ordinarias, los ciudadanos pueden disentir acerca de sus propias concepciones de lo que es justo y, con base en ello, desobedecer el derecho vigente. Más adelante se propondrá un ejemplo hipotético de ello. Lo importante es resaltar que esto último, sin duda, resulta más coherente con el modelo de Estado que se implementa en la Constitución de 1985, puesto que se trataría una interpretación que permite a los ciudadanos cuestionar la legitimidad de los mandatos que emanan de las autoridades, incluso mediante la desobediencia. Lo anterior parece suponer un permiso para desobedecer los imperativos jurídicos sobre causas moralmente justificadas. Sin embargo, habrá que ser cauteloso en este punto, para delimitar correctamente la postura que acá se sostiene.

En este punto es necesario volver a la teoría de la argumentación jurídica. En particular, la teoría de los enunciados jurídicos de Atienza y Ruiz Manero resulta útil para precisar el contenido constitucionalmente protegido de un derecho como la legítima resistencia. Por esta razón, se presentarán algunos elementos de la teoría antes de precisar tal contenido.

Estos iusfilósofos distinguen entre dos tipos de enunciados jurídicos de carácter regulativo: reglas y principios. Ambas categorías se diferencian tanto en su estructura como en la forma en que operan en el razonamiento práctico de los destinatarios de las normas. Desde el punto de vista estructural, los principios configuran el caso que dichos autores relacionan con la solución normativa, en forma abierta; por otra parte, desde la perspectiva funcional, los principios no excluyen la deliberación por parte del órgano jurisdiccional acerca del contenido de la resolución que se va a dictar, sino que constituyen razones para resolver en un determinado sentido, cuya fuerza respecto de otras razones (otros principios) ha de ser ponderada al resolver el caso concreto.⁴¹

⁴¹ Atienza y Ruiz Manero, *Las piezas del derecho*, 6-13.

La vocación de larga duración de las constituciones explica que en su redacción abunden enunciados normativos del tipo de los principios.⁴² Esto es patente en el caso de la legítima resistencia, que aparece reconocida como derecho de los guatemaltecos en un enunciado que adopta la forma de un principio en sentido estricto.⁴³ Por esta razón, llevarlo a la práctica para resolver un caso concreto supondrá necesariamente la deliberación racional del operador jurídico llamado a resolver. En otras palabras, este tipo de disposiciones dará lugar a una forma de razonamiento especial: la ponderación. Interpretar el artículo 45 constitucional (dotarlo de sentido), por tal razón, no será posible sin considerar su carácter abierto, que invita a tener en cuenta la concurrencia de todos los demás principios que condicionan la correcta solución que finalmente vaya a adoptarse.⁴⁴ Ahora, todo esto significa trasladar el problema de las sanciones jurídicas para los desobedientes, hacia la ponderación.

Hasta acá se ha sostenido que en el Estado constitucional cabe aceptar la posibilidad *prima facie* de desobedecer los imperativos jurídicos por motivos fundados en principios morales racionalmente fundamentados.⁴⁵ Asimismo, se ha afirmado que, para determinar la posibilidad o no de sancionar al desobediente, se deberán sopesar los restantes principios que resulten relevantes en el particular caso que se enjuicia. En otras palabras, si bien es constitucionalmente valioso (por las razones expuestas en los acápites 1.3 y 1.4) reconocer a los desobedientes la posibilidad de desobedecer en atención a su propia concepción acerca de lo justo (esto es, a su juicio acerca de si el imperativo jurídico que desobedecen puede ser visto como moralmente justificado), no puede perderse de vista que la violación del derecho positivo en que incurren supone también afectar otros intereses constitucionalmente protegidos, como podrían ser el derecho a la vida o a la integridad personal del resto de ciudadanos. En suma, esto parte de la comprensión de que la norma que los desobedientes infringen tiene su razón de ser en la protección de otros fines constitucionalmente valiosos. En sí mismo, el imperativo jurídico constituye la concreción de otros principios que resultan de una ponderación que han hecho las propias autoridades normativas (principalmente, el legislador).⁴⁶ Así, el acto de

⁴² Juan Ruiz Manero, Manuel Atienza y Josep Aguiló, *Fragmentos para una teoría de la Constitución* (Madrid: Iustel, 2007), 49.

⁴³ Atienza y Ruiz Manero, *Las piezas del derecho*, 10.

⁴⁴ Manuel Atienza y Juan Antonio García Amado, *Un debate sobre la ponderación* (Sucre: Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 2018), 106; José Juan Moreso, *La Constitución: modelo para armar* (Madrid: Marcial Pons, 2009), 45.

⁴⁵ Es importante recordar acá que en el caso de la desobediencia civil, con principios morales racionalmente justificados se apela a principios de carácter público, esto es, que cabe reconducir a principios incorporados al propio sistema jurídico por vía de la Constitución. En otras palabras, el reclamo de los desobedientes se funda en razones de principio que forman parte del sistema jurídico, como sería alegar la violación de un derecho fundamental reconocido en el texto constitucional.

⁴⁶ Ángeles Ródenas, "De los valores a los derechos y una tesis sobre la relevancia moral del discurso jurídico" (conferencia, IVR World Congress, Universidad de Lucerna, Suiza, julio

enjuiciar al desobediente supone confrontar el respeto que el juez debe al carácter cívico⁴⁷ del acto de desobediencia constitucionalmente protegido como expresión de una resistencia legítima, por una parte, con los demás principios constitucionales que se ven comprometidos con el propio acto de infracción legal, por otra (especialmente, los derechos fundamentales de los demás ciudadanos que pudieran verse afectados con este tipo de actos).

En gran cantidad de casos, la protección jurídica que deben proporcionar las autoridades judiciales a los principios subyacentes a las propias leyes infringidas, justificará una respuesta sancionatoria por parte del sistema de justicia. La prevalencia entre unos principios y otros habrá de ser justificada argumentativamente por el tribunal, y para ello resulta muy útil un esquema metodológico como el proporcionado por Alexy,⁴⁸ el cual, si bien no puede dar respuestas con precisión aritmética,⁴⁹ bien puede ofrecer una ruta adecuada para expresar las buenas razones que se tienen para dar prioridad a un principio sobre otro.

No se pretende acá profundizar en el esquema ponderativo, sino únicamente llamar la atención sobre algunos puntos que parecen importantes. En primer lugar, el esquema de la ponderación constituye un instrumento metodológico para determinar la proporcionalidad de las actuaciones que suponen restricciones a derechos fundamentales; y, para ello, se conforma por cuatro componentes: i) el fin adecuado, ii) la conexión racional, iii) los medios necesarios y iv) la relación adecuada entre el beneficio ganado con la realización del fin adecuado y la restricción causada al derecho fundamental (esto último sería el juicio de proporcionalidad en sentido estricto).⁵⁰ En segundo lugar, aplicado a los casos de desobediencia civil, este esquema permite al juez analizar con suficiente rigor la concurrencia de aquellos elementos que permiten calificar al acto de infracción legal como expresión de una motivación cívica legítima (es decir, apreciar si se trata de un acto colectivo y público que responde a una injusticia grave; si se ha recurrido previamente a otras vías legales de reparación; si la conducta ha sido no violenta y motivada por razones morales racionalmente justificadas, y que quepa reconducir a principios incorporados al propio sistema jurídico). Finalmente, a través de la ponderación sería posible justificar la manera en que, en algunos casos, deberá prevalecer el respeto hacia los

de 2019).

⁴⁷ El carácter cívico se evidencia, conviene aclarar, en que el acto de desobediencia está fundado en razones de principio que el propio sistema jurídico ha incorporado por vía de la Constitución. Razones de este tipo serían las denuncias de violación de derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos.

⁴⁸ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. por Ernesto Garzón Valdés (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993), 89.

⁴⁹ Carlos Bernal Pulido, "Estructura y límites de la ponderación", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 26 (2003): 238. <https://doi.org/10.14198/DOXA2007.30.35>.

⁵⁰ Aharon Barak, *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, trad. por Gonzalo Villa Rosas (Lima: Palestra, 2017), 159.

motivos que han tenido los desobedientes para obrar como lo han hecho. Es decir, dará lugar a la posibilidad de eximir de responsabilidad penal a los desobedientes o, en su caso, imponerles una sanción mínima.

En el último paso del esquema de la ponderación (el de la determinación de la proporcionalidad en sentido estricto) será importante tener en consideración: a) que los actos de infracción de normas penales que puedan ser reconducidos directamente a la protección de derechos fundamentales que constituyan blindajes jurídicos para los ciudadanos, fundados en motivos de moralidad política anterior a la organización estatal (como serían los atentados en contra de la vida y la integridad personal de otros individuos, o los daños a la propiedad privada), por lo general darán como resultado reglas de prevalencia entre principios que privilegien la protección de tales derechos por encima del derecho a la resistencia legítima de los desobedientes, lo cual supondrá imponer una sanción a estos últimos (aun cuando podría apreciarse, según el caso, la atenuación de la pena); b) por otra parte, cuando las normas infringidas por los desobedientes protejan objetivos de interés público (aun cuando puedan ser reconducidos a valores sustantivos o institucionales, por ejemplo: asegurar la libre competencia entre agentes económicos en el mercado, la protección del patrimonio histórico o la estabilidad presupuestaria del Estado), el resultado de la ponderación podría favorecer la reducción de la sanción o la eximente de responsabilidad penal para los desobedientes, puesto que se trata, esencialmente, de metas de las mayorías que, en el modelo del constitucionalismo de los derechos, no cabe válidamente privilegiar por encima de los derechos de carácter prepolítico que se fundamentan en la dignidad humana (acá habrá que recordar que una interpretación de lo que exigen tales derechos frente a las autoridades sería la que, finalmente, motivaría la actuación de los desobedientes, y la que justificaría su protección constitucional).⁵¹

El carácter argumentativo de la práctica jurídica queda evidenciado en el modelo de la ponderación, puesto que todos los involucrados en el proceso (tanto las partes como el juez) deberán orientar sus esfuerzos hacia la mejor justificación de una posible sanción para la conducta de los desobedientes, de no existir razones de peso suficiente para hacerlo, aquellos no deberían soportar ningún castigo por la forma como han obrado. Esto no supone, de por sí, erosión alguna de la seguridad jurídica, si se tiene en cuenta que, en el Estado constitucional, la certeza que ofrece el derecho va ligada a la necesidad de respetar la defensa de los justiciables. Es decir,

⁵¹ La concepción de Dworkin, en *Los derechos en serio* (319), de los derechos como cartas de triunfo frente a las decisiones de las mayorías, justifica que, en su teoría, la respuesta judicial para los actos de desobediencia civil sea muy cercana a la que acá se propone: si la desobediencia supone la violación de un principio que reconoce un derecho moral de los individuos a verse libres de ciertos daños, es un argumento a favor de no tolerar este tipo de actos. Sin embargo, cuando se trata de normas que se basan en una supuesta utilidad, como serían las directrices económicas y sociales, la respuesta sancionatoria del sistema de justicia debería ser más moderada.

se trata de una certeza que se construye en armonía con el carácter argumentativo de la práctica jurídica, que busca proteger a los individuos contra la acción arbitraria del Estado, por medio de la posibilidad de cuestionar las pretensiones de las autoridades de aplicar una determinada norma.⁵² En este sentido, dar a los desobedientes la posibilidad de poner en duda, incluso, el propio hecho de que merezcan un castigo por su conducta (en atención a las razones legítimas que han tenido para actuar como lo han hecho) fortalece la seguridad de la propia práctica jurídica (al menos si se entiende que se trata de una seguridad dinámica, que no puede basarse únicamente en fosilizar la interpretación de un determinado precepto normativo, sino que ha de permitir que este vaya adquiriendo su sentido por medio de los múltiples cuestionamientos que vayan planteando los sujetos que pueden resultar afectados con su aplicación).

Finalmente, la ponderación dará como resultado una regla de precedencia entre principios⁵³ que determinará que, dadas ciertas circunstancias genéricas que se presentan en el caso concreto, un principio deberá prevalecer en vez de otro (es decir, se establecerá si debe mantenerse la protección que *prima facie* cabría otorgar a quienes han desobedecido el imperativo jurídico por razones de justicia, o si deben primar los derechos que aparecen comprometidos con la violación del precepto infringido, lo que da lugar, entonces, a imponer una sanción penal para el desobediente). Esto significa mantener la universalidad como criterio para evaluar la corrección de las resoluciones judiciales en casos difíciles,⁵⁴ en el sentido de que, por medio de la propia práctica, los tribunales irán construyendo reglas de precedencia entre principios, las cuales deberán aplicarse en casos cuyas propiedades relevantes sean análogas. De esta manera, en casos futuros será posible predecir con mayor seguridad qué principio precederá al otro en cada litigio que se suscite.⁵⁵

Llegado este punto conviene preguntarse: ¿de qué manera esta perspectiva argumentativa del derecho resultaría útil para construir una mejor resolución en un caso de desobediencia civil? Pues bien, esta perspectiva ofrece varias herramientas para que un juez elabore la mejor respuesta para un asunto de esta índole. Esto por cuanto:

- a) Coloca el acento en el carácter valioso que tienen este tipo de infracciones legales en una sociedad democrática, con lo que evita que se equipare a los

⁵² Neil MacCormick, *Retórica y Estado de derecho: una teoría del razonamiento jurídico*, trad. por José Ángel Gascón Salvador (Lima: Palestra, 2016), 20-21.

⁵³ Ruiz Manero, Atienza y Aguiló, *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, 42.

⁵⁴ MacCormick, *Retórica y Estado de derecho*, 149-150.

⁵⁵ Aun así, la mayor apertura y el grado más alto de indeterminación de los principios, así como el carácter excepcional de los actos de desobediencia civil (que no suelen ser prácticas que se realicen todos los días en una sociedad democrática, como para permitir la consolidación de una nutrida jurisprudencia en torno a ellos), seguiría manteniendo a la desobediencia civil en el limbo entre lo jurídicamente permitido y lo que no lo está, de lo que dependerá, en gran medida, la eficacia de la acción de los desobedientes.

actos de desobediencia civil con actos de delincuencia común, al estimarlos *prima facie* permitidos por el artículo 45 constitucional.

- b) Por otra parte, la determinación del carácter legítimo del acto de resistencia a la ley obligaría al juez a ser cuidadoso al establecer si una determinada infracción legal puede encontrarse bajo la cobertura del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la legítima resistencia. Esto lo impelería a tener en cuenta: i) que, para calificar el acto como expresión de una motivación cívica fundada en razones de justicia, es necesario cuestionarse acerca de si la infracción legal se ha llevado a cabo por un grupo de personas en forma pública, no violenta y haciendo explícitas las razones de justicia que se tienen para cometerla. En cuanto a este último punto, las razones de justicia, a tenor del artículo 45 constitucional, deben coincidir con el contenido de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución (los cuales, en todo caso, representan exigencias de moralidad política que han sido positivizadas con el propósito de asegurar su cumplimiento). Como el contenido de tales derechos suele ser una cuestión controvertida, en aquellos casos en que no hay pronunciamiento de la Corte de Constitucionalidad al respecto cabría otorgar la eximente de responsabilidad en forma completa para los desobedientes. Esto último, siempre que luego de la ponderación correspondiente el acto de desobediencia no suponga una afectación desproporcionada de los derechos del resto de los ciudadanos.⁵⁶ Por otra parte, en el caso de que ya exista un pronunciamiento claro de la Corte de Constitucionalidad acerca del contenido de tal derecho, podría atenuarse la responsabilidad penal en atención a los motivos valiosos que tienen los desobedientes para actuar de la manera en que lo han hecho. ii) Para determinar el alcance de la protección que otorga la Constitución a los desobedientes, según lo ya expuesto, se tienen que tener en cuenta los otros derechos e intereses legítimos que se ven afectados con la conducta ilícita que se ha consumado.
- c) Además, en último término, el juez del ramo penal que conozca de este tipo de procesos puede entrar a considerar todos estos factores como parte del deber que tiene de apreciar la concurrencia de causas de justificación invocadas por la defensa de los imputados. Para ello, el artículo 24, numeral 3 del Código Penal guatemalteco permite invocar como eximente de responsabilidad penal la conducta típica llevada a cabo en el legítimo ejercicio de un derecho. Esta eximente, como toda causa de justificación, aparece enunciada en términos

⁵⁶ En todo caso, no parece aceptable exigirles a los desobedientes acudir siempre en primer lugar al Tribunal Constitucional como condición para llevar a cabo el acto de desobediencia. Más bien, habría que estudiar en cada caso las posibilidades que ellos tuvieron de acudir a la Corte de Constitucionalidad en procura de un pronunciamiento relativo a la inconstitucionalidad de la medida que estiman infractora de sus derechos. Esto porque, en muchas oportunidades, para los desobedientes será virtualmente imposible contar con los recursos que les permitan emprender tales acciones judiciales.

que precisamente obligan al juez a realizar una ponderación. Si el resultado de esta privilegia el derecho de legítima resistencia, aquel deberá absolver de toda responsabilidad penal a los implicados en actos de desobediencia civil. Por otra parte, en caso de que deba prevalecer la protección de otros derechos que se vean afectados con la conducta de los desobedientes (sobre todo en aquellos supuestos en que estos no actúan en defensa del contenido de un derecho fundamental, según pronunciamiento de la Corte de Constitucionalidad), todavía podría atenuarse su responsabilidad penal, como forma de reconocer que los motivos cívicos que llevaron a estos a obrar como lo han hecho son respetables en el contexto de un Estado constitucional. Para esto, se podría apreciar la atenuante contemplada en el artículo 26, numeral 2 del Código Penal, relativa al exceso en las causas de justificación.

Para evidenciar lo anterior se propone una hipótesis en la que este esquema argumentativo podría resultar útil en la justificación de una respuesta jurídicamente válida para escenarios de desobediencia civil. Considérese el caso de un grupo de ciudadanos que se encuentra en desacuerdo con una política de explotación de recursos naturales no renovables, adoptada en forma vinculante según las leyes guatemaltecas. Al no encontrarse de acuerdo con esa medida, el grupo agota los mecanismos jurídicos para cuestionar la validez de los instrumentos jurídicos que permiten tal explotación. Luego de confirmarse la constitucionalidad de la norma, el grupo decide emprender acciones de desobediencia civil (y lo hace, sobre todo, porque estima que la mera manifestación o protesta pacífica no resulta un medio idóneo para cuestionar la injusticia de la ley, en particular, por la indiferencia del resto de la población frente a actos de protesta de este tipo). El grupo, así, decide llamar la atención sobre la injusticia de la ley mediante un acto de desobediencia indirecta: escribiendo un mensaje de reclamo con pintura sobre un bien de interés histórico, por ejemplo, el frontispicio de un edificio que constituye patrimonio cultural de la nación. Se trata de un acto de desobediencia dado en un contexto ordinario en el que no se cuestiona la legitimidad del orden jurídico como un todo. En estas circunstancias, las autoridades atribuyen a los desobedientes la comisión del delito de depredación de bienes culturales contemplado en el artículo 44 de la Ley para la Protección del Patrimonio Cultural de la Nación.

Entonces, a partir del esquema argumentativo propuesto: i) el juez debería evaluar si se trata de un acto de desobediencia civil. Esto tendría que hacerlo a partir de los elementos que caracterizan este tipo de acciones (es decir, ha de tratarse de un acto de infracción legal llevado a cabo en forma pública por un grupo de personas, con el objeto de lograr un cambio en las leyes o programas de gobierno que se consideran injustos, según una interpretación de los principios morales incorporados al propio orden jurídico mediante su constitucionalización). Al establecer que es así, el juez debe tomar conciencia de que no se trata de un grupo de delincuentes ordinarios, sino de personas que en forma pública han cometido la conducta infractora

como expresión de inconformidad con el carácter injusto que atribuyen al derecho positivo, ii) El juez debería tener en cuenta que el grupo ha acudido en procura de protección constitucional a los tribunales de justicia con anterioridad al acto de desobediencia. En este caso, por ejemplo, incluso, puede haber habido un pronunciamiento anterior de la Corte de Constitucionalidad confirmando la constitucionalidad de la norma positiva que permite la explotación de los recursos naturales. Por lo tanto, el juez debe concluir que los desobedientes no se encontraban, en el momento de su actuación, en una situación de incertidumbre respecto del ámbito de cobertura del derecho de protección medioambiental que reclamaban, ya que existía un pronunciamiento judicial anterior acerca de que el derecho de protección medioambiental no tenía un contenido que coincidiera con el reclamo por ellos formulado. Por esta razón, su conducta no se encontraría plenamente amparada por una legítima resistencia frente a actos de autoridad violatorios de sus derechos, puesto que existiría ya un pronunciamiento acerca de que el derecho reclamado no tenía el alcance que los infractores pretendían y, por lo tanto, la actuación de autoridad no violaría el contenido de tal derecho. iii) Finalmente, el juez debería estimar, aun así, el hecho de que los desobedientes han infringido la ley al amparo de razones fundadas en principios reconocidos por el propio derecho guatemalteco (en particular, porque para este es valiosa la protección medioambiental, y el ámbito de protección de este derecho puede dar lugar a desacuerdos razonables entre la ciudadanía y las autoridades públicas). Por ello, aun cuando no quepa afirmar que los desobedientes estaban actuando para proteger su derecho de protección medioambiental (ya que tal derecho no ofrece cobertura a su reclamo), es posible apreciar que se trata de una conducta que difiere mucho de la del delincuente ordinario. En este sentido, cabría atenuar su responsabilidad penal, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 26, numeral 2 del Código Penal, relativo al exceso en las causas de justificación: ya que, si bien los desobedientes se habrían excedido en lo por ellos estimado como una resistencia legítima para reclamar su derecho de protección medioambiental, aun así, habrían actuado como quienes se resisten por razones de justicia a cumplir con el derecho positivo.

Ahora bien, podría presentarse el escenario en que la situación de incertidumbre precediera al acto de desobediencia, esto es, que los desobedientes no hubieran acudido a requerir protección constitucional con anterioridad a la conducta infractora.⁵⁷ En este supuesto, una vez se admita que la omisión de agotar las instancias

⁵⁷ Es importante reflexionar con seriedad acerca de las causas que podrían justificar que los desobedientes no hayan acudido con anterioridad a los tribunales de justicia para requerir protección a sus derechos fundamentales. No es el propósito de este trabajo detenerse en ello. En todo caso, y sin ánimo de ser exhaustivo, habría que considerar legítimos impedimentos tales como el desconocimiento de las instancias jurisdiccionales correspondientes, la falta de recursos económicos para emprender un proceso o, en casos extremos, la convicción razonable de que acudir a tales instancias no resultará en un remedio efectivo para la violación denunciada. Más allá de esto, habrá que considerar que la exigencia de acudir previamente a

jurisdiccionales está justificada, habrá que determinar si es dable considerar la expresión de desobediencia civil como parte del derecho a la legítima resistencia que reconoce la Constitución guatemalteca. Para esto, el juez tendrá que establecer si en el caso en concreto debe prevalecer la protección constitucional de la conducta desobediente como expresión de una legítima resistencia frente a una norma injusta (art. 45 constitucional),⁵⁸ o bien el deber de mantener el cumplimiento del derecho positivo por razones de seguridad (art. 2 de la Constitución) y en aras de proteger el patrimonio cultural de la nación (art. 60 *ibidem*). El juez, entonces, tendrá que considerar si está justificado restringir a los responsables de la conducta desobediente su derecho a resistir legítimamente, en atención a los propósitos valiosos que persigue la norma sancionadora.⁵⁹ Si, luego de evaluar las circunstancias del caso concreto, se establece que debe prevalecer el derecho de los desobedientes a la legítima resistencia, habrá que dictar una sentencia absolutoria eximiéndolos de responsabilidad penal por encontrarse en legítimo ejercicio de un derecho a tenor de lo dispuesto por el artículo 24, numeral 3 del Código Penal.

A modo de conclusión

El Estado constitucional adopta la estructura organizativa de una democracia pluralista, en la que se admite que los ciudadanos adopten distintas concepciones acerca de lo que es justo. En este contexto, el disenso acerca de lo justo dará lugar, en algunos casos, a experiencias en que la infracción legal será la alternativa final frente a lo que se considera una actuación ilegítima por parte de las autoridades. Sin embargo, este tipo de prácticas (aunque en principio sean ilícitas) resultan valiosas, puesto que sirven como recordatorio de que la democracia constitucional no se sustenta solo en una concepción puramente legal acerca de la justicia. Por esta razón, se trata de

los mecanismos de protección ordinaria de los derechos es algo a lo que no se puede renunciar si se parte de la premisa de que los desobedientes actúan todavía dentro de un marco de respeto del sistema jurídico como un todo. En ese sentido, si se llega a constatar que se ha incumplido con requerir protección constitucional de los tribunales cuando se está en las condiciones para hacerlo, solamente cabrá apreciar la atenuante de responsabilidad, pero no la justificación completa de la conducta punible (ya que no se trataría de un acto que configure una resistencia legítima tal como la que exigiría el artículo 45 constitucional).

⁵⁸ Es importante recordar que se considera injusta por resultar violatoria del contenido constitucionalmente protegido del derecho de protección medioambiental de ese grupo, según lo reconoce el artículo 97 del texto constitucional. Así las cosas, se trata de una denuncia de injusticia fundada en principios incorporados al sistema jurídico por vía de la propia Constitución.

⁵⁹ Para justificar la restricción que supone sancionar a los responsables, en todo caso, habría que seguir el esquema de ponderación anteriormente descrito. En otras palabras, determinar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida sancionatoria, en atención a las circunstancias del caso concreto.

una práctica que, por su propio valor, podría justificar la conducta de sus autores y evitarles una sanción penal; para ello, una concepción del derecho como práctica argumentativa resulta, sin duda, especialmente útil, puesto que permitiría que los desobedientes expongan al juez las razones que han tenido para infringir la ley, de tal suerte que para este último sea posible construir una decisión que resulte coherente con el valor constitucional que tienen este tipo de conductas.

Bibliografía

- AGUILÓ, Josep. “Aplicación del derecho, independencia e imparcialidad”. *Revista NEJ* 17, n.º 2 (2012): 161-172. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/34967/1/2012_Aguilo_NEJ.pdf.
- AGUILÓ, Josep. “Sobre la constitución del Estado constitucional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 24 (2001): 429-457. <https://doi.org/10.14198/DOXA2001.24.16>.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ARENDT, Hannah. *Crisis de la República*, trad. por Guillermo Solana. Madrid: Trotta, 2015.
- ATIENZA, Manuel y Juan Antonio GARCÍA AMADO. *Un debate sobre la ponderación*. Sucre: Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 2018.
- ATIENZA, Manuel y Juan RUIZ MANERO. *Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel, 1996.
- ATIENZA, Manuel, Juan RUIZ MANERO y Josep AGUILÓ. *Fragments para una teoría de la Constitución*. Madrid: Iustel, 2007.
- BARAK, Aaron. *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*, trad. por Gonzalo Villa Rosas. Lima: Palestra, 2017.
- BERNAL PULIDO, Carlos. “Estructura y límites de la ponderación”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 26 (2003): 225-238. <https://doi.org/10.14198/DOXA2007.30.35>.
- BIONDO, Francesco. “Desobediencia civil y participación política. Algunas cuestiones abiertas que se plantean en las democracias constitucionales (y la teoría del derecho)”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 38 (2015): 215-236. <https://doi.org/10.14198/DOXA2015.38.08>.
- DE LUCAS, Javier. “Una consecuencia de la tesis de los derechos: la desobediencia civil según R. Dworkin”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* 2 (1985): 197-207. <https://doi.org/10.14198/DOXA1985.2.13>.
- DWORKIN, Ronald. *El derecho de las libertades: la lectura moral de la Constitución norteamericana*. Lima: Palestra, 2019.
- DWORKIN, Ronald. *El imperio de la justicia*, trad. por C. Ferrari. Barcelona: Gedisa, 2012.

- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. trad. por Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1989.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. por Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 1997.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “Retórica, argumentación y derecho”. *Isegoría* 21 (1999): 137-147. <https://doi.org/10.3989/isegoria.1999.i21.80>.
- HÄBERLE, Peter. “La Constitución como cultura”. En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 6 (2002), 177-197. <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/50595>.
- HABERMAS, Jürgen. *Ensayos políticos*, trad. por Ramón García Cotarelo. Barcelona: Península, 2002.
- HAMILTON, Alexander, James MADISON y John JAY. *El Federalista*. México: Fondo de Cultura Económica, 2006.
- KANT, Immanuel. *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, trad. por Roberto Rodríguez Aramayo. Madrid: Alianza, 2002.
- KANT, Immanuel. *¿Qué es la Ilustración? Y otros escritos de ética, política y filosofía de la historia*. Madrid: Alianza, 2004.
- MACCORMICK, Neil. *Retórica y Estado de derecho: una teoría del razonamiento jurídico*, trad. por José Ángel Gascón Salvador. Lima: Palestra, 2016.
- MORESO, José Juan. *La Constitución: modelo para armar*. Madrid: Marcial Pons, 2009.
- RAWLS, John. *Teoría de la justicia*, trad. por María Dolores González. México: Fondo de Cultura Económica, 2012.
- RÓDENAS, Ángeles. “De los valores a los derechos y una tesis sobre la relevancia moral del discurso jurídico”. Conferencia, IVR World Congress, Universidad de Lucerna, Suiza, julio de 2019.
- RUIZ MANERO, Juan, Manuel ATIENZA y Josep AGUILÓ. *Fragments para una teoría de la Constitución*. Madrid: Iustel, 2007.
- TRIBE, Laurence y Michael DORF, *Interpretando la Constitución*, trad. por Jimena Aliaga Gamarra. Lima: Palestra, 2017.

Eje 3. El derecho constitucional contemporáneo: comparado, internacionalizado y pro integración

- Christian Nelio Pérez Arce (Bolivia)
- Carolina Rosas Córdova (Bolivia)
Recategorización de delitos comunes como delitos de lesa humanidad por el Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia. Reflexión jurisprudencial
- Diego Platz Pereira (Brasil)
A integração jurídica latino-americana: possibilidades de seu fomento na Constituição Federal brasileira por meio de Comparação Constitucional
- Rodrigo René Cruz Apaza (Bolivia)
El bloque de convencionalidad como plataforma idónea para remozar u optimizar el control de constitucionalidad difuso. Un estudio desde la perspectiva boliviana para los Estados de Hispanoamérica
- Jorge Arturo Ulloa Cordero (Costa Rica)
El concepto de mínimo vital en la jurisprudencia de la Sala Constitucional costarricense

Christian Nelio Pérez Arce* (Bolivia)
Carolina Rosas Córdova** (Bolivia)

Recategorización de delitos comunes como delitos de lesa humanidad por el Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia. Reflexión jurisprudencial

RESUMEN

Este artículo analiza la recategorización de delitos comunes como delitos de lesa humanidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia, con relación a la teoría y los estándares internacionales. Es una investigación descriptiva y analítica, que realiza una revisión bibliográfica amplia. De ella resulta que los delitos de lesa humanidad son claramente diferenciables de los delitos comunes en razón de la configuración de sus elementos constitutivos. En consecuencia, la jurisprudencia estudiada sobrepasa los límites normativos vigentes y agrava la situación jurídica de las personas perseguidas por estos delitos.

Palabras clave: crímenes de lesa humanidad; discrecionalidad judicial; jurisprudencia.

Recategorization of common crimes as crimes against humanity by Bolivia's Supreme Court of Justice. Jurisprudential reflection

ABSTRACT

This article seeks to analyze the recategorization of common crimes as crimes against humanity in the jurisprudence of Bolivia's Supreme Court of Justice, with reference to international theory and standards. From a methodological point of view, it is a descriptive and analytical study, undertaking a broad bibliographical review. It shows

* Doctor en Ciencias de la Educación, y candidato a Doctor en Derecho Constitucional; magíster en Ciencias Penales y en Derecho Constitucional. Docente titular en la Universidad Mayor de San Simón, Bolivia. christianperez777@gmail.com. Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-2812-4051>.

** Magíster en Derecho. Docente titular en la Universidad Mayor de San Simón, Bolivia. caro.derecho1@gmail.com. Orcid: <http://orcid.org/0009-0009-5806-6209>.

that crimes against humanity are clearly distinguishable from ordinary crimes due to the structure of their constitutive elements. Consequently, the jurisprudence under study exceeds the existing normative boundaries and aggravates the legal situation of the persons prosecuted for these crimes.

Keywords: Crimes against humanity; judicial discretion; jurisprudence.

Neueinstufung gemeiner Verbrechen als Verbrechen gegen die Menschlichkeit durch das oberste Gericht Boliviens. Überlegungen zur Rechtsprechung

ZUSAMMENFASSUNG

Diese Untersuchung beabsichtigt eine Analyse der Neueinstufung gemeiner Verbrechen als Verbrechen gegen die Menschlichkeit in der Rechtsprechung des obersten Gerichts Boliviens im Lichte der internationalen Theorie und der internationalen Normen. Unter methodologischen Gesichtspunkten handelt es sich um eine deskriptiv-analytische Untersuchung, die eine umfassende Durchsicht der Literatur vornimmt. Daraus geht hervor, dass die Verbrechen gegen die Menschlichkeit sich aufgrund der Konfiguration ihrer konstitutiven Elemente klar von gemeinen Verbrechen unterscheiden lassen. Somit überschreitet die untersuchte Rechtsprechung die geltenden normativen Grenzen und verschärft die rechtliche Lage der wegen solcher Verbrechen strafrechtlich verfolgten Personen.

Schlüsselwörter: Verbrechen gegen die Menschlichkeit; gerichtliches Ermessen; Rechtsprechung.

Introducción

El presente trabajo es una reflexión en torno a la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia (TSJ), en particular el Auto Supremo (AS) 596/2017 de 14 de agosto de 2017 y el AS 993/2022 de 12 de agosto de 2022, que recategorizan delitos comunes como delitos de lesa humanidad, y con base en esta recategorización, rechazan las excepciones opuestas para la extinción de la acción penal por prescripción y por duración máxima del proceso.

En ese sentido, la relevancia de las citadas resoluciones está en que determinan que delitos ordinarios, como son los de asociación delictuosa, coacción, lesiones y otros, sean reclasificados por este Tribunal como delitos de lesa humanidad, con razonamientos cuestionables.

De allí surge la necesidad de realizar un estudio de la teoría y una revisión de la jurisprudencia internacional sobre los elementos constitutivos de los delitos de lesa humanidad, en contraste con los delitos reclasificados en esta categoría, puesto que el desarrollo argumentativo de las indicadas es por demás debatible.

Ahora bien, la diferencia entre los delitos de lesa humanidad y los delitos comunes reside en sus elementos constitutivos subjetivos y objetivos. Así como en el

contexto y la sistematicidad con que se producen los delitos de lesa humanidad, a diferencia de los delitos comunes, que se configuran en hechos aislados y circunstanciales.

De modo que es importante reflexionar acerca del impacto que trae consigo la emisión de esta jurisprudencia, tanto por la recategorización que se realiza de los delitos comunes como delitos de lesa humanidad, como por las consecuencias que ello conlleva respecto a la seguridad jurídica y los principios del derecho penal contemporáneo.

A la luz del anterior planteamiento, el objetivo del presente trabajo es analizar la recategorización de los delitos comunes como delitos de lesa humanidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia con relación a la teoría y los estándares internacionales.

Con respecto a la metodología empleada, este artículo presenta los resultados alcanzados en un proceso de investigación, descriptiva y analítica. En su desarrollo se realizó una revisión bibliográfica amplia y se emplearon el método bibliográfico, documental, deductivo-inductivo, comparativo y el método analítico-sintético.

En cuanto a la estructura del texto, en primer lugar, abarca el análisis teórico de los delitos de lesa humanidad con relación a los delitos comunes; en segundo lugar, realiza una descripción y análisis de la jurisprudencia de Bolivia, en contraste con los estándares internacionales respecto al objeto de estudio; para, finalmente, esbozar algunas conclusiones.

1. Delitos de lesa humanidad

1.1. Delitos de lesa humanidad, características y elementos constitutivos

Los delitos de lesa humanidad conllevan una afectación gravosa de los derechos humanos, por lo cual su tratamiento, juzgamiento y reproche son diferentes que en el caso de los delitos comunes.

En este sentido, el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI),¹ en su artículo 7.1, entiende por crimen de lesa humanidad “los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque”.²

Y el econcepto de “ataque” conlleva la comisión múltiple de acciones que violentan los derechos humanos, tales como el asesinato; el exterminio; la esclavitud; la tortura; la esclavitud sexual; la persecución de un grupo o colectividad por motivos

¹ El Estatuto de la Corte Penal Internacional fue ratificado por Bolivia mediante la Ley 2398 de 24 de mayo de 2012.

² ONU, Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 17 de julio de 1998. [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf).

raciales, étnicos, culturales, políticos, religiosos o de género; la desaparición forzada de personas; el *apartheid*, y otros actos inhumanos que causen similar afectación.

De esta manera, los delitos de lesa humanidad son “violaciones gravísimas del derecho internacional que lesionan la humanidad [...]”. Solo serían crímenes si la violación fuese masiva y grave. La masividad puede surgir de graves violaciones simultáneas en el tiempo [...]. La gravedad se reconoce por la afectación de un derecho fundamental de la persona humana”³

A su vez, los delitos de lesa humanidad conllevan “la existencia de un ataque contra una población civil consistente en una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos [...] de conformidad con la política de un Estado o de una organización para cometer dicho ataque o en apoyo de ella, lo que constituye [...] la esencia misma y el corazón del crimen”⁴

Por otra parte, es preciso indicar que los delitos de lesa humanidad “deben de entenderse en el contexto de cada caso particular [...]. Y el punto central [...] es el impacto que tuvo el ataque en los derechos fundamentales de la población civil afectada y, en particular, si la población civil fue atacada”⁵

Entonces, los delitos de lesa humanidad son acciones u omisiones masivas graves, ejecutadas con conocimiento, y que se constituyen en ataques generales y sistemáticos contra una población civil, condicionados a un contexto y los cuales responden a una política de Estado u organización que afecta la esencia misma de los derechos humanos.

Además, comportan la comisión de múltiples y graves afectaciones a los derechos humanos, de ahí la particularidad de que sean considerados acciones pluriofensivas y merecedoras de un reproche social mayor al de los delitos comunes, por el hecho de que la humanidad sea atacada en su esencia y convivencia. Razón por la que su persecución judicial sea imprescriptible, conforme el artículo 29 del ECPI, siendo este criterio recogido por el artículo 111 de la Constitución boliviana.

Por otro lado, los elementos constitutivos de los delitos de lesa humanidad son los siguientes:

³ María Cristina Rodríguez, “Crímenes de lesa humanidad” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006), 1. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29223.pdf>.

⁴ International Criminal Court, *The Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé*, Opinion of judge Cuno Tarfusser (2019), párr. 53. <https://www.legal-tools.org/doc/5f117bd1dc0381207d12d153f/>.

⁵ International Criminal Court, *The Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé*, Public redacted version of Dissenting Opinion judge Herrera Carbuca (2019), 28. <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-02/11-01/15-1263-anxc-red>.

- El ataque contra los derechos fundamentales de “una población predominantemente civil necesitada de protección, que no sea parte del poder organizado que se emplea”,⁶ como elemento material.
- Asimismo, la existencia de una “política de Estado u organización”,⁷ que implica que los delitos obedecen a “una política o plan general del Estado o de una organización no gubernamental *de facto* dirigida a perseguir o debilitar una comunidad o a desprotegerla deliberadamente”.⁸
- Otro elemento es el despliegue de “un ataque de naturaleza generalizada o sistemática”,⁹ contra una población civil (elemento contextual del delito de lesa humanidad).
- Del mismo modo, debe existir un “nexo entre el acto individual y el ataque”.¹⁰ Por consiguiente, para “calificar como crimen de lesa humanidad, se requiere un nexo entre el acto individual de un perpetrador (crimen específico) y el ataque (elemento contextual)”.¹¹
- Por último, el “ataque generalizado y sistemático debe realizarse con conocimiento contextual de dicho ataque y las condiciones en las que éste se ejecuta (elemento subjetivo)”,¹² como elemento mental que implica la conciencia del acto y de sus consecuencias.

En efecto, los elementos contextuales no “son elementos accesorios, ni se pueden incluir o prescindir a su antojo [...], son elementos constitutivos de los delitos”.¹³

Así que los elementos generales, específicos y contextuales hacen a la naturaleza y particularidad de los delitos de lesa humanidad, y su consideración es obligatoria a la luz de los artículos 410 y 256, concordantes con el artículo 13, de la Constitución boliviana, más aún, al momento de sentar jurisprudencia por los altos tribunales de justicia.

⁶ Ricardo Posada Maya, “Jurisprudencia. Los delitos de lesa humanidad”, *Cuadernos de Derecho Penal*, n.º 4 (2010): 137. <http://dx.doi.org/10.22518/20271743.382>.

⁷ International Criminal Court, “Corrigendum to ‘Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the authorisation of an investigation into the situation in the Republic of Côte d’Ivoire’” (2011), párr. 29. <https://www.legal-tools.org/clddoc/5f117aa2c0381207d12doaf60/>.

⁸ Posada Maya, “Jurisprudencia. Los delitos de lesa humanidad”, 141.

⁹ International Criminal Court, “Corrigendum to ‘Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute’”, párr. 29.

¹⁰ Posada Maya, “Jurisprudencia. Los delitos de lesa humanidad”, 141.

International Criminal Court, “Corrigendum to ‘Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute’”.

¹¹ Hans-Peter Kaul, “Corrigendum of the Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the authorization of an investigation into the situation in the Republic of Kenya” (International Criminal Court, 2010), párr. 22. <https://www.legal-tools.org/clddocs/5f117ab5c0381207d12doaf4/pdf>.

¹² Posada Maya, “Jurisprudencia. Los delitos de lesa humanidad”, 138.

¹³ International Criminal Court, *The Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé*, Opinion of Judge Cuno Tarfusser.

2. Descripción y análisis de la jurisprudencia de Bolivia con relación al delito de lesiones y su recategorización como delito de lesa humanidad

2.1. Auto Supremo 596/2017

El Auto Supremo 596/2017 declara infundada la oposición de excepción de extinción de la acción penal por prescripción, con relación a los delitos de asociación delictuosa, lesiones graves y coacción. Aclarando que existía un proceso penal en curso por los delitos de asociación delictuosa, desórdenes y perturbaciones, instigación pública a delinquir, vejaciones y torturas, sedición, lesiones graves y leves, coacción, amenazas, privación de libertad, fabricación y comercio o tenencia de sustancias explosivas, además de homicidio en grado de tentativa; delitos previstos y sancionados, respectivamente, por los artículos 132, 134, 130, 295, 123, 271, 294, 293, 292, 211 y 251 del Código Penal.

Más aún, los actos ilícitos descritos se constituyen en delitos comunes y su persecución se realiza a partir de tipos penales ordinarios.

En lo que se refiere al inicio del proceso penal, se da el 24 de mayo de 2008, y la oposición de excepción tiene lugar el 18 de julio de 2017, habiendo transcurrido nueve años y un mes desde el inicio de la acción penal, por lo cual la persona imputada formula su solicitud de extinción con base en los artículos 27.8, 29 y 30 del Código de Procedimiento Penal.

Ahora bien, más allá de la complejidad del caso estudiado, el análisis se centra en los argumentos esgrimidos en este Auto Supremo, que en lo pertinente se describen en el punto III.3, denominado “Delitos de lesa humanidad”, que señala:

Los crímenes de lesa humanidad se encuentran regulados por el art. 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional [...]. Asimismo, existen tipos penales que tienen potencialidad de convertirse en delitos de Lesa Humanidad, porque siendo comunes tipificados por la normativa penal, bajo determinados presupuestos se podrían convertir en los precitados, pues el hecho de que el agente cometa un delito de Tortura, Desaparición Forzada o Violación Sexual, no significa que se trate de Crimen de Lesa Humanidad, sino sólo cuando cumpla los requisitos típicos adicionales; esto es, que los hechos formen parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. Entonces, la potencialidad significa la posibilidad de que un delito sea considerado de lesa humanidad, en la medida que cumpla con los elementos típicos que exige el art. 7.1 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI); por tanto, un comportamiento para ser considerado de lesa humanidad es que [*sic*] se trate de un ataque generalizado

o sistemático que debe estar dirigido contra una población civil, y el agente debe tener conocimiento de la misma.¹⁴

A continuación, este Auto en cita describe el catálogo de delitos establecidos en el ECPI, concluyendo que el inciso k del artículo 7.1 es una “cláusula abierta de discrecionalidad para el operador jurídico, que indudablemente podría incluir al delito de terrorismo con posibilidades de convertirse [en] de lesa humanidad”.¹⁵

Se debe agregar que en el punto III.7 se menciona nuevamente el artículo 7.1 del ECPI, indicando, con relación a este catálogo de delitos, que la “clasificación relacionada, si bien no comprende en específico los delitos por los que la excepciónista se encuentra procesada, de acuerdo a la discrecionalidad posibilitada al operador jurídico de [sic] incluir delitos a esta condición [de] que reúnan las características exigidas al caso concreto”.¹⁶

Asimismo, este Auto Supremo determina:

El delito de Vejaciones y Torturas previsto y sancionado por el art. 295 del Código Penal Boliviano no prescribe, así ya se tiene dispuesto por este Tribunal de Sentencia por Auto 013/2013 de 25 de febrero de 2013 [...]. De esta manera, queda establecido que los delitos de Asociación Delictuosa, Lesiones Graves y Coacción, cuya prescripción se solicita con el efecto extintivo por el transcurso de tiempo establecido por el art. 29 inc. 2) y 3) del CPP, en un caso, son en definitiva considerados como de lesa humanidad por las características que implican y están inmersos en la normativa internacional del Estatuto de Roma; y por otro [lado], se encuentran incluidos además en esta comprensión por la unidad de juzgamiento al delito de Vejaciones y Torturas.¹⁷

Ahora bien, más allá de los fundamentos constitucionales y convencionales desarrollados para sustentar la “discrecionalidad” del juzgador con la cual se emite dicho Auto Supremo, la misma es altamente cuestionable por los aspectos que se consideran a continuación.

En primer término, trastoca los principios del derecho penal contemporáneo y los límites normativos vigentes. Aunado a esto, el ECPI, en su artículo 22, se refiere al principio *nullum crimen sine lege*, determinando cuanto sigue:

1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte. 2. La definición de

¹⁴ Tribunal Supremo de Justicia, “Auto Supremo n.º 596/2017 de 14 de agosto de 2017” (Tribunal Supremo de Justicia, 2017), 13. <https://jurisprudencia.tsj.bo/e298acao-84d8-4dda-b86c-a25ec8c29365>.

¹⁵ Tribunal Supremo de Justicia, “Auto Supremo n.º 596/2017”, 13-14.

¹⁶ Tribunal Supremo de Justicia, “Auto Supremo n.º 596/2017”, 20.

¹⁷ Tribunal Supremo de Justicia, “Auto Supremo n.º 596/2017”, 21-23.

crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena.¹⁸

De donde resulta que el dogma “no hay delito ni pena sin ley que los prevea” es la esencia misma del principio de legalidad, y se irradia a todo el derecho penal, tanto sustantivo como adjetivo. Por esta razón, el delito, la sanción penal y los procedimientos para su persecución deben estar previstos en una ley estricta, escrita, cierta y abstracta.

Del mismo modo, la categorización de un delito, ya sea como común o como de lesa humanidad, así como la prescripción, deben estar previstas en una ley previa, anterior al hecho punible, como acontece en la legislación penal boliviana.

Habría que decir también que el Auto Supremo en estudio quebranta los principios de taxatividad, seguridad jurídica e igualdad en la aplicación, porque realiza una interpretación más allá de la claridad y precisión con la cual la normativa boliviana regula los delitos comunes y los procedimientos establecidos con relación a la extinción de la acción penal por prescripción.

Asimismo, el recategorizar un delito común como delito de lesa humanidad obviando el contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil, a partir de la labor jurisprudencial, por más fundamentos que se utilicen, conlleva un retroceso con respecto a los avances alcanzados en el derecho penal contemporáneo, al igual que una negación del marco normativo vigente.

Más aún, la discrecionalidad del juzgador en materia penal es restringida-limitada, y al realizar una interpretación no puede la misma tornarse extensiva, y menos desfavorable, como en el caso estudiado.

Al respecto, la misma Corte Penal Internacional señala “el principio *in dubio pro reo* como componente de la presunción de inocencia, que como norma general en el proceso penal se aplica, *mutatis mutandis*, a todas las etapas del proceso”.¹⁹

En todo caso, el ejercicio jurisdiccional tiene límites normativos, que restringen el uso y abuso del derecho penal por parte del Estado.

2.2. Auto Supremo 993/2022

El TSJ emitió el AS 993/2022 y reiteró en él lo establecido en el AS 596/2017, pero de forma más gravosa, recategorizando el delito de lesiones como delito de lesa humanidad.

Así, la resolución se pronuncia a partir de la oposición de excepciones de extinción de la acción penal por prescripción y por duración máxima del proceso, dentro de un proceso penal por lesiones graves y leves, previsto y sancionado por el Código Penal en el artículo 271.

¹⁸ ONU, “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”.

¹⁹ International Criminal Court, “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute” (2016), párr. 218. <https://www.legal-tools.org/doc/63c06acb38e3ce06be7c399/>.

A su vez, cabe resaltar que los delitos de lesiones graves y leves son delitos comunes, y que en este proceso penal, entre su inicio, el 20 de mayo de 2014, y el 10 de enero de 2022, cuando se opusieron la excepciones, transcurrieron más de siete años y siete meses sin que se obtuviera una sentencia ejecutoriada por la supuesta comisión de delitos de “lesiones leves”.

En consecuencia, se alega que se superó el tiempo exigido por el artículo 27.8, en el cual se determina que “la acción penal, se extingue por prescripción”; y se cita el artículo 29 del Código de Procedimiento Penal, que establece:

La acción penal prescribe: 1. En ocho años, para los delitos que tengan señalada una pena privativa de libertad cuyo máximo legal sea de seis o más de seis años; 2. En cinco años, para los que tengan señaladas penas privativas de libertad cuyo máximo legal sea menor de seis y mayor de dos años; 3. En tres años, para los demás delitos sancionados con penas privativas de libertad; y, 4. En dos años para los delitos sancionados con penas no privativas de libertad.²⁰

Enseguida se rechazó la excepción por duración máxima del proceso, porque supuestamente no se acreditó que durante el desarrollo de la causa, desde su inicio, no fuera declarado rebelde, y la parte tenía el “deber de exponer fundadamente de qué modo no concurran las causales de suspensión del término en cuestión, demostrando en su caso objetivamente dicho extremo en función a los pertinentes antecedentes del proceso”.²¹

Por otra parte, el mayor cuestionamiento emerge del razonamiento expuesto, de que los delitos de lesiones (delitos comunes) son considerados por el Tribunal como delitos de lesa humanidad. Resaltando en lo pertinente:

Corresponde remitir al Auto Supremo 596/2017 de 14 de agosto, que textualmente manifiesta: en [...] línea con lo expuesto por la Comisión Europea de Derechos Humanos, los actos descritos en la acusación, proporcionada para este informe, contienen los requisitos para ser considerados trato degradante (pues el tratamiento descrito dado al individuo incluye humillación de forma grosera frente a otros, además de ser [este] conducido a actuar contra su voluntad y conciencia), y para ser considerado un trato o acto inhumano posee las características de haber sido aplicado deliberadamente y carecer de justificación en las circunstancias particulares del caso, faltando únicamente el determinar la presencia de un sufrimiento mental; en cuyo mérito y toda vez que lo que se juzga son hechos y no calificaciones jurídicas, corresponde concluir que los descritos en la acusación, en cuanto a los delitos de coacción,

²⁰ Bolivia, Código de Procedimiento Penal, 1999.

²¹ Tribunal Supremo de Justicia, “Auto Supremo n.º 993/2022 de 12 de agosto de 2022” (Tribunal Supremo de Justicia, 2022), 11. <https://jurisprudencia.tsj.bo/7b7a80c1-3dc7-42e0-a94d-72ed2065693a>.

así como lesiones graves y leves, constituyen actos inhumanos, esto más allá de considerar el *nomen juris* de dichos tipos penales, toda vez que lo que se juzga son hechos y no tipos penales, esto sin perjuicio de su comprobación o no en este razonamiento corresponde referir que se considera actos inhumanos [a] los hechos descritos en la acusación en cuanto a los delitos de coacción y lesiones graves y leves; y por ende determina su carácter de delitos de lesa humanidad y su imprescriptibilidad. En ese orden añadió lo siguiente: que la imprescriptibilidad de los tipos penales, no solo abarca [...] a [...] aquellos actos lesivos [entiéndase: constitutivos] de violaciones graves de derechos humanos, sino también, al concepto de las violaciones en general de los derechos humanos, señaladas en el art. 7.1 inc. K) como tratos inhumanos del Estatuto de Roma.²²

Con base en esos argumentos, el Tribunal determina que los delitos de lesiones leves son “en definitiva considerados como trato degradante e inhumanos por las características que implican y se consideran de lesa humanidad al estar inmersos en el ECPI y no pueden estar sujetos al transcurso temporal a efectos de su prescripción, por ser considerados como imprescriptibles”.²³ En consecuencia, el Tribunal declara infundadas las excepciones de prescripción y duración máxima del proceso.

Independientemente de lo descrito, el problema central consiste en la recategorización de oficio que hace este máximo tribunal de los delitos comunes como delitos de lesa humanidad, y en que ello, sin lugar a duda, comporta una grave afectación de los principios del derecho penal y sobrepasa los límites funcionales del orden jurídico vigente, además de que genera inseguridad jurídica. Por lo cual es posible afirmar que el principio de legalidad es claramente quebrantado por esta interpretación formulada en relación con delitos comunes y con su supuesto carácter de delitos de lesa humanidad.

2.2.1. Análisis del delito de lesiones como “delito de lesa humanidad”, determinado por el AS 993/2022

Los delitos de lesa humanidad conllevan graves violaciones de los derechos humanos al ser ejecutados de manera sistemática. Asimismo, existe una norma internacional que los consagra y respecto de la cual es posible legislar a nivel interno. Al respecto se ha indicado:

El crimen de lesa humanidad se distingue de otros crímenes, porque: a) no puede tratarse de un acto aislado o esporádico de violencia, sino que debe hacer parte de un ataque generalizado, lo que quiere decir que está dirigido contra una multitud de personas; b) es sistemático, porque se inscribe en un plan criminal cuidadosamente orquestado, que pone en marcha medios tanto

²² Tribunal Supremo de Justicia, “Auto Supremo n.º 993/2022”, 12.

²³ Tribunal Supremo de Justicia, “Auto Supremo n.º 993/2022”.

públicos como privados, sin que se trate siempre de la ejecución de una política de Estado; c) las conductas deben implicar la comisión de actos inhumanos, de acuerdo con la lista que provee el mismo Estatuto de Roma; d) el ataque debe ser dirigido exclusivamente contra la población civil; y e) el acto debe tener un móvil discriminatorio, bien que se trate de motivos políticos, ideológicos, religiosos, étnicos o nacionales.²⁴

De modo que los delitos de lesa humanidad se diferencian de los delitos ordinarios a partir de elementos específicos, en cuanto aquellos se producen en el marco de ataques, generalizados o sistemáticos, dirigidos contra una población civil, por móviles innobles, que afectan la esencia de los derechos humanos; a diferencia de los delitos comunes, que son aislados, circunstanciales y que tienen víctimas concretas. Al respecto, se presenta el siguiente cuadro analítico.

Elementos de los delitos de lesa humanidad con relación a la AS 993/2022 del TSJ y los delitos de lesiones

| Elementos de los delitos de lesa humanidad | Delitos de lesiones (delitos comunes) |
|--|--|
| Generalidad (elemento contextual) | No se está ante un ataque repetido, progresivo o masivo. Las lesiones son acciones dolosas o culposas, aisladas y circunstanciales. No conlleva múltiples afectaciones, mas el bien jurídico protegido es la integridad física. En cuanto a la víctima, es de tipo singular, a diferencia de los delitos de lesa humanidad, donde las víctimas son colectivas. |
| Sistematicidad | El delito de lesiones puede ser doloso o culposo; en un sentido estricto, no se puede hablar de ataques organizados o planificados que atenten contra la población civil. La concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del tipo es ajena a intereses político-sistemáticos o de grupo. |
| Conocimiento (elemento subjetivo) | Los delitos de lesa humanidad contemplan, como elemento, el conocimiento del autor, cuya conducta es parte de un ataque generalizado o sistemático, y del contexto como parte de un conjunto de abusos, que se refieren a una política sistemática en particular, y con una finalidad clara. En cambio, en el delito de lesiones, las acciones dolosas o culposas, si acaso se presentan, son de conocimiento limitado, salvando ciertos supuestos fácticos. |
| Sujeción a cierta política | Las lesiones pueden tener o no una finalidad, pues se trata de un delito de resultado, que deviene en la afectación de la integridad física de la víctima (individual). Por el contrario, los delitos de lesa humanidad obedecen a una política de Estado u organización, que tiene el fin de perseguir, menoscabar o desproteger a una comunidad. |

²⁴ Posada Maya, “Jurisprudencia. Los delitos de lesa humanidad”, 139.

Elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad con relación a los delitos de lesiones

| | |
|--|--|
| Ataque | Un ataque trae consigo la comisión de múltiples actos y resultados respecto de la categoría de delitos de lesa humanidad, a diferencia de los delitos de lesiones, que conllevan una acción que tiene como resultado una lesión. |
| Objeto del ataque | El objeto del ataque en los delitos de lesa humanidad es la población civil (las más de las veces víctimas difusas); al contrario, la acción en un delito de lesiones tiene una víctima o víctimas concretas. |
| Política | Los ataques deben responder a una política de Estado u organización. En los delitos de lesiones, la acción responde a elementos subjetivos. |
| Carácter del ataque | En los delitos de lesa humanidad es generalizado y sistemático, mientras que en los delitos de lesiones se habla de hechos aislados y comunes. |
| Nexo | Existe un nexo causal entre el ataque generalizado o sistemático y la política aplicada en los delitos de lesa humanidad. A diferencia de lo que ocurre en los delitos de lesiones, que pueden ser dolosos o culposos, y en donde no necesariamente el resultado es buscado. |
| Elemento subjetivo (<i>mens rea</i>) | El autor de un delito de lesa humanidad tiene conocimiento del contexto de ataque, por contraste con los delitos de lesiones, donde puede o no existir conocimiento del delito y sus consecuencias. |

Fuente: elaboración propia.

En definitiva, el delito de lesiones no reúne los elementos generales (contexto, sistematicidad, conocimiento y sujeción política), tampoco cumple con los elementos contextuales, y menos aún con los elementos específicos que definen a los delitos de lesa humanidad.

2.2.2. El principio de legalidad y otros principios conculcados en el AS 993/2022

Al iniciar este apartado es relevante describir los siguientes principios que son conculcados por el Auto Supremo 993/2022.

Por una parte, el *principio de reserva de ley o principio de legalidad*, “en sentido estricto, por el cual se limita el ejercicio de la función punitiva solo a las acciones previstas por la ley como delitos (*nulla poena sine lege, nulla poena sine crimine*)”.²⁵

Ahora bien, del principio de legalidad derivan “dos condiciones que limitan y controlan la potestad del Estado de criminalizar los comportamientos: la primera surge al señalar que solo el legislador penal puede crear la ley penal, y la segunda

²⁵ Alessandro Baratta, *Criminología y sistema penal (Compilación in memoriam)* (Buenos Aires: B de F, 2004), 306.

establece que este, al momento de redactar la ley, deba describir la conducta prohibida de manera completa, clara y precisa”.²⁶

De este modo, el principio de legalidad es fundamental para la vigencia del Estado de derecho y para la seguridad jurídica de cualquier persona, ya que el *ius puniendi* está limitado a la sola voluntad de la ley, no quedando, por tanto, al arbitrio de cualquier ciudadano.

En consecuencia, el recategorizar un delito común como un delito de lesa humanidad, más allá de los límites de la normativa vigente, bajo la excusa del ejercicio de la discrecionalidad y facultad interpretativa de un tribunal, se constituye en una acción legislativa punitiva y gravosa, que sobrepasa las atribuciones del TSJ.

Por otro lado, el *principio de taxatividad* implica que la ley penal debe ser clara y precisa, por lo cual “la pena es aplicable solo en los casos de realización de tipos de conducta expresamente previstos por la ley, con la indicación de sus elementos descriptivos y normativos”.²⁷

De esta manera, dicho principio se vincula estrechamente con el principio de legalidad, porque “involucra una determinación taxativa (concreta) de los hechos punibles (tipos penales), los cuales constituyen un parámetro de garantía para los justiciables”.²⁸

Por consiguiente, la importancia de este principio radica en que “previene contra cualquier posibilidad de interpretación antojadiza y desleal de la ley penal, ya sea por consideraciones del lenguaje o por las variaciones respecto a sus significados (proposiciones jurídico-penales), ya que así se incurriría en una incertidumbre legal”.²⁹

Por esta razón, la determinación concreta de los hechos punibles (en términos claros, precisos y sin ambigüedades) se constituye en una garantía de justicia, libertad e igualdad, puesto que aquello que no está criminalizado expresamente no puede ser perseguido penalmente, y menos aún recategorizado.

Otro es el *principio del primado de la ley penal sustancial*, que “tiene el propósito de asegurar la extensión de las garantías contenidas en el principio de legalidad a la situación del individuo en cada uno de los subsistemas en que puede ser subdividido el sistema penal, esto es, frente a la acción de la policía, dentro del proceso y en la ejecución de la pena”.³⁰

Dicho de otro modo, el sistema penal y todos los actores (policías, fiscales, jueces, defensores públicos o de oficio, entre otros) que son parte de este deben aplicar la ley penal sustancial por encima de cualquier otra disposición que tienda a restringir o

²⁶ Teodorico Cristóbal Támara, “El principio de legalidad como exigencia mínima de legitimación del poder penal del Estado”, *Revista Oficial del Poder Judicial* 12, n.º 14 (2020): 251. <https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/ropj/article/view/267>.

²⁷ Baratta, *Criminología y sistema penal*, 306.

²⁸ Támara, “El principio de legalidad como exigencia mínima de legitimación”, 256.

²⁹ Támara, “El principio de legalidad como exigencia mínima de legitimación”, 260.

³⁰ Baratta, *Criminología y sistema penal*, 306-307.

menoscabar los derechos y garantías reconocidos por esta, considerando los principios de favorabilidad y de seguridad jurídica que hacen a todo Estado garantista.

De ahí que los límites normativos se irradian a todo el sistema penal, y restringen cualquier interpretación y aplicación restrictiva de la legislación penal, como la que se presenta en la resolución estudiada.

Por último, el *principio de proporcionalidad abstracta* implica que “solo graves violaciones a los derechos humanos pueden ser objeto de sanciones penales. Las penas deben de ser proporcionales al daño social causado por la violación”.³¹

En efecto, “solo el legislador [...] determinará cuán grave es una conducta y la gravedad de la sanción penal, definiendo y equilibrando la reacción penal, y no así el juzgador, que, si bien goza de la discrecionalidad y potestad interpretativa de la ley, está ‘sometido a límites funcionales que están condicionados por reglas construidas en el contrato social’ [...]. Las decisiones judiciales están sometidas al orden jurídico constitucionalizado”.³²

Así pues, es posible afirmar que el AS 993/2022, en su labor interpretativa, re-dimensiona de forma intrépida el delito de lesiones “leves”, hasta cambiar la naturaleza de un delito ordinario en la de un delito de lesa humanidad, lo cual vulnera los principios de legalidad, taxatividad y proporcionalidad, y quebranta el orden jurídico vigente.

2.2.3. Sobre el constructo argumentativo con relación al delito de lesiones como “delito de lesa humanidad”

El TSJ establece, en el AS 596/2017 y el AS 993/2022, que los delitos de lesiones son delitos de lesa humanidad. Ahora bien, el artículo 7.1.k del ECPI contiene una cláusula abierta, que está condicionada a los elementos generales de los delitos de lesa humanidad, y en especial al contexto de violación general y sistemática de derechos humanos contra una población civil, contexto que no se reproduce al momento de la ejecución de un delito común, como el de lesiones.

Hans Peter ha señalado que “no es la crueldad o la victimización masiva lo que convierte un crimen en un *delictum iuris gentium*, sino los elementos contextuales constitutivos en los que se inscribe el acto”.³³

Aunado a lo descrito, la aplicación e interpretación de los artículos 7, 9 y 21 del ECPI ha de ser entendida “estrictamente [...], así, los elementos contextuales deben

³¹ Baratta, *Criminología y sistema penal*, 309.

³² Eduardo Alonso Flórez y Carlos Alberto Mojica, “Discrecionalidad judicial. Desarrollo de una categoría en continua construcción”, *Utopía y Praxis Latinoamericana* 25, n.º 3 (2020): 56. <http://dx.doi.org/10.5281/ZENODO.3907038>.

³³ Hans-Peter Kaul, “Decision on the confirmation of charges pursuant to Article 61(7) (a) and (b) of the Rome Statute” (2012), párr. 52. <https://www.legal-tools.org/doc/5f117a99/c0381207d12doai1/>.

interpretarse de manera estricta, pero no hasta el punto de ser contrarios al objeto y fin del Estatuto o a los derechos humanos internacionalmente reconocidos”.³⁴

Ahora bien, la interpretación realizada en el AS 993/2022 inaplica varios principios que se encuentran dentro del bloque de constitucionalidad y convencionalidad, como el principio de legalidad, el principio *pro homine* y el principio *pro reo*, determinando la imprescriptibilidad de las lesiones, lo que, de hecho, es una situación procesal que agrava la situación de varias personas que, como en el caso descrito, buscan la prescripción de la acción por el transcurso del tiempo.

Así, la interpretación hecha por el TSJ, en el AS 993, se constituye en una extralimitación de la discrecionalidad judicial y en una interpretación muy osada que quebranta los límites axiológicos y normativos vigentes en el Estado boliviano.

3. Análisis e implicancias de la recategorización de delitos comunes como delitos de lesa humanidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia

Es necesario, para comenzar, resaltar la importancia de distinguir entre las violaciones de los derechos humanos, por un lado, y los crímenes internacionales, por el otro, en el siguiente sentido:

No se debe perder de vista que los Crímenes de Lesa Humanidad son crímenes internacionales, por lo que pertenecen al ámbito del Derecho Penal Internacional, mientras que las violaciones a los derechos humanos pertenecen al ámbito de la responsabilidad estatal. Si bien hay esfuerzos por tratar de borrar esta diferencia, por lo menos dos aspectos deben tomarse en consideración para seguir sustentándola. Los Crímenes de Lesa Humanidad se han desarrollado siempre en el contexto del Derecho Penal Internacional. Desde las primeras formulaciones en la Carta del Tribunal de Núremberg hasta la redacción vigente prevista en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, su naturaleza siempre ha sido la de un crimen internacional y su formulación siempre se ha elaborado en el contexto del poder punitivo internacional.³⁵

No obstante, los delitos de asociación delictuosa, coacción, lesiones y otros están previstos en la legislación boliviana como actos individuales, y en algún caso forman parte de los crímenes de lesa humanidad. Sin embargo, no contemplan la comisión

³⁴ International Criminal Court, *The Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé*, Public redacted version of Dissenting Opinion judge Herrera Carbuccion (2019), párr. 54. <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-02/11-01/15-1263-anxc-red>.

³⁵ Javier Dondé Matute, “Los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (2011), 218. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3801/11.pdf>.

sistemática y múltiple que es propia de los crímenes internacionales. Además, en la normativa penal vigente no se tiene como sujeto pasivo a la población en general (salvo la modificación introducida por la Ley 348, en el artículo 312 ter). En consecuencia, su persecución se da a través de tipos penales ordinarios.

Sin embargo, el TSJ, a partir de las resoluciones descritas, recategoriza la naturaleza de delitos comunes convirtiéndolos en delitos de lesa humanidad y dotándolos del carácter de imprescriptibles, a pesar de existir principios y normas límite aplicables a estos, como el artículo 22.2 del ECPI.

Ahora bien, en Bolivia, la Ley del Órgano Judicial regula las atribuciones de las salas del máximo tribunal de justicia ordinario, y en su artículo 42 se les atribuye la posibilidad de “sentar y uniformar la jurisprudencia”³⁶ pero no de legislar, y menos de realizar una interpretación extensiva y desfavorable de la legislación penal.

Por ello, los pronunciamientos emitidos en el AS 596/2017 y el AS 993/2022 constituyen al TSJ en una suerte de legislador, al modificar vía interpretación lo determinado por la legislación penal internacional; así como la legislación penal boliviana vigente, en particular, lo regulado por los artículos 132, 271, 294 y 295 del Código Penal, además de los artículos 27, 29, 30, 31 y 32 del Código de Procedimiento Penal.

De esta manera, al existir límites axiológicos y normativos, se observa que este máximo órgano de justicia se extralimita en sus facultades, y más en materia penal, porque lo que se debe de hacer es aplicar la ley penal en un sentido estricto, en especial en observancia de los principios de legalidad y taxatividad; además teniendo en cuenta que si se realiza una interpretación, tendría que fundarse en el principio de favorabilidad (*in dubio pro reo*).

Asimismo, se puede enfatizar la declaración de “infundadas” a las excepciones de prescripción y duración máxima del proceso, alegando la supuesta imprescriptibilidad de los delitos enunciados, lo que de hecho constituye una vulneración del debido proceso, así como del derecho a un plazo razonable y justo.

En resumen, es posible afirmar fundadamente que el TSJ se extralimitó en sus atribuciones, además de que estas resoluciones no son hechos aislados y refuerzan los cuestionamientos al órgano judicial, en cuanto a su independencia e idoneidad.

Conclusiones

Los delitos de lesa humanidad, como acciones y omisiones gravosas, son una afronta a los derechos humanos, al lesionar la humanidad; y, en consecuencia, son imprescriptibles. Asimismo, tienen elementos constitutivos generales, específicos y contextuales que deben de ser contemplados en el desarrollo jurisprudencial de cualquier Estado.

Ahora bien, el Tribunal Supremo de Justicia, de forma cuestionable, ha determinado en el AS 596/2017 y el AS 993/2022 que los delitos de vejaciones, de torturas,

³⁶ ONU, “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”.

de asociación delictuosa, de coacción y de lesiones son delitos de lesa humanidad, por lo cual son imprescriptibles.

A pesar de lo establecido por estas resoluciones es necesario señalar que los delitos de lesa humanidad, como actos individuales, y su persecución a través de tipos penales ordinarios (delitos comunes), están regulados en la legislación penal boliviana, no obstante lo cual no contienen los elementos que los convierten en crímenes internacionales. Por ello, estos delitos son claramente diferenciables, en lo que hace a sus elementos constitutivos, sujetos activos y pasivos, y el contexto de violación de derechos humanos, la cual es general, múltiple y sistemática en el caso de los delitos de lesa humanidad,

En efecto, los citados autos supremos, sustentados en la discrecionalidad e interpretación judicial, se constituyen en precedentes que atentan contra los principios de legalidad, taxatividad, proporcionalidad y debido proceso, entre otros. Además de transgredir un conjunto de normas límite vigentes, al tornar gravosa la situación jurídica de las personas perseguidas por los delitos descritos y al catalogar a estos como delitos de lesa humanidad, con su consecuente imprescriptibilidad.

Por los argumentos expuestos, es necesario que el máximo tribunal ordinario reconduzca su jurisprudencia; de lo contrario, urge acudir a otras instancias judiciales extraordinarias, con el objeto de reconducir la aplicación de la justicia conforme al marco constitucional y legal vigentes.

Finalmente, es de señalar que el Tribunal Supremo de Justicia boliviano, en el marco de sus atribuciones, puede presentar proyectos de ley al órgano competente, para que de forma precisa y con base en estándares internacionales tipifique aquellos delitos que serán contemplados en la legislación interna como de lesa humanidad, en cuanto parte de un ataque generalizado y sistemático; a lo que se han de sumar las consecuentes modificaciones procesales.

Bibliografía

- BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal (Compilación in memoriam)*. Buenos Aires: B de F, 2004.
- TÁMARA, Teodorico Cristóbal. “El principio de legalidad como exigencia mínima de legitimación del poder penal del Estado”. *Revista Oficial del Poder Judicial* 12, n.º 14 (2020). <https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/ropj/article/view/267>.
- DONDÉ MATUTE, Javier. “Los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (2011). <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3801/11.pdf>.
- FLÓREZ, Eduardo Alonso y Carlos Alberto MOJICA. “Discrecionalidad judicial. Desarrollo de una categoría en continua construcción”. *Utopía y Praxis Latinoamericana* 25, n.º 3 (2020). <http://dx.doi.org/10.5281/ZENODO.3907038>.

POSADA MAYA, Ricardo. “Jurisprudencia. Los delitos de lesa humanidad”. *Cuadernos de Derecho Penal*, n.º 4 (2010). <http://dx.doi.org/10.22518/20271743.382>.

RODRÍGUEZ, María Cristina. “Crímenes de lesa humanidad”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29223.pdf>.

Normatividad y jurisprudencia

BOLIVIA. Código de Procedimiento Penal, 1999.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. “Corrigendum to ‘Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the authorisation of an investigation into the situation in the Republic of Côte d’Ivoire’” (2011). <https://www.legal-tools.org/clddoc/5f117aa2c0381207d12do60/>.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Olga Herrera Carbuccion. “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute” (2016). <https://www.legal-tools.org/clddoc/63c06acb38e3ce06be7c399/>.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Hans-Peter Kaul. “Corrigendum of the Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the authorization of an investigation into the situation in the Republic of Kenya” (2010). <https://www.legal-tools.org/clddocs/5f117ab5c0381207d12doaf4/pdf>.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Hans-Peter Kaul. “Decision on the confirmation of charges pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute” (2012). <https://www.legal-tools.org/clddoc/5f117a99c0381207d12do11/>.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *The Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé*, Opinion of judge Cuno Tarfusser (2019). <https://www.legal-tools.org/clddoc/5f117bddc0381207d12d153f/>.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *The Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé*. Public redacted version of Dissenting Opinion judge Herrera Carbuccion (2019). <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-02/11-01/15-1263-anxc-red>.

ONU. “Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”. ONU, 17 de julio de 1998. [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf).

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. “Auto Supremo n.º 596/2017 de 14 de agosto de 2017”. Tribunal Supremo de Justicia, 2017. <blob:https://jurisprudencia.tsj.bo/e298acao-84d8-4dda-b86c-a25ec8c29365>.

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. “Auto Supremo n.º 993/2022 de 12 de agosto de 2022”. Tribunal Supremo de Justicia, 2022. <blob:https://jurisprudencia.tsj.bo/7b7a80c1-3dc7-42e0-a94d-72ed2065693a>.

Diego Platz Pereira* (Brasil)

A integração jurídica latino-americana: possibilidades de seu fomento na Constituição Federal brasileira por meio de Comparação Constitucional

RESUMO

O artigo tematiza a integração jurídica latino-americana como objetivo constitucional por meio do parâmetro normativo do artigo 4, parágrafo único da Constituição Federal brasileira. A problemática trabalhada é se e como esse objetivo constitucional serve como fundamento para a prática de comparação constitucional da jurisdição constitucional brasileira voltada ao contexto latino-americano. O escopo é analisar se, por que e como a comparação constitucional pela jurisdição constitucional pode fomentar o artigo 4, parágrafo único da Constituição. A pesquisa é qualitativa e desenvolve-se por meio de revisão bibliográfica. Em conclusão, reafirma-se a tese de que o objetivo constitucional em questão pode ser legitimamente fomentado pela jurisdição constitucional por meio da prática contextualizada de comparação constitucional no espectro latino-americano.

Palavras-chave: Integração Latino-americana; Comparação Constitucional; Jurisdição Constitucional.

Latin American Legal Integration: Possibilities for its promotion in the Brazilian Federal Constitution through constitutional comparison

ABSTRACT

The article focuses on legal integration in Latin America as a constitutional objective through the normative parameter of Article 4, Sole Paragraph of the Brazilian Federal Constitution. The issue at hand is whether and how this constitutional objective can serve as foundation for the constitutional comparison practice of Brazil's constitu-

* "Doutorando e Mestre em Direito pela Universität Münster (Alemanha) e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (Brasil)". diegoalonsopereira@gmail.com. Orcid: [0009-0001-9615-4703](https://orcid.org/0009-0001-9615-4703).

tional jurisdiction with a view to the Latin American context. The scope is to analyze if, why, and how constitutional comparison by the constitutional jurisdiction can promote Article 4, Sole Paragraph of the Constitution. The research is qualitative and is conducted through a literature review. It concludes by reaffirming the thesis that the constitutional objective in question can be legitimately furthered by the constitutional jurisdiction through the contextualized practice of constitutional comparison in the Latin American spectrum.

Keywords: Latin American integration; constitutional comparison; constitutional jurisdiction.

Die rechtliche Integration Lateinamerikas: Möglichkeiten zu ihrer Förderung in der brasilianischen Verfassung mithilfe der Verfassungsvergleichung

ZUSAMMENFASSUNG

Thema des Artikels ist die rechtliche Integration Lateinamerikas als Verfassungsziel auf der Grundlage des normativen Maßstabes von Artikel 4, einziger Absatz der brasilianischen Bundesverfassung. Dabei geht es um die Frage, ob und wie das genannte Verfassungsziel als Grundlage für die Praxis des Vergleichs der brasilianischen Verfassungsgerichtsbarkeit mit dem lateinamerikanischen Kontext dienen kann. Die Reichweite dieser Analyse ist durch die Frage vorgegeben, ob, warum und wie die Verfassungsvergleichung durch die Verfassungsgerichtsbarkeit zur Unterstützung von Artikel 4 der Verfassung in Frage kommt. Es handelt sich um eine qualitative Untersuchung mithilfe einer Literaturübersicht. Abschließend lässt sich die These bekräftigen, dass das genannte Verfassungsziel legitimerweise durch die Verfassungsgerichtsbarkeit mithilfe der kontextualisierten Praxis der Verfassungsvergleichung im lateinamerikanischen Umfeld gefördert werden kann.

Schlüsselwörter: Lateinamerikanische Integration; Verfassungsvergleichung; Verfassungsgerichtsbarkeit.

Introdução

A integração latino-americana no sentido da Constituição Federal brasileira (CF)¹ é frequentemente entendida como um comando normativo programático que se destina primariamente ao direcionamento da política externa brasileira. Os efeitos dessa norma à jurisdição constitucional são considerados, via de regra, sob a perspectiva do controle de convencionalidade, especialmente das normas do direito interamericano. Nesse cenário, a análise de possibilidades de fomento do artigo 4, parágrafo único da CF por meio de outras práticas da jurisdição constitucional é relativamente escassa na literatura especializada. O efeito rebote disso é que o entendimento da

¹ Especialmente no sentido do artigo 4, parágrafo único da CF.

própria eficácia normativa do artigo 4, parágrafo único da CF, especialmente sobre a jurisdição constitucional, permanece pouco diverso na doutrina nacional.

Levando isso em consideração, este trabalho busca investigar *se, por que* e (sinteticamente) *como* a comparação constitucional pela jurisdição constitucional pode funcionar como fomento normativo do artigo 4, parágrafo único. Com isso, objetiva-se aprofundar tanto a discussão sobre a vinculação da jurisdição constitucional ao artigo 4, parágrafo único da CF quanto o debate sobre a legitimidade da jurisdição constitucional para a realização de comparação constitucional. A tese deste artigo é: o objetivo constitucional do artigo 4, parágrafo único da CF pode ser legitimamente fomentado pela jurisdição constitucional brasileira por meio da prática contextualizada de comparação constitucional no espectro latino-americano.

A abordagem temática passará pela análise 1) do artigo 4, parágrafo único da CF como objetivo constitucional, 2) do vínculo da jurisdição constitucional aos objetivos constitucionais e, em seguida, da 3) comparação constitucional como possibilidade normativa de fomento do artigo 4, parágrafo único da CF. Conscientemente, será usado o termo “fomento normativo” ao invés de “realização” ou “concretização” normativa do objetivo constitucional do artigo 4, parágrafo único da CF de maneira preferencial, a fim de enfatizar as multifacetadas possibilidades normativas de aplicação de objetivos constitucionais. A pesquisa é qualitativa e desenvolve-se especialmente por meio de revisão bibliográfica.

1. Artigo 4, parágrafo único da CF como objetivo constitucional

Sabidamente, sistemas jurídico-constitucionais podem conter normas ou programas de caráter finalístico,² apesar das normas de caráter condicional serem em princípio mais afins à racionalidade jurídica.³ Nesse viés, a Constituição Federal brasileira dispõe de objetivos constitucionais, que podem ser compreendidos como uma subcategoria das normas programáticas constitucionais, conforme entendidas pela doutrina constitucional brasileira majoritária.⁴

² Cf. Marcelo Neves, *A constitucionalização simbólica* (São Paulo: Editora Acadêmica, 1994), 102-103.

³ Cf. Niklas Luhmann e Paul Wolf, “Positives Recht und Ideologie”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 53, n.º 4 (1967): 557-561.

⁴ As definições sobre normas programáticas são diversas no entendimento da doutrina brasileira, coadunam-se, contudo, quanto à assunção de uma definição abrangente que incorpora não somente objetivos constitucionais, como também outros tipos normativos, tais quais, p. ex., certos princípios, programas, tarefas e diretrizes erigidos pelo constituinte federal. Cf. p. ex.: Raul Machado Horta, “Estrutura, Natureza e Expansividade das Normas Constitucionais”, *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* 33 (1991): 6; Regina Maria Macedo Nery Ferrari, “Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade” (Tese de Doutorado, Universidade Federal do Paraná, 2000), 232; Ingo Wolfgang Sarlet, “Proibição

Os objetivos constitucionais, por sua vez, não se restringem aos objetivos fundamentais da República positivados no artigo 3 da CF. Mais que isso, eles abrangem numerosas prescrições constitucionais que se voltam à realização normativo-constitucional no futuro⁵ e destinam-se primariamente não à fixação de fronteiras, mas sim ao estabelecimento de direções à atividade estatal.⁶ Para além de demais nuances a título de definição que não integram o objeto específico de estudo deste texto, os objetivos constitucionais são normas essencialmente de direito constitucional objetivo, a despeito de poderem gerar direitos subjetivos negativos e positivos.⁷

Em discussões sobre diálogos entre tribunais constitucionais e internacionais na América Latina, especialmente no tocante ao desenvolvimento jurisprudencial de normas constitucionais, a atenção sobre o artigo 4, parágrafo único da CF fica ofuscada diante da atenção às normas oriundas dos artigos 4, I a X (sobretudo do inciso II) e artigo 5, parágrafos 2º e 3º da CF.⁸ O eixo discursivo orienta-se, assim, frequentemente e com boas razões, nas relações entre o direito interno e o direito internacional ou estrangeiro por meio de análises normativas dos controles de convencionalidade e de constitucionalidade,⁹ baseadas nas referidas regras e princípios constitucionais que regem as relações internacionais brasileiras.¹⁰

de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 82 (2006): 251; e José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das Normas Constitucionais* (São Paulo: Malheiros, 2007), 98 ss.

⁵ Cf. Horta, “Estrutura, Natureza e Expansividade das Normas Constitucionais”, 5.

⁶ Cf. Ulrich Scheuner, “Staatszielbestimmungen”, em *Staatstheorie und Staatsrecht: Gesammelte Schriften*, ed. por Joseph Listl e Wolfgang Rübner (Berlin: Duncker & Humblot, 1978), 233.

⁷ Cf. Fábio Corrêa Souza de Oliveira, “Eficácia positiva das normas programáticas”, *Revista Brasileira de Direito* 11, n.º 1 (2015): 35-37.

⁸ Cf. Bruno Barbosa Borges e Flávia Piovesan, “O diálogo inevitável interamericano e a construção do *Ius Constitutionale Commune*”, *Revista direitos fundamentais e democracia* 24, n.º 3 (2019): 11-15; Patrícia Perrone Campos Mello, “Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina tem uma contribuição a oferecer?”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas* 9, n.º 2 (2019): 271-274; e Mariela Morales Antoniazzi, “Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune* en derechos humanos en América Latina”, em *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión*, ed. por Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017), 426. Diferentemente em Luciana Andrea Accorsi Berardi, “A comunidade latino-americana de Nações (C.F., parágrafo único, art. 4º): O paradigma da União Européia” (Tese de doutorado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010), 209-259.

⁹ Cf. Borges e Piovesan, “O diálogo inevitável interamericano e a construção do *Ius Constitutionale Commune*”, 12-13.

¹⁰ Diferentemente em Michael Freitas Mohallem, “Horizontal Judicial Dialogue on Human Rights: The Practice of Constitutional Courts in South America”, em *Judicial Dialogue and Human Rights*, ed. por Amrei Müller (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), 67-113.

Isso se deve, ao menos parcialmente, ao fato de que o artigo 4, parágrafo único da CF possui mais características normativas de objetivo constitucional e distancia-se, desse modo, dos demais dispositivos do artigo 4 da CF.¹¹ Há ao menos três pontos de vista fulcrais para fundamentar essa leitura do artigo 4, parágrafo único da CF.

O primeiro relaciona-se à própria interpretação linguística do parágrafo único. Distintamente dos incisos I a X do artigo 4, que são listados como princípios regentes das relações internacionais brasileiras (artigo 4, *caput*), o parágrafo único destaca-se como uma norma correlacionada à temática do artigo 4, sem, todavia, constituir um inciso “XI”. Dessa maneira, a natureza normativa dessa norma pode ser, presumidamente, tomada como diferenciada.

Ademais, o tempo verbal utilizado no parágrafo único é o futuro (“buscará”), enquanto o *caput* – e a maior parte dos artigos da CF – utilizam o tempo verbal do presente. Esses aspectos apontam não somente linguisticamente, mas também para um trato teleológico diverso dessa norma.

O segundo vincula-se ao caráter sistematicamente abrangente do artigo 4, parágrafo único no tocante às relações brasileiras com demais nações latino-americanas, tomando em conta as demais normas constitucionais de abertura e de ampla interação com o direito internacional e de outros países.¹² Nesse sentido, o parágrafo único exerce uma espécie de função de norma “guarda-chuva”, direcionando a atividade estatal brasileira à integração dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana.

O terceiro está conectado com o momento histórico de origem dessa norma constitucional. A Constituição Federal de 1988 surge no contexto de redemocratização de estados latino-americanos e de promulgação de constituições tais quais a da Colômbia (1991), do Paraguai (1992), do Peru (1993) e da Argentina (1994). O artigo 4, parágrafo único da CF passou a integrar, assim, tanto uma decisão político-jurídica quanto uma afirmação histórica de reaproximação e reconstrução de vínculos entre nações latino-americanas.

Considerando essas questões, é patente que o objetivo constitucional da integração latino-americana no sentido do artigo 4, parágrafo único da CF abrange, para além da integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, a integração jurídica deles em sentido amplo. Por integração jurídica

¹¹ Cf. Guilherme Camargo Massau, “A função dos princípios fundamentais do Art. 4 da Constituição Federal de 1988”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 94 (2018): 471.

¹² Essa característica do artigo 4, parágrafo único da CF foi semelhantemente destacada no voto do Min. Gilmar Mendes no RE 466.343-1. A discussão sobre a plausibilidade da tese da supralegalidade normativa dos tratados internacionais não será, entretanto, enfrentada neste trabalho. Cf. Brasil, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n.º 466-343-1, *Diário Oficial da União*, 03 dez. 2008, 1149-1150; e crítica em Leonardo Martins e Thiago Oliveira Moreira, “Constitucionalidade e Convencionalidade de Atos do Poder Público: concorrência ou hierarquia? Um contributo em face da situação jurídico-constitucional brasileira”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* 27 (2011): 467-468.

não se faz referência, primariamente, a ideias de formação de um estado ou bloco regional latino-americano único, mas sim ao intercâmbio de experiências e práticas jurídicas.¹³ Além disso, assume-se que as outras formas de integração mencionadas textualmente na Constituição Federal pressupõem a necessidade de integração jurídica entre as nações cooperantes.

2. Vínculo da jurisdição constitucional aos objetivos constitucionais

Como normas constitucionais sem um destinatário pré-determinado constitucionalmente, os objetivos da Constituição Federal vinculam todo o poder estatal brasileiro.¹⁴ Via de regra, isso não constitui objeto de grande discussão na literatura.¹⁵ O que sim tende a ser objeto de controvérsia é em que medida há vinculação dos poderes constituídos – e, em especial, da jurisdição constitucional – aos objetivos constitucionais e quais são as consequências a partir dessa vinculação.¹⁶

No cenário jurisprudencial e doutrinário brasileiro, o conceito de vinculação da jurisdição constitucional aos objetivos constitucionais foi fortemente influenciado pela teoria tripartite de José Afonso da Silva,¹⁷ segundo a qual as normas constitucionais programáticas seriam normas de eficácia limitada.¹⁸ Essa concepção tem recebido, contudo, críticas, especialmente em virtude de i) ignorar a abrangente eficácia limitada de normas constitucionais diante do direito constitucional colidente e dos

¹³ A despeito de peculiaridades da concepção do *Ius Constitutionale Commune*, de maneira semelhante em Armin von Bogdandy, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: Aclaración conceptual”, em *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión*, ed. por Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017), 147. Uma visão crítica do *Ius Constitutionale Commune* pode ser encontrada em Ana Micaela Alterio, “El *Ius Constitutionale Commune* Latinoamericanum y los desafíos de la judicialización de la política”, *Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas* 20 (2018): 14-15.

¹⁴ Cf. Silva, *Aplicabilidade*, 138 ss.

¹⁵ Uma exceção na literatura alemã pode ser encontrada em Anke Brenne, *Soziale Grundrechte in den Landesverfassungen* (Frankfurt am Main: Peter Lang, 2003): 162-164.

¹⁶ Essa discussão sobre o vínculo dos poderes constituídos e da jurisdição constitucional a normas semelhantes aos objetivos constitucionais também é realizada em diversos outros círculos jurídicos, tais quais o alemão, o indiano, o irlandês, o português e o espanhol: cf. Karl-Peter Sommermann, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen* (Tübingen: Mohr Siebeck, 1997), 5-6 e 336-346; Gerard Hogan, “Directive principles, socio-economic rights and the constitution”, *Irish Jurist* 36 (2001): 174-175; e, Lael K. Weis, “Constitutional Directive Principles”, *Oxford Journal of Legal Studies* 37, n.º 4 (2017): 919-921.

¹⁷ A concepção de Silva foi, por sua vez, marcadamente influenciada pela classificação de Vezio Crisafulli: cf. Carlos Eduardo Nobre Correia, “Eficácia das normas constitucionais programáticas” (Dissertação de mestrado, Universidade de São Paulo, 2012), 35-36.

¹⁸ Cf. Silva, *Aplicabilidade*, 76 ss.

limites constitucionais imanentes,¹⁹ de ii) criar uma relação ampla de dependência dessas normas à atividade legislativa, enquanto não são todas as normas programáticas que têm o legislador ordinário como destinatário principal,²⁰ e, especificamente no tocante a normas oriundas da interpretação conjunta de objetivos constitucionais com direitos fundamentais, de iii) não corresponder à aplicação imediata dessas normas segundo o artigo 5, parágrafo 1º da CF.²¹

Observando a prática de aplicação das normas constitucionais do STF e do STJ, é constatável que, em determinados casos, são delineadas consequências jurídicas concretas a partir de interpretações relacionadas a objetivos constitucionais. Sendo assim, a noção de eficácia limitada dessas normas reflete-se somente parcialmente na jurisprudência desses tribunais. A título exemplificativo, a necessidade de promulgação de Lei Complementar para a fixação de diretrizes à isenção de tributos estaduais na ADPF 198, de acordo com o artigo 155, parágrafo 2º, inciso XII, alínea g da CF, a fim de respeitar o princípio federativo, foi afirmada, p. ex., em combinação com os objetivos constitucionais positivados no artigo 3, incisos II e III da CF.²² Oliveira destaca que, em não raras situações, são desenvolvidos até mesmo direitos subjetivos positivos pela jurisprudência constitucional brasileira a partir normas programáticas e objetivos constitucionais.²³

Com isso, a despeito do caráter teleológico e voltado ao futuro e do alto grau de abstração de dados objetivos constitucionais, vê-se que há conteúdos normativos dessas disposições que podem ser objeto de interpretação e aplicação constitucional. Por um lado, é possível o estudo de garantias normativas mínimas ou de conteúdos centrais de cada objetivo constitucional que podem ser assegurados ou exigidos condicionalmente (lógica “se... então”) e de maneira autônoma ou combinada com outras normas constitucionais pela via judicial – ainda que a decisão jurisdicional se restrinja a determinar ao Legislativo o suprimento de uma omissão legislativa total ou parcial.²⁴ Por outro, pode-se interpretar a normatividade de um objetivo cons-

¹⁹ Cf. Virgílio Afonso da Silva, “O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais”, *Revista de Direito do Estado* 4 (2006): 45-46.

²⁰ Semelhante à diferenciação alemã entre *Staatszielbestimmungen* und *Gesetzgebungsaufträge*: cf. Scheuner, “Staatszielbestimmungen”: 230-231; e Sommermann, *Staatsziele*, 362-363.

²¹ Cf. Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, *Teoria geral dos direitos fundamentais* (São Paulo: Atlas, 2014), 96.

²² Cf. Brasil, Supremo Tribunal Federal, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 198, *Diário Oficial da União*, 18 ago. 2020, 11-14. Mais exemplos de casos que foram decididos em combinação com o artigo 3, inciso II da CF podem ser encontrados em Edilson Pereira Nobre Júnior, “A jurisdição constitucional e os direitos fundamentais: uma análise em torno do direito ao desenvolvimento”, *Revista de Direito Administrativo e Constitucional* 46 (2011), 70-72.

²³ Cf. Oliveira, “Eficácia positiva das normas programáticas”, 39-43.

²⁴ No contexto alemão, são discutidas tanto a demarcação de conteúdos centrais (*Kerngehalt*) e judicialmente exigíveis de objetivos constitucionais (*Staatsziele* ou *Staatszielbestimmungen*) quanto a determinação judicial ao legislador de suprir omissões e invalidades

titucional não somente como uma garantia constitucional de natureza condicional, mas também como eminentemente teleológica. Nesse sentido, os objetivos constitucionais poderiam, em princípio, desenvolver efeitos diretivos ou de influência sobre a interpretação teleológica de normas constitucionais em geral – e não somente de objetivos constitucionais –, além de influenciar práticas da jurisdição constitucional.

Esses efeitos dos objetivos constitucionais sobre a interpretação teleológica de normas constitucionais e práticas jurisdicionais podem ser divididos, no tocante à aplicação deles pela jurisdição constitucional, em um aspecto deontológico e em um teleológico em sentido estrito.²⁵ O deontológico concentra-se normativamente no dever da jurisdição constitucional, como co-destinatária dos objetivos constitucionais, de considerar a teleologia da própria constituição ao interpretar e aplicar teleologicamente as normas constitucionais. O teleológico em sentido estrito, por sua vez, destina-se primariamente não à consideração normativa dos objetivos constitucionais sobre a interpretação teleológica das normas constitucionais, mas sim à otimização e concretização jurisdicional dos objetivos constitucionais. Ele vai além do aspecto deontológico, nesse viés, por pressupor a capacidade da jurisdição constitucional tanto de discernir qual seria a forma “ótima” de realização dos objetivos constitucionais como também de decidir quais medidas seriam necessárias para o alcance dessa forma “ótima”.

Diante disso e considerando colisões normativas entre os princípios constitucionais (como o democrático [art. 1, *caput* da CF] e o de separação dos poderes [art. 2, *caput* da CF]), a assunção do tipo de vínculo da jurisdição constitucional aos objetivos constitucionais depende, em última linha, não somente do direito constitucional vigente, mas também da filosofia do direito do intérprete das normas constitucionais em questão.²⁶ De toda maneira, partindo-se de uma concepção fundamental de eficácia normativa ampla dos objetivos constitucionais sobre os poderes constituídos,

inconstitucionais: cf. Sommermann, *Staatsziele*, 439-447; Angélica-María Arango-Díaz, “Der Einfluss von Staatszielbestimmungen auf die Rechtsauslegung und die Rechtmäßigkeitskontrolle von Bebauungsplänen am Beispiel des Art. 20a GG” (Tese de Doutorado, Universität Regensburg, 2018), 52-58; Holger Schmitz e Philipp Stammler, „Mehr Freiheiten für den nationalen Gesetzgeber!: Die Rechtsprechung des EuGH und des BVerfG zur zeitlichen Beschränkung von Urteilstwirkungen“, *Archiv des öffentlichen Rechts* 136, n.º 3 (2011), 484; Georg Blasberg, *Verfassungsgerichte als Ersatzgesetzgeber: Entscheidungsaussprüche bei Normenkontrollen von Bundesverfassungsgericht und Corte Costituzionale* (Frankfurt am Main: Peter Lang, 2002), 137; e Gilmar Ferreira Mendes, „O apelo ao legislador – *Appellentscheidung* – na praxis da Corte Constitucional Federal alemã“, *Revista de direito administrativo* 188 (1992): 43 ss.

²⁵ Essa diferenciação assemelha-se, em sua lógica, à feita por Günther e à distinção de Habermas entre normas e valores: Cf. Klaus Günther, “Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des regulativen Rechts”, em *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, ed. por Dieter Grimm (Baden-Baden: Nomos Verlag, 1990), 63-64; e Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994), 311-313.

²⁶ Cf. Robert Alexy, “Juristische Interpretation”, em *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*, ed. por Robert Alexy (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995), 91-92.

pode-se assumir, minimamente, que a jurisdição constitucional está vinculada a essas normas constitucionais por meio de seu aspecto deontológico. O acolhimento ou a rejeição do aspecto teleológico em sentido estrito exigiria um debate mais profundo que ultrapassa o objeto de interesse deste estudo.

Posta a vinculação teleológica da jurisdição constitucional aos objetivos constitucionais em sentido deontológico, pode-se dizer que tanto as decisões quanto as práticas jurisprudenciais constitucionais somente podem divergir em seu *telos* dos objetivos constitucionais mediante fundamentações específicas que enfrentem essa matéria. Caso contrário, é vinculante a tomada de decisões de maneira que não prejudique os objetivos constitucionais pertinentes ao caso concreto e, quando possível, os fomente. Deixando de lado o aspecto teleológico em sentido estrito, é necessária uma fundamentação mínima que se volte não a determinar qual é a melhor forma de fomento do objetivo constitucional, mas sim a justificar por que a decisão fomenta em alguma medida os objetivos constitucionais aplicáveis ou, ao menos, não os viola normativamente.²⁷

3. Comparação constitucional como possibilidade normativa de fomento do artigo 4, parágrafo único da CF

Como destacado, esse fomento ou “não-prejuízo” da jurisdição aos objetivos constitucionais pode desenrolar-se não somente através da consideração do direito material na interpretação teleológica, como também através de práticas da jurisdição constitucional. À vista disso, tratar-se-á neste tópico da possibilidade normativa de fomento do artigo 4, parágrafo único da CF por meio de uma possível prática da jurisdição constitucional: a comparação constitucional. Para tanto, tecer-se-á, inicialmente, i) considerações gerais sobre a comparação constitucional, para em seguida ii) relacioná-la, como prática, ao artigo 4, parágrafo único da CF. Enfim iii), serão feitas breves observações acerca do fortalecimento de uma cultura jurídica brasileira de comparação constitucional.

3.1. Considerações gerais sobre a comparação constitucional

Como disciplina, a comparação constitucional não pode ser categorizada como uma matéria de acesso exclusivo a juristas. Ao contrário, o estudo e a análise comparativa do direito constitucional são, em si, interdisciplinares e podem constituir

²⁷ Nesse ponto, pode ser problematizado o conflito normativo entre diferentes objetivos constitucionais na interpretação constitucional. Devido à complexidade dessa temática e ao fato de que ela não constitui o objeto específico deste estudo, remete-se o leitor a outros textos que introduzem a temática: cf. Sommermann, *Staatsziele*, 411-415; e Günther, “Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des regulativen Rechts”, 63.

objeto de interesse da ciência política, da sociologia ou da história, p. ex.²⁸ Wahl, nesse sentido, defende a visão da comparação constitucional como comparação de culturas, no sentido de que a compreensão do direito de um país perpassa a compreensão do direito vivido e praticado, e não simplesmente de categorias abstratas de livros de direito.²⁹

Metodologicamente, a comparação constitucional pode ter diversos objetos de interesse e se concentrar sobre diferentes aspectos. Jackson identifica ao menos cinco abordagens para a análise comparativa de sistemas constitucionais: i) a classificatória, ii) a histórica, iii) a universalista, iv) a funcional e consequencial e v) a contextual, expressivista e autorrefletida.³⁰ A despeito de essas abordagens poderem ser aplicadas mediante diferentes combinações entre elas, pode-se dizer que o método mais utilizado é o funcional, que fundamentalmente dirige-se à análise de como outros sistemas constitucionais tratam problemas jurídicos semelhantes.³¹ Mais especificamente, análises funcionais podem dedicar-se ao levantamento de razões e maneiras pelas quais instituições ou doutrinas constitucionais funcionam como funcionam, ao estudo detalhado de casos concretos para entender como uma instituição ou doutrina constitucional funciona em outros sistemas constitucionais ou ao estudo vasto de causas e correlações entre dados arranjos institucionais e outros fenômenos, desejáveis ou não.³²

Em consideração breve da comparação constitucional por meio de abordagens funcionais, pode-se sustentar, centralmente, que: i) é decisivo considerar em quais condições concretas decisões ou jurisprudências foram desenvolvidas, ou, em outras palavras: *context matters*;³³ ii) textos constitucionais semelhantes frequentemente não levam a consequências jurídico-institucionais equivalentes;³⁴ iii) comparabilidade

²⁸ Cf. Vicki C. Jackson, “Comparative Constitutional Law, Legal Realism, and Empirical Legal Science”, *Boston University Law Review* 96, n.º 4 (2016): 1363-1364.

²⁹ Cf. Rainer Wahl, „Verfassungsvergleichung als Kulturvergleichung“, em *Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung*, ed. por Rainer Wahl (Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2003), 108-111. Para um trato cultural da comparação constitucional por meio de uma visão culturalista da própria teoria constitucional: cf. Peter Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft* (Berlin: Duncker und Humblot, 1998), 312-318; bem como Gustavo Vitorino Cardoso, “O direito comparado na jurisdição constitucional”, *Revista Direito GV* 6, n.º 2 (2010): 478-486.

³⁰ Cf. Vicki C. Jackson, “Comparative Constitutional Law: Methodologies”, em *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, ed. por Michel Rosenfeld e Andrés Sajó (Oxford: Oxford University Press, 2012), 55-67.

³¹ Cf. Michaela Hailbronner, “Yes We Can!: Mehr Rechtsvergleichung wagen!“, em *Wandlungen im Öffentlichen Recht*, ed. por Sebastian Bretthauer *et al.* (Baden-Baden: Nomos Verlag, 2020), 413.

³² Cf. Jackson, “Comparative Constitutional Law: Methodologies”, 63-66.

³³ Cf. Susanne Baer, “Zum Potenzial der Rechtsvergleichung für den Konstitutionalismus“, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 63 (2015): 394-395.

³⁴ Para uma abordagem mais detalhada, cf. Rainer Wahl, „Wenn zwei Grundgesetze dasselbe sagen, dann ist es nicht dasselbe: Verfassungsrecht in Kontexten“, em *Rechtswege*:

pode ser mais facilmente estabelecida por meio de referência a problemas jurídicos concretos; iv) o objetivo da comparação constitucional é, via de regra, o de adquirir uma melhor compreensão do próprio sistema constitucional³⁵ e não deve servir, por isso, à criação de parâmetros normativos que não se fundamentem, em última linha, a partir do próprio regime constitucional;³⁶ v) especialmente se realizada por tribunais, a transparência da comparação constitucional na argumentação jurídica é fundamental para aferição das reais razões de convencimento frente a um problema concreto, inclusive no tocante à seleção de quais fontes estrangeiras serão usadas na comparação;³⁷ e vi) tanto o “nominalismo” quanto o “particularismo provinciano” no sentido de Ackermann não conduzem a um trato apropriado da comparação constitucional.³⁸

Sendo assim, a comparação constitucional em termos funcionais serve a diferentes escopos, tais quais o oferecimento de argumentos jurídicos, de estratégias institucionais e de soluções amplas para o trato de problemas constitucionais.³⁹ Ela é capaz, além disso, de fomentar o entendimento e aproximação entre diferentes nações,⁴⁰ de colaborar à identificação de associações causais entre fenômenos e dados arranjos institucionais⁴¹ e de contribuir para a dogmática no contexto de um constitucionalismo global.⁴²

Kontextsensible Rechtswissenschaft vor der transnationalen Herausforderung, ed. por Dieter Grimm, Alexandra Kemmerer e Christoph Möllers (Baden-Baden: Nomos Verlag, 2015), 35 ss. Uma visão crítica no contexto latino-americano pode ser encontrada em Alterio, “El *Ius Constitutionae Commune Latinoamericanum* y los desafíos de la judicialización de la política”, 14-15.

³⁵ Cf. Hailbronner, “Yes We Can!: Mehr Rechtsvergleichung wagen!”, 415.

³⁶ Para uma crítica às decisões do STF que instituíram a tese da supralegalidade dos tratados internacionais no cenário brasileiro que aborda essa questão: cf. Dimoulis e Martins, *Teoria*, 34-38.

³⁷ Cf. Emilio Peluso Neder Meyer, “Repensando o Direito Constitucional Comparado no Brasil”, em *Direito Constitucional Comparado: perspectivas contemporâneas*, ed. por Emilio Peluso Neder Meyer (Porto Alegre: Editora Fi, 2020), 26.

³⁸ Cf. Bruce Ackermann, “The Rise of World Constitutionalism”, *Virginia Law Review* 83, n.º 4 (1997): 794. O autor identifica como nominalismo a consideração de haver uma relação de igualdade ou similitude entre diferentes conceitos ou instituições de diferentes sistemas jurídicos (p. ex. há diversas “cortes constitucionais” que funcionam de maneiras estrondosamente diferentes). O particularismo provinciano, por sua vez, refere-se a um fechamento metodológico à comparação constitucional por meio do foco exagerado nas peculiaridades das realidades locais.

³⁹ De maneira semelhante em María Dolores Collazos, “¿Por qué comparar? Propósitos y desafíos del derecho constitucional comparado en el siglo XXI”, *Precedente* 18 (2021): 19-20; Hailbronner, “Yes We Can!: Mehr Rechtsvergleichung wagen!”, 409-410; e Ackermann, “The Rise of World Constitutionalism”, 794-795.

⁴⁰ Cf. Collazos, “¿Por qué comparar? Propósitos y desafíos del derecho constitucional comparado en el siglo XXI”, 20-21.

⁴¹ Cf. Jackson, “Comparative Constitutional Law: Methodologies”: 65.

⁴² Cf. Susanne Baer, “Verfassungsvergleichung und reflexive Methode: Interkulturelle und intersubjektive Kompetenz”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*

3.2. O fomento jurisdicional do artigo 4, parágrafo único da CF por meio da comparação constitucional

Em seu artigo 39, 1c, a Constituição da África do Sul enuncia que as cortes, os tribunais e os fóruns nacionais podem (*may*) considerar o direito estrangeiro ao interpretarem sua *Bill of Rights*. Não há um artigo como esse na Constituição Federal brasileira. Ainda assim, é possível assumir que a realização de comparação constitucional pela jurisdição constitucional é capaz de legitimamente fomentar a integração jurídica latino-americana nos termos do artigo 4, parágrafo único da CF.

A legitimidade jurisdicional para tanto pode ser aferida a partir de dois argumentos centrais, um mais abrangente e um mais específico.

O mais abrangente decorre das próprias boas razões para se realizar comparação constitucional em geral. A busca por racionalidade para a interpretação e aplicação do direito pode ser eficazmente apoiada por meio de análises e argumentos de natureza comparativa. Considerando a existência fundamental de ao menos uma expectativa legítima de racionalidade das decisões judiciais, pode-se assumir que o uso de comparação constitucional, ainda que não normativamente exigido, pode confluir ao alcance ou ao aumento de racionalidade de decisões judiciais.⁴³

O mais específico coaduna-se diretamente com o artigo 4, parágrafo único da CF e com a comparação constitucional voltada ao contexto latino-americano. Ele decorre do aspecto deontológico na teleologia dos objetivos constitucionais e seus efeitos sobre as práticas jurisdicionais.⁴⁴ Já que o artigo 4, parágrafo único da CF objetiva a integração jurídica latino-americana em sentido amplo, vincula todos os poderes constituídos e essa integração é possível de ser fomentada por meio da realização de comparação constitucional pela jurisdição, pode-se assumir que há um parâmetro constitucional que legitima a jurisdição à prática comparativa no contexto latino-americano.

Para além da legitimidade, contudo, deve ser atestável a capacidade factual de fomento (e não prejuízo) da integração jurídica latino-americana, nos termos do artigo 4, parágrafo único da CF, por meio de comparação constitucional através de tribunais e fóruns. Há ao menos três boas razões para fundamentá-la.

64 (2004): 738 e 755. Críticas a essa visão podem ser encontradas nesse próprio texto de Baer (p. 737). Para uma crítica da dogmática em face da comparação constitucional no contexto alemão: cf. Oliver Lepsius, "Kritik der Dogmatik", em *Was weiß Dogmatik?: Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?*, ed. por Gregor Kirchhof, Stefan Magen e Karsten Schneider (Tübingen: Mohr Siebeck, 2012), 46 e 60.

⁴³ Fazendo uso de uma palavra alemã, pode-se dizer que a comparação constitucional pode ser *zweckmäßig* à busca de racionalidade em decisões judiciais. Semelhantemente em Stefan Martini, *Vergleichende Verfassungsrechtsprechung: Praxis, Viabilität und Begründung rechtsvergleichender Argumentation durch Verfassungsgerichte* (Berlin: Duncker & Humblot, 2018), 572-575.

⁴⁴ Vide tópico 2.

A primeira é que a comparação constitucional é frequentemente entendida não somente como uma prática voltada à decisão do caso *sub judice*, mas também como uma prática dialogal construtiva.⁴⁵ Em outras palavras, a atividade comparativa oferece novas leituras e críticas acerca de outras realidades constitucionais, que podem ser (e são) aproveitadas, por sua vez, por outros tribunais.⁴⁶

A segunda relaciona-se à vinculação comum a tratados e convenções internacionais e à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) no cenário latino-americano. Por meio dela e de cláusulas de abertura de diversas ordens constitucionais latino-americanas,⁴⁷ é de interesse das jurisdições constitucionais desenvolver conjuntamente (e contextualmente) devidas interpretações e maneiras de aplicação de normas internacionais, sobretudo de direitos humanos.⁴⁸ Nesse sentido, a observância a essas normas e à jurisprudência da CIDH ao aplicar o direito constitucional nacional representa tanto uma característica comum quanto um desafio compartilhado no meio latino-americano, com o qual também se pode lidar por meio da comparação constitucional.

A terceira, por fim, decorre do efeito indireto da prática jurisdicional da comparação constitucional sobre o estudo científico e o diálogo em sociedade, especialmente nos meios universitários e jurídico-jornalísticos. Na medida em que a crítica a decisões judiciais é desenvolvida a partir da análise não somente do resultado (dispositivo) da decisão, como também dos fundamentos dela, é patente que a comparação constitucional por tribunais tende a conduzir à comparação constitucional crítica no ambiente acadêmico e social em sentido amplo.⁴⁹ Sendo ela realizada com foco

⁴⁵ Cf. Paola Andrea Acosta, “*Ius Commune* interamericano. Brevísimas notas sobre el concepto de diálogo”, em *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión*, ed. por Armin Von Bodgandy, Mariela Morales Antoniazzi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017), 372-373.

⁴⁶ Cf. Leonardo García Jaramillo, “Desafíos de la interamericanización del derecho: la contribución del *Ius Constitutionale Commune*”, em *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión*, ed. por Armin Von Bodgandy, Mariela Morales Antoniazzi e Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017), 589; e Mohallem, “Horizontal Judicial Dialogue on Human Rights: The Practice of Constitutional Courts in South America”, 76-78.

⁴⁷ Essas cláusulas podem ser encontradas em Acosta, “*Ius Commune interamericano*. Brevísimas notas sobre el concepto de diálogo”, 374-375.

⁴⁸ Semelhantemente em Mohallem, “Horizontal Judicial Dialogue on Human Rights: The Practice of Constitutional Courts in South America”, 91 e 101-102, que também delineia outras razões para o uso de comparação constitucional não postas diretamente em foco neste texto.

⁴⁹ Certamente não se deve ignorar que a relação inversa também tende a ser verdadeira: análises comparativas na literatura especializada, da qual magistrados(as) fazem uso para fundamentação de suas decisões ou atualização de suas formações, tendem a influenciar tribunais e fóruns a considerar e utilizar argumentos comparativos na interpretação e aplicação de normas constitucionais.

no contexto da América Latina, é de se esperar que haja uma reverberação dessa prática no intercâmbio jurídico-científico dessa região.⁵⁰

À vista dessas razões, a realização de comparação constitucional pela jurisdição constitucional pode ser legítima e de fato capaz de fomentar o objetivo constitucional do artigo 4, parágrafo único da CF. A condição para tanto, contudo, é um uso adequado do direito comparado⁵¹ e a tomada de sistemas constitucionais latino-americanos para a comparação.⁵²

3.3. Para o fortalecimento de uma cultura jurídica brasileira de comparação constitucional

Em termos históricos, o olhar para o direito estrangeiro não é exatamente uma novidade no Brasil. Ele remonta a discussões na Constituinte de 1891⁵³ e à introdução no Brasil do pensamento constitucional germânico pela Escola do Recife entre o final do século XIX e o início do século XX,⁵⁴ por exemplo. Visualizando o passado recente, é verificável um aumento quantitativo de referências no STF ao direito estrangeiro e do uso de comparação constitucional.⁵⁵ A despeito de ainda haver poucas obras sistemáticas dedicadas exclusivamente ao Direito Constitucional Comparado,⁵⁶ também pode-se constatar um interesse crescente na temática pela doutrina nacional.⁵⁷

⁵⁰ Essa correlação entre intercâmbio acadêmico e prática jurisdicional pode ser exemplificada por meio das atividades desenvolvidas conjuntamente entre grupos tais quais o Instituto Max Planck de Direito Público Comparado e Direito Internacional Público e o Programa de Estado de Direito da Fundação Konrad Adenauer com tribunais constitucionais latino-americanos e com a CIDH.

⁵¹ Para exemplos de usos “equivocados” do direito comparado no Brasil: cf. Meyer, “Repensando o Direito Constitucional Comparado no Brasil”, 35-39.

⁵² Em análise estatística entre o período de 2013 e 2018, Mello e Graça identificaram um crescimento da atividade comparativa do STF também no tocante a casos e citações do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. De toda maneira, o foco comparativo permaneceu majoritariamente sobre o contexto estadunidense e eurocêntrico: cf. Patrícia Perrone Campos Mello e Felipe Meneses Graça, “O STF em rede? Quanto, como, com que engajamento argumentativo o STF usa precedentes estrangeiros em suas decisões?”, *Revista de Direito Internacional* 17, n.º 1 (2020): 108-109.

⁵³ Cf. Leonel Severo Rocha, “A institucionalização do republicanismo no Brasil: o papel de Rui Barbosa na Constituição de 1891”, *Revista Fapad* 1, n.º 29 (2021): 16-17.

⁵⁴ Cf. Ricardo Gaulia Borrmann, “Cultura Política e Circulação de Ideias: Alemanha, Ibero-América e Brasil (1879-1938)”, em *Anais do 3º Colóquio Internacional do LCP: A América Ibérica e as relações ibero-americanas no contexto do Mercosul*, ed. por Ana Paula Barcelos Ribeiro da Silva e Gizlene Neder (Niterói: PPGHISTÓRIA-UFE, 2011), 79-81.

⁵⁵ Cf. Mohallem, “Horizontal Judicial Dialogue on Human Rights: The Practice of Constitutional Courts in South America”, 76-77; e Cardoso, “O direito comparado na jurisdição constitucional”, 475-476.

⁵⁶ Cf. Meyer, “Repensando o Direito Constitucional Comparado no Brasil”, 20.

⁵⁷ Além de iniciativas tais quais as mencionadas na nota de rodapé 50, nas quais pesquisadores(as) brasileiros(as) estão ou estiveram envolvidos, pode-se verificar esse interesse

De toda maneira, o fortalecimento dessa cultura brasileira jurídico-comparativista requer não somente atenção sobre a matéria. Mais que isso, ele requer a qualificação dos estudantes e profissionais do direito para trabalhar comparativamente. Exemplificativamente e sucintamente, esses seriam alguns pontos a serem levados em consideração para o investimento científico-cultural do meio jurídico na comparação constitucional: i) oferta e estímulo do aprendizado de línguas estrangeiras nos cursos de Direito brasileiros; ii) oferecimento tanto de disciplinas sobre o direito estrangeiro em língua estrangeira quanto de disciplinas introdutórias ou metodológicas sobre o Direito Constitucional Comparado em cursos de Direito e em Escolas Judiciárias (tais como as da Magistratura ou do Ministério Público); iii) incentivo (também financeiro) a intercâmbio internacional de estudantes de graduação e pós-graduação (no sentido Brasil-externo e vice-versa); iv) fortalecimento de conexões profissionais e acadêmicas com pesquisadores e aplicadores do direito constitucional estrangeiro; e v) busca por ampliação de relações institucionais de cooperação mútua com universidades, tribunais e demais órgãos ou organismos internacionais estrangeiros voltados ao estudo, desenvolvimento e aplicação de direito constitucional.

Todos esses pontos mencionados já são, em maior ou menor medida, praticados em algumas faculdades de Direito e centros de formação jurídica do Brasil. Ainda assim, não raramente é tematizado o mal-uso do Direito Constitucional Comparado no meio brasileiro.⁵⁸ Isso leva a crer que o investimento nessas questões tende a levar não simplesmente à internacionalização, mas essencialmente à qualificação do meio jurídico brasileiro para lidar com o direito constitucional estrangeiro.

Conclusão

As questões introdutórias fundamentais deste trabalho – a definição normativa do artigo 4, parágrafo único da CF como objetivo constitucional e o delineio de seus efeitos vinculativos à jurisdição constitucional – tratam, por si só, de questões pertinentes não somente à integração latino-americana, mas também às bases do entendimento doutrinário sobre os objetivos constitucionais. Portanto, a correlação entre a comparação constitucional como prática da jurisdição constitucional e o fomento normativo do artigo 4, parágrafo único da CF conduz, por um lado, a uma

crescente por meio, por exemplo, da Revista de Direito Internacional da UniCEUB, que se dedicou tematicamente em 2020 (v. 17, n.º 1) ao “direito comparado e seus protagonistas: qual uso, para qual fim, com quais métodos?”.

⁵⁸ Cf. Meyer, “Repensando o Direito Constitucional Comparado no Brasil”, 35-39; Mello e Graça, “O STF em rede? Quanto, como, com que engajamento argumentativo o STF usa precedentes estrangeiros em suas decisões?”, 110-111; e Alonso Freire e Hugo Suaia, “Suprema Imprecisão: a metodologia em Direito Constitucional Comparado e as deficiências em seu uso pelo Supremo Tribunal Federal”, *Revista de Direito Internacional* 17, n.º 1 (2020): 134-137.

fundamentação normativa da atividade comparativa no contexto latino-americano, enquanto, por outro, serve como exemplo de fomento de objetivos constitucionais pela jurisdição constitucional.

Nesse sentido, a assunção da tese deste trabalho, segundo a qual o objetivo constitucional do artigo 4, parágrafo único da CF pode ser legitimamente fomentado pela jurisdição constitucional brasileira por meio da prática contextualizada de comparação constitucional no espectro latino-americano, perpassa tanto uma questão condicional quanto uma metodológica. A condicional é que a prática jurisdicional comparativa deve ser contextualizada, isto é, pressupõe um uso adequado do Direito Constitucional Comparado no contexto latino-americano. A metodológica é que a admissão da comparação constitucional (se usada adequadamente) é capaz, em primeira linha, como prática metodológica, de fomentar o objetivo constitucional em questão. Ela não está vinculada a um conteúdo específico. É entendida simplesmente como prática metodológica.

O aprofundamento dessa matéria pode se desenvolver, assim, através de estudos sobre o fomento de objetivos constitucionais a partir da diferenciação entre a vinculação da jurisdição constitucional a conteúdos oriundos de objetivos constitucionais e a práticas jurisdicionais relacionadas a eles. Abordagens focadas em diferenciações na vinculação a objetivos constitucionais e fomento deles por meio de variadas práticas jurisdicionais, analisando consequências e possibilidades a partir de cada uma delas, também poderiam ser de grande valia.

Bibliografia

- ACKERMANN, Bruce. “The Rise of World Constitutionalism”. *Virginia Law Review* 83, n.º 4 (1997): 771-797.
- ACOSTA, Paola Andrea. “*Ius Commune interamericano*. Brevíssimas notas sobre el concepto de diálogo”. Em *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión*. Editado por Armin VON BOGDANDY, Mariela MORALES ANTONIAZZI e Eduardo FERRER MAC-GREGOR, 371-384. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.
- ALEXY, Robert. “Juristische Interpretation”. Em *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*. Editado por Robert ALEXY, 71-92. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995.
- ALTERIO, Ana Micaela. “El *Ius Constitutionae Commune Latinoamericanum* y los desafíos de la judicialización de la política”. *Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas* 20 (2018): 1-21.
- ANTONIAZZI, Mariela Morales. “Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune* en derechos humanos en América Latina”. Em *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión*. Editado por Armin VON BOGDANDY, Mariela MORALES ANTONIAZZI e Eduardo

- FERRER MAC-GREGOR, 417-456. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.
- ARANGO-DÍAZ, Angélica-María. „Der Einfluss von Staatszielbestimmungen auf die Rechtsauslegung und die Rechtmäßigkeitskontrolle von Bebauungsplänen am Beispiel des Art. 20a GG“. Tese de doutorado. Universität Regensburg, 2018.
- BAER, Susanne. “Verfassungsvergleichung und reflexive Methode: Interkulturelle und intersubjektive Kompetenz“. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 64 (2004): 735-758.
- BAER, Susanne. “Zum Potenzial der Rechtsvergleichung für den Konstitutionalismus“. *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 63 (2015): 389-400.
- BERARDI, Luciana Andrea Accorsi. “A comunidade latino-americana de Nações (C.F., parágrafo único, art. 4º): O paradigma da União Européia”. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010.
- BLASBERG, Georg. *Verfassungsgerichte als Ersatzgesetzgeber: Entscheidungsaussprüche bei Normenkontrollen von Bundesverfassungsgericht und Corte Costituzionale*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2002.
- BORGES, Bruno Barbosa e Flávia Piovesan. “O diálogo inevitável interamericano e a construção do *Ius Constitutionale Commune*”. *Revista direitos fundamentais e democracia* 24, n.º 3 (2019): 5-26.
- BORRMANN, Ricardo Gaulia. “Cultura Política e Circulação de Ideias: Alemanha, Ibero-América e Brasil (1879-1938)”. Em *Anais do 3º Colóquio Internacional do LCP: A América Ibérica e as relações ibero-americanas no contexto do Mercosul*. Editado por Ana Paula BARCELOS RIBEIRO DA SILVA e Gizlene NEDER, v. 1, 77-87. Niterói: PPGHISTÓRIA-UFF, 2011.
- BRENNE, Anke. *Soziale Grundrechte in den Landesverfassungen*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2003.
- CARDOSO, Gustavo Vitorino. “O direito comparado na jurisdição constitucional”. *Revista Direito GV* 6, n.º 2 (2010): 469-492.
- COLLAZOS, María Dolores. “¿Por qué comparar? Propósitos y desafíos del derecho constitucional comparado en el siglo XXI”. *Precedente* 18 (2021): 11-39.
- CORREIA, Carlos Eduardo Nobre. “Eficácia das normas constitucionais programáticas”. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo, 2012.
- DIMOULIS, Dimitri e Leonardo MARTINS. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. “Normas constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade”. Tese de doutorado. Universidade Federal do Paraná, 2000.
- FREIRE, Alonso e Hugo SAUAIA. “Suprema Imprecisão: a metodologia em Direito Constitucional Comparado e as deficiências em seu uso pelo Supremo Tribunal Federal”. *Revista de Direito Internacional* 17, n.º 1 (2020): 125-142.

- GÜNTHER, Klaus. “Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des regulativen Rechts”. Em *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*. Editado por Dieter GRIMM, 51-68. Baden-Baden: Nomos Verlag, 1990.
- HÄBERLE, Peter. *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*. 2.^a ed. Berlin: Duncker und Humblot, 1998.
- HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. 4.^a ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.
- HAILBRONNER, Michaela. “Yes We Can!: Mehr Rechtsvergleichung wagen!”. Em *Wandlungen im Öffentlichen Recht*. Editado por Sebastian Bretthauer *et al.*, 409-424. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2020.
- HOGAN, Gerard. “Directive principles, socio-economic rights and the constitution”. *Irish Jurist* 36 (2001): 174-198.
- HORTA, Raul Machado. “Estrutura, Natureza e Expansividade das Normas Constitucionais”. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG* 33 (1991): 01-28.
- JACKSON, Vicki C. “Comparative Constitutional Law: Methodologies”. Em *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Editado por Michel Rosenfeld e Andrés Sajó, 54-74. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- JACKSON, Vicki C. “Comparative Constitutional Law, Legal Realism, and Empirical Legal Science”. *Boston University Law Review* 96, n.º 4 (2016): 1359-1374.
- JARAMILLO, Leonardo García. “Desafíos de la interamericanización del derecho: la contribución del *Ius Constitutionale Commune*”. Em *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión*. Editado por Armin VON BOGDANDY, Mariela MORALES ANTONIAZZI e Eduardo FERRER MAC-GREGOR, 577-605. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.
- LEPSIUS, Oliver. “Kritik der Dogmatik”. Em *Was weiß Dogmatik?: Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?*. Editado por Gregor KIRCHHOFF, Stefan MAGEN e Karsten SCHNEIDER, 39-62. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.
- LUHMANN, Niklas e Paul WOLF. “Positives Recht und Ideologie”. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 53, n.º 4 (1967): 531-571.
- MARTINI, Stefan. *Vergleichende Verfassungsrechtsprechung: Praxis, Viabilität und Begründung rechtsvergleichender Argumentation durch Verfassungsgerichte*. Berlin: Duncker & Humblot, 2018.
- MARTINS, Leonardo e Thiago OLIVEIRA MOREIRA. “Constitucionalidade e Conventionalidade de Atos do Poder Público: concorrência ou hierarquia? Um contributo em face da situação jurídico-constitucional brasileira”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* 27 (2011): 463-483.
- MASSAÚ, Guilherme Camargo. “A função dos princípios fundamentais do Art. 4 da Constituição Federal de 1988”. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 94 (2018): 457-503.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. “Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina

- tem uma contribuição a oferecer?”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas* 9, n.º 2 (2019): 253-285.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos e Felipe MENESES GRAÇA. “O STF em rede? Quanto, como, com que engajamento argumentativo o STF usa precedentes estrangeiros em suas decisões?”. *Revista de Direito Internacional* 17, n.º 1 (2020): 92-124.
- MENDES, Gilmar Ferreira. “O apelo ao legislador – *Appellentscheidung* – na práxis da Corte Constitucional Federal alemã”. *Revista de direito administrativo* 188 (1992): 36-63.
- MEYER, Emilio Peluso Neder. “Repensando o Direito Constitucional Comparado no Brasil”. Em *Direito Constitucional Comparado: perspectivas contemporâneas*. Editado por Emilio PELUSO NEDER MEYER, 16-44. Porto Alegre: Editora Fi, 2020.
- MOHALLEM, Michael Freitas. “Horizontal Judicial Dialogue on Human Rights: The Practice of Constitutional Courts in South America”. Em *Judicial Dialogue and Human Rights*, editado por Amrei MÜLLER, 67-113. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. “A jurisdição constitucional e os direitos fundamentais: uma análise em torno do direito ao desenvolvimento”. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional* 46 (2011): 34-45.
- OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. “Eficácia positiva das normas programáticas”. *Revista Brasileira de Direito* 11, n.º 1 (2015): 34-45.
- ROCHA, Leonel Severo. “A institucionalização do republicanismo no Brasil: o papel de Rui Barbosa na Constituição de 1891”. *Revista Fapad* 1, n.º 29 (2021): 01-36.
- SARLET, Ingo Wolfgang. “Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível”. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* 82 (2006): 239-289.
- SCHEUNER, Ulrich. “Staatszielbestimmungen”. Em *Staatstheorie und Staatsrecht: Gesammelte Schriften*. Editado por Joseph LISTL e Wolfgang RÜFNER, 233-244. Berlin: Duncker & Humblot, 1978.
- SCHMITZ, Holger e Philipp STAMMLER. “Mehr Freiheiten für den nationalen Gesetzgeber!: Die Rechtsprechung des EuGH und des BVerfG zur zeitlichen Beschränkung von Urteilstwirkungen”. *Archiv des öffentlichen Rechts* 136, n.º 3 (2011), 479-499.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SILVA, Virgílio Afonso da. “O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais”. *Revista de Direito do Estado* 4 (2006): 23-51.
- SOMMERMANN, Karl-Peter. *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 198. *Diário Oficial da União*. 18 ago. 2020.

- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 466-343-1. *Diário Oficial da União*. 03 dez. 2008.
- VON BOGDANDY, Armin. “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: Aclaración conceptual”. Em *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión*. Editado por Armin VON BOGDANDY, Mariela MORALES ANTONIAZZI e Eduardo FERRER MAC-GREGOR, 137-178. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.
- WAHL, Rainer. “Verfassungsvergleichung als Kulturvergleichung”. Em *Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung*. Editado por Rainer WAHL, 96-118. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2003.
- WAHL, Rainer. “Wenn zwei Grundgesetze dasselbe sagen, dann ist es nicht dasselbe: Verfassungsrecht in Kontexten”. Em *Rechtswege: Kontextsensible Rechtswissenschaft vor der transnationalen Herausforderung*. Editado por Dieter GRIMM, Alexandra KEMMERER e Christoph MÖLLERS, 35-62. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2015.
- WEIS, Lael K. “Constitutional Directive Principles”. *Oxford Journal of Legal Studies* 37, n.º 4 (2017): 916-945.

Rodrigo René Cruz Apaza* (Bolivia)

El bloque de convencionalidad como plataforma idónea para remozar u optimizar el control de constitucionalidad difuso. Un estudio desde la perspectiva boliviana para los Estados de Hispanoamérica

RESUMEN

El fecundo desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos ha promovido la instauración de una serie de disposiciones jurídicas vinculantes para los Estados en Hispanoamérica, que en su conjunto forman una unidad denominada bloque de convencionalidad; entre los elementos que componen dicha categoría, aquel al cual los Estados de esta región deben particular acatamiento es el integrado por las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y el *corpus iuris* interamericano en general, ya que a partir de estos dispositivos deónticos se ha configurado el deber-potestad del control de convencionalidad. Los ejes normativos identificados son trascendentales en los sistemas constitucionales hispanoamericanos, en cuanto apuntalan una plataforma idónea para que el control de constitucionalidad difuso, postergado o atenuado por la asunción del modelo de control concentrado de constitucionalidad, se remoze y optimice.

Palabras clave: bloque de convencionalidad; control de constitucionalidad; control de convencionalidad.

* Abogado y maestrando en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad Mayor de San Simón. rodriggcruz@gmail.com. Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-1043-5932>.

**The conventionality block as a suitable platform to enhance or optimize diffuse constitutionality control.
A study for Hispanic American states from the Bolivian perspective**

ABSTRACT

The prolific development of international human rights law has led to the establishment of a series of legal provisions that are binding for states in Hispanic America, provisions that form a unit known as the conventionality block. Among the elements that comprise this category, the one states in the region must especially observe is composed of the provisions of the American Convention on Human Rights (ACHR), the jurisprudence emanating from the Inter-American Court of Human Rights (IACHR), and the inter-American *corpus iuris* in general, since the duty-power of conventionality control has been shaped based on these deontic devices. The normative pillars identified are crucial in Hispanic America's constitutional systems, as they provide an ideal platform to revitalize and optimize diffuse constitutionality control, which has been delayed or attenuated by the adoption of a concentrated model of constitutionality control.

Keywords: Conventionality block; constitutionality control; conventionality control.

Der Konventionalitätsblock als geeignete Plattform für die Modernisierung und Optimierung der fachgerichtlichen Normenkontrolle. Eine Untersuchung zu den hispanoamerikanischen Staaten aus der bolivianischen Perspektive

ZUSAMMENFASSUNG

Die fruchtbare Weiterentwicklung des internationalen Rechts der Menschenrechte hat zur Einführung einer Reihe verbindlicher Rechtsvorschriften für die Staaten Hispanoamerikas beigetragen, die zusammen genommen eine als Konventionalitätsblock bezeichnete Einheit bilden; zu den Elementen, die die genannte Kategorie bilden, zu deren Einhaltung die Staaten der Region besonders verpflichtet sind, gehören die Regelungen der Amerikanischen Menschenrechtskonvention (span. CADH), die Rechtsprechung des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte (IAGMR) und das interamerikanische *corpus iuris* im Allgemeinen, da diese deontischen Bestimmungen die Grundlage für die Ausgestaltung der Verpflichtung und Befugnis zur Kontrolle der Vertragskonformität bilden. Die genannten normativen Schwerpunkte sind für die hispanoamerikanischen Verfassungssysteme wesentlich, da sie eine geeignete Plattform darstellen, um die fachgerichtliche Normenkontrolle, die mit dem Aufkommen des Modells der konzentrierten Kontrolle der Verfassungskonformität an Einfluss verloren hatte oder abgeschwächt wurde, zu modernisieren und zu optimieren.

Schlüsselwörter: Konventionalitätsblock; Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit; Kontrolle der Vertragskonformität.

Introducción

Después de las contiendas mundiales experimentadas en el siglo XX, la conciencia jurídica del hombre ha propiciado la instauración de sistemas universales y regionales de protección de los derechos humanos, que configuran en la actualidad un derecho internacional de los derechos humanos sin parangón respecto a anteriores épocas. Entre los capítulos del referido universo de disposiciones internacionales especial mención ameritan los sistemas regionales, en cuanto los existentes (a saber, los de Europa, América y África) han implementado cortes de justicia supranacionales cuyas sentencias son vinculantes para los Estados miembros.

En el sistema interamericano, los instrumentos jurídicos nucleares son la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de 1969. El último es trascendental para nuestro estudio, por cuanto contempla la configuración de una Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), que a través de profusa jurisprudencia ha moldeado el deber-potestad de ejercitar un control de convencionalidad por parte de las autoridades públicas en general, y de las autoridades judiciales en particular.

Los ejes normativos precisados, entre otros instrumentos de análoga condición que integran el *corpus iuris* interamericano, forman en conjunto una unidad normativa sistémica a la que la doctrina denomina bloque de convencionalidad, que constituye una idónea plataforma para el remozamiento y la optimización del control de constitucionalidad difuso, el cual por cuestiones de eficacia ha sido postergado o atenuado en diversos sistemas constitucionales hispanoamericanos debido a la adopción del modelo de control de constitucionalidad concentrado.

Ergo, el propósito de la presente investigación es analizar conceptualmente el bloque de convencionalidad, ya que se da por cierto que esta estructura representa un sostén normativo adecuado para que el control difuso de constitucionalidad tenga la oportunidad de readquirir u optimizar su vigor funcional en los sistemas constitucionales de Hispanoamérica.

1. Sobre el bloque de convencionalidad

1.1. ¿Producto de una acentuación normativa y una extrapolación terminológica?

La historia del bloque de convencionalidad es de data reciente, debiendo su formulación (o derivación) terminológica a la expresión “convención(es)”, que en materia de derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos ha sido esgrimida –junto con la de tratados– con preferencia para conceptualizar aquellos dispositivos normativos internacionales que receptan derechos humanos.

Partiendo de dicha perspectiva, la perfilación de esta novicia categoría conceptual se debe en gran medida a la proliferación y vigorización de las convenciones de derechos humanos en las relaciones jurídicas internas e internacionales; aspecto que permite realizar un paralelismo –a guisa de digresión– con el bloque de constitucionalidad.

El *bloc de constitutionnalité*, expresión acuñada en el derecho francés por Louis Favoreu,¹ fue criticado en su momento por constituir un mero constructo producto de la sustitución de términos de la locución “bloque de legalidad” (“bloque legal”, para Maurice Hauriou), que se usaba en derecho administrativo antes de la publicidad y recurrencia de la primera. Su propio confeccionador acepta que “[a] partir de esta noción de ‘bloque de legalidad’ ha nacido y se ha desarrollado la de bloque de constitucionalidad, sin duda porque parece adecuada para designar al conjunto de los ‘principios y reglas de valor constitucional’”.²

Extrapolando lo expuesto al presente estudio, es dable sostener, a primera vista, que así como el bloque de constitucionalidad se erigió con inspiración del bloque de legalidad, el bloque de convencionalidad se configuró semánticamente a partir del bloque de constitucionalidad.

Una concepción análoga es rastreable en Murillo Cruz:

La relación semántica entre convencionalidad y constitucionalidad trae consigo una consecuencia: cada vez que se hace referencia al bloque de convencionalidad viene a la imaginación del lector la expresión bloque de constitucionalidad. A decir verdad esta relación conceptual no es insignificante ni caprichosa. El bloque de convencionalidad en sí se construyó a semejanza del bloque de constitucionalidad, sobre la idea misma de una pirámide normativa al estilo kelseniano, constituida por normas superiores que validan normas inferiores.³

Posteriormente, y haciendo referencia al sistema interamericano de protección de derechos humanos, concluye el mismo autor:

Véase cómo a imagen y semejanza del bloque de constitucionalidad, que en el derecho interno sirve de parámetro de control de constitucionalidad, en el derecho interamericano se construyó la noción de bloque de convencionalidad, también para servir de parámetro del control de convencionalidad

¹ Diego Valadés, “Senderos constitucionales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año L, n.º 151 (2018): 368.

² Louis Favoreu, “El bloque de la constitucionalidad”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 5 (1990): 46.

³ David Andrés Murillo Cruz, “La dialéctica entre el bloque de constitucionalidad y el bloque de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Público*, n.º 36 (2016): 19.

de las normas internas [...], al igual que para garantizar la obtención de una aplicación armoniosa de estas.⁴

Observada la cuestión desde este prisma, el panorama semántico no exhibe mayores dificultades; empero, aquella se complejiza cuando se procede a precisar su estructura y localización en el sistema jurídico.

1.2. Componentes y perspectivas

El bloque de convencionalidad es una unidad normativa integrada esencialmente por soportes deónticos que receptan derechos humanos o derechos fundamentales; en consecuencia, está compuesto por normas de rango e índole constitucional e internacional.

Entre las disposiciones constitucionales podemos enlistar, en primer orden, a las constituciones y la jurisprudencia constitucional en materia tutelar emanada del máximo intérprete de las mismas –tribunales o salas constitucionales, o cortes supremas–; esto en cuanto son soportes normativos que constitucionalizan disposiciones internacionales en materia de derechos humanos; así lo aseveran Mejía Rivera y Padilla Eveline respecto al caso de Honduras:

... la Constitución hondureña reconoce la existencia de un “bloque de constitucionalidad” y de un “bloque de convencionalidad” [...], lo cual refleja el diálogo efectivo entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, que permite que se construya un “puente constitucional” para reconocer un rango constitucional a las normas internacionales de derechos humanos y un “puente jurisdiccional” para que todos los jueces y juezas conozcan, observen y apliquen la jurisprudencia de la Corte IDH.⁵

En el segundo subgrupo se encuentran las declaraciones, los tratados y las convenciones internacionales en materia de derechos humanos ratificados por un Estado y la jurisprudencia expedida por la Corte Interamericana; observadas estrictamente desde un plano internacional y desde la perspectiva del alto tribunal de la Convención Americana. Esta es la concepción de Cubides Cárdenas y Vivas Lloreda: “Es el Bloque de convencionalidad el conjunto de normas y principios de carácter internacional que reconocen derechos humanos y que sirven de parámetro de control de las legislaciones internas de los estados miembros de ella”.⁶

⁴ Murillo Cruz, “La dialéctica entre el bloque de constitucionalidad y el bloque de convencionalidad”, 20.

⁵ Joaquín A. Mejía Rivera y Josué Padilla Eveline, “El control de convencionalidad en Honduras. Avances y desafíos”, en *El control de convencionalidad en México, Centroamérica y Panamá*, coord. por Joaquín A. Mejía R. et al. (Tegucigalpa: Casa San Ignacio, 2016), 89-90.

⁶ Jaime Cubides Cárdenas y William Yeffer Vivas Lloreda, “El bloque de convencionalidad como parámetro de interpretación y aplicación normativa”, *Perfiles de las Ciencias Sociales*, 6,

Son estos, por consiguiente, los dos compartimentos o, en términos más precisos, tipologías de normativas que estructuran el bloque de convencionalidad, lo cual comienza a dar lugar a impugnaciones, por cuanto algunos textos constitucionales (normas del primer subgrupo), como el colombiano, el peruano, el argentino, el boliviano y el ecuatoriano, han constitucionalizado la normativa de carácter internacional con la que opera la Corte Interamericana (normas del segundo subgrupo), traduciéndolas en normas constitucionales de fuente internacional. Esto significa, como refiere Ferrer Mac-Gregor, que los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales son “derechos nacionales de fuente internacional”.⁷ Dicha aseveración es fundamental, por cuanto genera dos conclusiones: primero, que para un sistema constitucional constitucionalizante del derecho internacional, los tratados y las convenciones ostentan una naturaleza dual, son normas constitucionales y normas internacionales; y segundo, que el bloque de constitucionalidad subsume el contenido del bloque de convencionalidad.

Considerando lo expuesto, los Estados que prohijaron la doctrina del bloque de constitucionalidad podrían concluir en la inutilidad o déficit terminológico del bloque de convencionalidad, al ser meramente una dimensión especializada del bloque de constitucionalidad; verbigracia, Sagüés refiere que “en el caso argentino (art. 75, inc. 22), la Constitución confiere jerarquía constitucional a determinados tratados sobre derechos humanos. Con ello se engrosa, si bien no al mismo texto constitucional, sí al ‘bloque de constitucionalidad’ formal, integrado por la Constitución propiamente dicha y tales tratados”.⁸

Empero, la problemática no admite esa llana resolución, porque esta es una cuestión de perspectivas. Si enfocamos la categoría desde el foro interno, efectivamente, el bloque de convencionalidad se presenta como una parcela del bloque de constitucionalidad por efecto del fenómeno de la constitucionalización; apréciase el criterio de Manili:

En el caso de Argentina, Colombia, Bolivia y República Dominicana, se puede hablar también de bloque de convencionalidad, dado que se integran a él algunos instrumentos internacionales de derechos humanos, que deberán ser aplicados por los jueces en forma directa e inmediata y en armonía con la Constitución nacional, en ejercicio de lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha denominado el “control de convencionalidad”.⁹

n.º 12 (2019): 94.

⁷ Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2017), 663.

⁸ Néstor Pedro Sagüés, *La Constitución bajo tensión* (Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales, 2016), 398.

⁹ Pablo Luis Manili, “Bloque de constitucionalidad y bloque de convencionalidad”, en *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, coord. por Eduardo Ferrer Mac-Gregor et al. (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014), 124.

Enfocada desde la posición del alto tribunal interamericano, la significación varía: el bloque de convencionalidad restringiría su amplitud aplicando netamente las normas internacionales de derechos humanos. Así, verbigracia, en el Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia, de 26 de enero de 2000, donde el Estado se allanó a las acusaciones, la Corte Interamericana declaró el incumplimiento de los artículos 1.1, 3, 4, 7, 8.1 y 25 de la CADH sin referir normativa constitucional alguna.

Siendo esta la particularidad estructural del bloque de convencionalidad, su ubicación en el sistema jurídico es dual: está situado en el derecho interno de los Estados y es operativizado por los órganos judiciales (y otras autoridades públicas); como en el derecho internacional, para que la Corte Interamericana (y otros organismos internacionales) monitorice y sancione su incumplimiento. Ergo, es un capítulo de derecho constitucional de los derechos humanos y un capítulo de derecho internacional de los derechos humanos.

1.3. Concepto

Con base en lo expuesto, es dable sostener que el bloque de convencionalidad no acepta una definición rígida y monodireccional, por cuanto su contenido se encuentra en constante desarrollo –conforme la jurisprudencia constitucional o convencional avanza–, y porque la noción muda en función del operador jurídico; formúlense, entonces, dos conceptos:

- a) Para un tribunal o sala constitucional, o corte suprema, el bloque de convencionalidad es la unidad normativa sistémica que congloba la pluralidad de disposiciones de índole dual: constitucional e internacional, en materia de derechos humanos –normas y jurisprudencia–; y como tal, es un capítulo especializado inmerso en el bloque de constitucionalidad.
- b) Para la Corte Interamericana, el bloque de convencionalidad es la unidad normativa sistémica que congloba la pluralidad de disposiciones internacionales en materia de derechos humanos –declaraciones, tratados y convenciones, así como la jurisprudencia interamericana–.

2. La predilección por un sistema concentrado de control de constitucionalidad

En este apartado se realiza una reseña histórica sobre el tránsito del modelo difuso al control concentrado de constitucionalidad, en algunos Estados de la región (*v. gr.*, Bolivia y Ecuador), en aras de hacer énfasis en la preferencia que se ha demostrado por el último en las reformas constitucionales de reciente data.

2.1. Propagación y adopción del sistema difuso de control de constitucionalidad

Con la institución de un poder judicial –ahora denominado órgano– con potestades coextensivas a los órganos legislativo y ejecutivo dentro un marco constitucional, y la resonancia que conllevó el célebre fallo del Caso *Marbury v. Madison* de 1803, zanjado por el *chief justice* John Marshall –quien es estimado como el juez número 1 en la historia judicial estadounidense¹⁰–, el sistema de control difuso de constitucionalidad (*judicial review of legislation*) fue ampliamente promocionado al viejo mundo europeo y adoptado por algunos Estados nacientes de Hispanoamérica.

Para constatar el primer acontecer remitámonos a la sorpresa que tuvo Alexis de Tocqueville al observar el sistema estadounidense, en su obra cumbre, *La democracia en América* (1835), donde afirmó:

... no creo que hasta el presente ninguna nación del mundo haya constituido el poder judicial de la manera que los americanos [...] La causa de esto está en un solo hecho: los americanos han reconocido a los jueces el derecho de fundar sus fallos sobre *la constitución* más bien que sobre *las leyes*. En otros términos, los han autorizado para no aplicar las leyes que les parezcan inconstitucionales. [...] Los yanquis han confiado, pues, a sus tribunales un inmenso poder político.¹¹

Prueba del segundo fenómeno es la institución de la revisión judicial en la Constitución argentina de 1853-1860. En Colombia se observa un modelo jurisdiccional de control en la Constitución de 1866, que por reforma de 1910 consagró a la Corte Suprema como guarda de la norma fundamental. En Bolivia se adoptó por reforma constitucional de 1851. En México, por la Constitución de 1857. En Brasil fue prevista por la Constitución provisional de 1890 y confirmada por la de 1891. Ecuador lo hizo por su Constitución de 1869. Chile, con su Constitución de 1925. En Uruguay se implementó por la Constitución de 1934. En Perú, la Constitución de 1856 (art. 10) pudo ser un instrumento idóneo para la implementación del sistema difuso, pero por cuestiones de reforma esto acontecería posteriormente, con el Código Civil de 1936, en operatividad desde 1963, y a nivel constitucional en 1979 (siendo el país que más tardó).¹²

No obstante los benéficos resultados reportados por el sistema de revisión judicial en Estados Unidos, debido a la predominancia de la filosofía positivista, el legalismo

¹⁰ Bernard Schwartz, *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana* (Madrid: Civitas, 1980), 21.

¹¹ Alexis de Tocqueville, *La democracia en América. Primera parte* (Madrid: Daniel Jorro, 1911), 120, 122 y 124.

¹² Francisco Fernández Segado, “El control de constitucionalidad en Latinoamérica: del control político a la aparición de los primeros tribunales constitucionales”, *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 52 (1999): 409-465.

(que conlleva la acentuación del órgano legislativo) y la resistencia a encomendar la interpretación final de la Constitución a una corporación judicial, el modelo no tuvo el éxito proyectado en diversos Estados de Hispanoamérica –resultados nugatorios–. En Bolivia, por ejemplo, según Fernández Segado, si bien se introdujo el modelo de control jurisdiccional, este “ni se aceptó ni, lo que es peor, se comprendió; tal instituto, no obstante, sería mantenido incólume, con sus mismas características, hasta la [...] Constitución de 1967”¹³

¿Por qué acaeció esto? Las respuestas son múltiples, pero juzgamos que una de las razones fue la incultura constitucional de gobernantes y gobernados, y, en mayor medida, la falta de comprensión sobre las particularidades de la interpretación constitucional por parte de los órganos judiciales. Para reforzar nuestro argumento sobre la peculiar dificultad de la hermenéutica constitucional, considérese la experiencia italiana, donde, según Zagrebelsky, Marcenò y Pallante, se desechó la incorporación del *judicial review* en la Asamblea Constituyente que redactó la Constitución de 1947 por la siguiente razón:

La justicia constitucional difusa habría tenido consecuencias negativas. En nuestro país, a diferencia del *common law* estadounidense, los jueces no están obligados a seguir los precedentes de los jueces superiores [...]. Así, se habría podido determinar peligrosas confusiones y contradicciones precisamente en la materia más delicada, que es la constitucional. [...]. La jurisprudencia constitucional es necesariamente creativa y se considera que los jueces comunes no son aptos para cumplir esta función.¹⁴

Con base en las reformas constitucionales y legales se constata que los Estados de la región han preferido un modelo de control de constitucionalidad de tipo judicial difuso, pero que, por razones de índole teórica y político-jurídica, este resultó inefectivo para garantizar la supremacía de la Constitución, en especial en lo referente a los derechos humanos. Por ejemplo, Herrera Áñez afirma que, en Bolivia, “el Órgano Judicial no ha tenido protagonismo dentro de la estructura política del Estado”,¹⁵ y que el obrar servil de sus integrantes provocó su “sistemática autodeslegitimación”, factor que estimularía la reforma constitucional de 1994, una “verdadera revolución jurídico-procesal constitucional”¹⁶ que supuso la implementación del modelo kelseniano de control de constitucionalidad.

¹³ Francisco Fernández Segado, *La jurisdicción constitucional en Bolivia. La Ley número 1836, del 1.º de abril de 1998, del Tribunal Constitucional* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002), 13.

¹⁴ Gustavo Zagrebelsky et al., *Manual de derecho constitucional* (Lima: Zela, 2020), 140.

¹⁵ William Herrera Áñez, *Derecho constitucional boliviano* (Cochabamba: Kipus, 2019), 414.

¹⁶ William Herrera Áñez, *Derecho procesal constitucional boliviano* (Cochabamba: Kipus, 2021), 58.

En razón de este deficiente contexto de control de constitucionalidad, diversos Estados, como Bolivia, Perú y Ecuador, se decantarían por configurar un tribunal o corte constitucional, como se expondrá en el siguiente subacápite.

2.2. Implementación del sistema de control concentrado de constitucionalidad

Una vez constatada la magra efectividad de la revisión judicial, se promovió la institución de un control de constitucionalidad aunado en una corte especial de justicia constitucional, modelo que había sido ensayado en 1920 por el profesor judío Hans Kelsen, con la configuración de la Corte Constitucional de Austria.

En Hispanoamérica, para Fernández Segado, el desarrollo de los tribunales constitucionales comenzó en Ecuador, siendo Cuba, con su Constitución de 1940, el país que instituye el primero en la región. Opinión distinta tiene Bernalles Ballesteros, para quien “fue Guatemala en 1965 el primer país en adoptar formalmente el sistema europeo de control mediante una ‘Corte de Constitucionalidad’”;¹⁷ este autor, además, refiere el interesante caso de las reformas de 1925 a la Constitución chilena por las que se prohijó el sistema, pero que serían tardíamente promulgadas en 1970.

Ante la disputa por la precisión del primer tribunal constitucional, algunos autores descartan el galardón para Cuba por haber sido más una sala especializada dentro la Corte Suprema que un auténtico tribunal constitucional; pero, si proseguimos por esa línea, el caso de Guatemala tampoco está exento de crítica, ya que no era una corporación permanente, sus integrantes provenían de otras instancias y tenía competencias limitadas.

Sin excluir las peculiaridades del sistema de control guatemalteco, García Belaúnde concluye:

Guatemala [es] el primer país que, en puridad, introduce en su ordenamiento interno un Tribunal Constitucional. Y lo hace en su Constitución de 1965, con el nombre de Corte de Constitucionalidad. [...] [E]s el primer país que introduce un Tribunal Constitucional, con efectivas competencias jurisdiccionales, pero que no cuaja en algo definitivo y con independencia, ya que[,] en el fondo, era una emanación del Poder Judicial.¹⁸

La línea fue continuada por otros Estados, como el peruano, que en 1979 diseñó un Tribunal de Garantías Constitucionales; y el boliviano, donde el Tribunal Constitucional fue encastrado en el sistema constitucional por reforma de 1994 y entró en funcionamiento en 1999, lo que lo convirtió en el más bisoño de la región.

¹⁷ Enrique Bernalles Ballesteros, “El control constitucional en Perú”, *Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional*, n.º 5 (2001): 47.

¹⁸ Domingo García Belaúnde, “Los tribunales constitucionales en América Latina”, *Revista de Derecho Político*, n.º 61 (2004): 315.

En la actualidad, especialmente si observamos la cuestión desde la última década del siglo pasado y los albores del presente, una pluralidad de sistemas constitucionales de la región perfilan tribunales o cortes constitucionales, verbigracia: la Constitución de Colombia de 1991, la de Perú de 1993, la de Ecuador de 2008, la boliviana de 2009 y la de República Dominicana de 2010.

2.3. Los sistemas de control de constitucionalidad vigentes en Hispanoamérica

Cuando se irguieron tribunales constitucionales o se insufló una sala especializada en materia constitucional en las cortes supremas, se plantearon dubitaciones respecto al modelo que estaba vigente en dichos Estados: ¿la modalidad concentrada de control suplantó a la modalidad difusa de control de constitucionalidad? La respuesta es asaz compleja, cuando menos en los casos boliviano y peruano.

A pesar de las reformas constitucionales –y en su caso, legales–, algunas normas habilitantes del control americano permanecieron en los textos fundamentales, lo que supondría que el paradigma de garantía de la Constitución se tornó mixto, híbrido, dual o paralelo; en razón de ello, es posible identificar entramados constitucionales donde ambos sistemas coexisten funcionalmente, perfilándose el modelo concentrado como un dispositivo para complementar y coadyuvar en la optimización de la labor de garante de la supremacía de la Constitución del *judicial review*, antes que abolirlo. Este es el caso del constitucionalismo boliviano¹⁹ y el constitucionalismo peruano.²⁰

A causa de esta mezcla o coexistencia se formula una interrogante: ¿cuál es el modelo de control de constitucionalidad vigente en aquellos Estados que, habiendo adoptado el *judicial review*, implementaron posteriormente un tribunal o sala constitucional? La réplica, una vez más, no es sencilla.

Si observamos con detenimiento la operatividad de las cortes supremas, así como de los tribunales o salas constitucionales, es plausible concluir que no existen –o los hay, pero su presencia se desdibuja con facilidad– modelos de control de constitucionalidad puros.

Manifestamos que este fenómeno, la no puridad de los paradigmas de control, no es posible por la presencia en cada uno de ellos de elementos o caracteres próximos del otro:

Tanto en el sistema difuso o *judicial review* de Estados Unidos, como en el concentrado elaborado por el jurista judío Hans Kelsen, se han podido

¹⁹ Rodrigo René Cruz Apaza, “Una sustancia, diversas formas: la tesis ontológica de la unidad sustancial y continuidad histórica de la Constitución boliviana”, *Revista de Derecho de la UCB – UCB Law Review* 6, n.º 10 (2022): 50.

²⁰ Domingo García Belaúnde, *Derecho procesal constitucional* (Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 1998), 41-42.

observar proximidades en cuanto a su operatividad debido al *writ of certiorari* –que transforma a la Corte Suprema en una especie de Tribunal Constitucional–, y las cuestiones de constitucionalidad que permiten a otros jueces –ajenos al Tribunal Constitucional– promover el control concreto de constitucionalidad sobre determinada norma.²¹

Coincido, en consecuencia, con Fernández Segado, quien después de un estudio de derecho comparado concluye:

Creemos que es, sin embargo, suficiente para mostrarnos con alguna claridad las enormes dificultades, si es que no, lisa y llanamente, la absoluta imposibilidad, de reconducir los muy heterogéneos y plurales sistemas de justicia constitucional de nuestro tiempo a una clasificación tradicionalmente sustentada en una única o principal variable, de la que dimanan algunas otras, como es la que tradicionalmente ha venido diferenciando el sistema de la *judicial review of Legislation* del sistema kelseniano de la *Verfassungsgerichtsbarkeit*.²²

Este criterio es compartido por Ferrer Mac-Gregor y García Belaúnde.

Para robustecer la aseveración trasuntada, considérense los siguientes casos: algunos autores (como García Belaúnde y José de Jesús Gudiño Pelayo) afirman que las reformas introducidas en la Corte Suprema de México la perfilan como un tribunal constitucional;²³ situación análoga exhibe la Corte Suprema de Israel, corporación que, según Giraldo Restrepo, actúa, a su turno, como un tribunal constitucional.²⁴ Para Chavero Gazdik, las funciones que dinamiza la sala constitucional venezolana la convierten en un tribunal constitucional atípico, con “poderes y funciones desconocidas en derecho comparado, pues no existe Tribunal Constitucional foráneo con tanto poder”.²⁵ Pero, incluso el modelo de control político diseñado en la Cons-

²¹ Rodrigo René Cruz Apaza, *Ensayos de derecho constitucional y procesal constitucional* (Cochabamba: Estandarte de la Verdad, 2021), 254.

²² Francisco Fernández Segado, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004), 129-130.

²³ En un fallo de reciente data, la Sentencia de 7 de septiembre de 2021, que zanjó la acción de inconstitucionalidad 148/2017, la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación emplea la expresión “tribunal constitucional” para caracterizarse.

²⁴ Yaniza Giraldo Restrepo, “La doctrina del Tribunal Supremo de Israel sobre la aplicación del derecho internacional en el ordenamiento israelí, con especial referencia a los territorios palestinos ocupados” (tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2011), 151-185. https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/12525/yaniza_giraldo_tesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

²⁵ Rafael J. Chavero Gazdik, “Los derechos de los pueblos indígena originario campesinos, desde la perspectiva de la jurisdicción constitucional en Venezuela”, en *Hacia la construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional*, ed. por Verena Blickwede (La Paz: Vicepresidencia del Estado, 2010), 404.

titución francesa de 1958 no ha permanecido estático y por tanto incólume, porque, a criterio de Carnota, este ha evolucionado, a partir de 1971 y 1974, rumbo a una jurisdiccional constitucional, que sería profundizada por la reforma constitucional de 2008 (en efectividad desde 2009-2010), la cual le arbitró competencias de control *a posteriori*, transfigurándolo materialmente en un tribunal constitucional.²⁶

Como corolario, en aquellos Estados hispanoamericanos donde primigeniamente se implementó el sistema de control americano y que adoptaron con posterioridad el paradigma kelseniano, no se está ante modalidades puras. Empero, aunque ambos paradigmas coexistan –con mayor o menor grado de presencia funcional–, debido a la actividad pretoriana de los tribunales o salas constitucionales, estos se han configurado en los máximos o definitivos intérpretes de sus constituciones; esta realidad inexorablemente ha provocado que el *judicial review* quede postergado o atenuado de tal forma que se declare su fenecimiento.

Es verdad que la revisión judicial ha sido afectada por la ingeniería constitucional y legal favorable al enfoque kelseniano; no obstante, juzgamos que gracias al bloque de convencionalidad la operatividad de este queda robustecida, en cuanto sería ejercitado a partir de la dinámica del control de convencionalidad ordenado por la Corte Interamericana a todos los órganos judiciales.

3. El bloque de convencionalidad: una plataforma idónea para remozar y optimizar el control de constitucionalidad difuso

3.1. El deber-potestad del control de convencionalidad como componente del bloque de convencionalidad

El control de convencionalidad, como un dispositivo de ejercicio forzoso para la salvaguardia del respeto a la normativa convencional para los órganos judiciales nacionales, fue dispuesto en el Caso Almonacid Arellano vs. Chile, de 26 de septiembre de 2006. En la aludida resolución destacan los considerandos 124 y 125, que prescriben el deber de dinamizar un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana, de buena fe y sin poder alegarse incumplimiento con base en el derecho nacional.²⁷

Esta herramienta jurisdiccional para la optimización del derecho internacional de los derechos humanos (en específico, de la CADH) sería secundada, perfeccionada y consolidada por otras sentencias: así, en el Caso Trabajadores Cesados del

²⁶ Walter F. Carnota, “La segunda revolución francesa: la transformación del Consejo Constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 17 (2013): 84.

²⁷ Corte IDH, Caso Almonacid Arellano vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 154, párrs. 124 y 125.

Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, de 24 de noviembre de 2006,²⁸ se acopló la obligación de articular el control de convencionalidad *ex officio* (considerando 128); y el considerando 225 de la Sentencia del Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, de 26 de noviembre de 2010,²⁹ amplió el radio de acción del control de convencionalidad ordenando que fuera activado *ex officio* por todos los órganos del Estado (haciendo hincapié en los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia), precisando que este debe considerar tanto la Convención Americana como la jurisprudencia promanada con base en ella.

Según Bourgorgue-Larsen, es solo llegados a este tramo de la historia que el control de convencionalidad habría alcanzado confirmación y desarrollo, aconteciendo como si se tratara de un vals de tres tiempos:

El primer tiempo se caracterizó por la aparición de la obligación del control de convencionalidad en 2006 en la sentencia *Almonacid Arellano*; el segundo tiempo consistió en precisar los contornos de esta obligación con la sentencia *Trabajadores Cesados del Congreso* de 2007. El tercer tiempo consistió ni más ni menos en “teorizarla” en el marco del *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México* de 2010.³⁰

Si bien la apreciación es certera, para que el baile se realice íntegramente juzgamos menester sumar dos sentencias más: la del Caso Gelman vs. Uruguay, de 24 de febrero de 2011, cuyo considerando 239 enfatiza que el control de convencionalidad debe ser efectuado por toda autoridad pública y no solo por los jueces;³¹ y la del Caso Radilla Pacheco vs. México, de 23 de noviembre de 2009, que en sus considerandos 338 y 340 preceptuó que las normas e interpretaciones del derecho interno de los Estados deben ser entendidas conforme a las normas y los principios inmersos en la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana.³²

Realizamos esta agregación pretoriana en la trayectoria del control de convencionalidad porque el Caso Gelman consolidó de forma explícita y concreta la obligación de toda autoridad pública de articular el control de convencionalidad; esto a

²⁸ Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 158, párr. 128.

²⁹ Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 220, párr. 225.

³⁰ Citada por Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Carlos María Pelayo Möller, “Artículo 1”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, coord. por G. Patricia Uribe Granados (Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2019), 61.

³¹ Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones, Serie C, No. 221, párr. 239.

³² Corte IDH, Caso Radilla Pacheco vs. México, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 209, párrs. 338 y 340.

diferencia del Caso Cabrera García, que, si bien ampliaba el deber de forma genérica, al mismo tiempo hacía énfasis en los órganos judiciales e instituciones vinculados a ellas; dicha extensión nos permite hablar de un control jurisdiccional de convencionalidad, un control legisferante de convencionalidad, un control administrativo de convencionalidad y un control electoral de convencionalidad.³³ El Caso Radilla Pacheco, por su parte, es importante ya que inicia la modalidad constructiva del control de convencionalidad: la interpretación conforme a la convención y su jurisprudencia.³⁴ Como corolario, el primero es un paso de desenlace del baile, mientras que el segundo es un paso más antes de llegar al final del mismo.

El *summum* de esta figura jurídica es entonces que el control de convencionalidad (en su vertiente difusa o nacional, para ser precisos, en cuanto el concentrado lo monopoliza la Corte Interamericana) no es una mera posibilidad librada a la voluntad de las autoridades públicas, como tampoco una función que pueda ser objetada o impugnada formalmente, *id est*, se contornea como una categoría bifrontal: es un deber –el obligado es impelido constitucional y convencionalmente a dinamizarlo– y una potestad –el facultado no requiere la venia de terceros para articularlo, en el marco de sus competencias–.

3.2. El bloque de convencionalidad como instrumento para la vigorización del control difuso de constitucionalidad

Una vez expuesto el sustento teórico es posible adentrarnos al punto focal de este escrito: la optimización del control difuso de constitucionalidad (que tornó atenuado por el modelo concentrado) por la articulación del control difuso de convencionalidad, por cuanto el ejercicio del segundo conduce furtivamente al primero.

El fundamento del ejercicio solapado del control difuso de constitucionalidad por medio del control difuso de convencionalidad tiene su fundamento en la naturaleza de las normas convencionales en materia de derechos humanos que fueron constitucionalizadas y que son tuteladas por la actividad judicial: los derechos que reconocen son derechos constitucionales de fuente internacional, es decir, son disposiciones de índole constitucional y convencional, y, por tal razón, la protección de las normas de la Convención Americana por jueces internos que activan el control difuso de convencionalidad supone, simultáneamente, un control de constitucionalidad, en cuanto las normas de la Convención son preceptos constitucionalizados. Ergo, el juez nacional no solo es juez constitucional, sino también juez interamericano: como portador del primer estatus, optimiza la supremacía de la Constitución; con la

³³ Rodrigo René Cruz Apaza, “Nuestra primera andanza ante los estrados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el Caso Trujillo Oroza”, *Revista EAE* 2, n.º 4 (2022): 151-152.

³⁴ Néstor Pedro Sagüés, *Derecho constitucional. Estatuto del poder*. Tomo 2 (Buenos Aires: Astrea, 2017), 73.

segunda, optimiza el mismo valor, pero a través de la supremacía de la Convención, un instrumento constitucionalizado.

Parifiquemos lo expuesto: el Estado mexicano ha suscrito el deber de ejercitar el control difuso de convencionalidad, mas no el de constitucionalidad; empero, por mandato del artículo 1, párrafos 1 y 2 de su Constitución, los mexicanos tienen derechos constitucionales *stricto sensu* y derechos constitucionales de fuente internacional. En razón de esta plataforma, cuando un juez activa el control difuso de convencionalidad dinamiza asimismo un control difuso de constitucionalidad, por cuanto la norma inaplicada, por ser inconvencional e inconstitucional, es contraria a un derecho constitucional de fuente internacional.

En el caso de Argentina, estimado por Amaya como “el único país que mantiene su sistema de control constitucional casi con igual pureza –al menos en los rasgos esenciales– que el modelo que le dio origen”³⁵ (el estadounidense), acontecería un fenómeno análogo: cuando los jueces provinciales inaplican una norma por inconvencional –ejercen control de convencionalidad difuso–, optimizan igualmente el control de constitucionalidad –por ser la Convención Americana una norma constitucionalizada: artículo 75, inc. 22–. Lo argumentado queda respaldado por el análisis que Pittier realiza respecto a este sistema, aseverando que existe “una asimilación de conceptos del derecho constitucional”; afirma, así: “La inconvencionalidad produce un deber judicial concreto de inaplicación del precepto objetado. Aparentemente, el ‘control de convencionalidad’ es asimilable en sus efectos al resultado del control de constitucionalidad”³⁶.

En los sistemas constitucionales de Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador y República Dominicana³⁷ (obviamente, con sus particularidades funcionales) se observa una dinámica mixta de control de constitucionalidad; no obstante, al haberse moldeado normativa y pretorianamente un tribunal o corte constitucional como intérpretes máximos de la Constitución, y regulado –en algunos casos– legislativamente en favor suyo, la significación jurídica del modelo difuso ha sido enervada o cuasi anulada. Piénsese, por ejemplo, en el sistema de control boliviano, donde los jueces de las distintas jurisdicciones no están facultados legalmente para *inaplicar* aquella normativa que juzguen contraria a la Constitución, pudiendo tan solo activar la acción de inconstitucionalidad concreta y debiendo aguardar que el Tribunal Constitucional Plurinacional se pronuncie sobre la constitucionalidad del precepto impugnado para poder zanjar el proceso bajo su conocimiento (arts. 79-84 del Código Procesal Constitucional).

³⁵ Jorge Alejandro Amaya, *Control de constitucionalidad*, 2.ª ed. (Buenos Aires: Astrea, 2015) 128.

³⁶ Lautaro Pittier, “Control de convencionalidad en Argentina”, *Revista IIDH* 64 (2016): 171.

³⁷ Allan R. Brewer-Carías, “El sistema de justicia constitucional en la República Dominicana y Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales (2011)”, *Estudios Constitucionales*, año 9, n.º 1 (2011): 309.

Quizás el *judicial review* haya mermado en vigor ante el control de constitucionalidad concentrado, pero, gracias a la configuración del deber-potestad del control de convencionalidad, el control americano se remoza y podría optimizarse en aquellos ordenamientos donde fue relegado por la preeminencia orgánica e interpretativa de un tribunal, corte o sala constitucional (como en el caso boliviano y en los sistemas semejantes al suyo). La aseveración formulada tiene su apoyatura teórico-jurídica en los siguientes fulcros:

- a) Diversos sistemas constitucionales hispanoamericanos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador) han constitucionalizado el derecho internacional de los derechos humanos, lo que comporta la ampliación de la parte dogmática de la Constitución con derechos constitucionales de fuente internacional.
- b) Los ordenamientos de esta región han implementado la doctrina francesa del bloque de constitucionalidad jurisprudencial o normativamente; el último caso es parificado por el Estado boliviano, donde el artículo 410 de su Constitución prevé expresamente la referida locución, convirtiendo a dicha Carta en la primera del mundo en prohijarla en su texto.
- c) Producto de las dos primeras premisas es la constitucionalización de la Convención Americana y de la jurisprudencia proveniente de la Corte Interamericana, soportes jurídicos sobre los que se construyó el control de convencionalidad.
- d) El control de convencionalidad es, en consecuencia, un deber y una potestad constitucional y convencional adscrita a las autoridades públicas, en general, y a los órganos judiciales, en particular, consistente en efectuar en primera instancia una interpretación conforme del derecho interno y, en caso de que no sea viable la compatibilización, su inaplicación, abrogación o derogación (con sujeción a sus atribuciones).

Con base en lo expuesto, se constata la razón por la que el control difuso de constitucionalidad se beneficia con la activación del control de convencionalidad: ejercitar el segundo entraña articular al primero, en tanto y en cuanto la Constitución de un Estado o su máximo tribunal de justicia haya constitucionalizado la Convención Americana y otros instrumentos de naturaleza análoga. Planteemos dos casos para parificar lo expuesto, uno del *reino de lo factual* y el otro del *reino de las hipótesis*.³⁸

En Perú, producto de las medidas del Gobierno para combatir a grupos terroristas, se emitió la Ley de Amnistía 26479, de 14 de junio de 1995, la cual pretendía impedir la investigación y sanción de los responsables de diversos delitos, entre ellos, los hechos sobre los que versó el Caso Barrios Altos: los asesinatos del Grupo

³⁸ Expresión empleada por el historiador boliviano Carlos Mesa, en José de Mesa *et al.*, *Historia de Bolivia* (La Paz: Gisbert, 2017), 128.

Colina.³⁹ Ante estos acontecimientos, una figura judicial sobresaldría: la juez Antonia Saquicuray, quien quizás no refirió palabra alguna sobre el control difuso de convencionalidad o de constitucionalidad, pero los operativizó materialmente, por conducto de sus fundamentos y decisión, en la Resolución de 16 de junio de 1995, oportunidad en la que declaró inaplicable la susodicha ley por razones de inconstitucionalidad e inconvencionalidad.

Dada la trascendencia que atribuimos al fallo en cuestión, transcribimos en extenso partes del mismo:

Que conforme a la Constitución Política del Estado en su artículo primero, señala que la defensa de la persona humana y el respeto de su Dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado; Que, seguidamente, en el inciso primero del artículo segundo del propio texto se consagra que toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, su integridad moral, psíquica y física y a su desarrollo y bienestar; en tal sentido, nuestro texto constitucional garantiza con estas dos primeras disposiciones el reconocimiento, entre otros, a los principios y al sitio que le corresponde dentro de la estructura del Estado; es en consecuencia fin y no medio; en tal sentido, el Estado está en la obligación de asegurarle jurídicamente el pleno y libre ejercicio de los derechos que le asisten por su propia naturaleza y que la misma Constitución le reconoce; tanto más que al respecto ha suscrito la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana de los Derechos Humanos y la Declaración de Derecho Nacional, conforme al numeral cincuenticinco del mismo cuerpo de leyes, normas que al versar sobre Derechos y Libertades se interpretan de conformidad con la citada Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados ya nombrados, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Carta Magna, normas que constituyen mandato imperativo.

Prosiguiendo el hilo argumentativo refiere:

Que, atendiendo a la aplicación de la Ley veintiséis mil cuatrocientos setentinueve ya glosada es necesario advertir que esta resulta incompatible con las Normas Constitucionales y Tratados Internacionales ya citados, toda vez que conforme al artículo primero punto uno de la Convención Americana se establece que los Estados parte –entre ellos el Perú– tienen la obligación de investigar las violaciones de los Derechos Humanos y de castigar a los responsables; principios y normas de las cuales el Estado Peruano no se encuentra aislado y que se contravienen con el citado dispositivo legal, al desconocer derechos que el propio texto constitucional consagra como el citado, la Persona Humana, es

³⁹ Rocío Villanueva Flores, “Desafíos al constitucionalismo latinoamericano: los casos de injusticia extrema en el Perú y Uruguay”, en *La argumentación jurídica en el Estado constitucional*, coord. por Pedro Grández y Félix Morales (Lima: Palestra, 2017), 70.

además violatorio del inciso tercero del artículo ciento treintainueve de nuestra Carta Política, que consagra como garantía de la Función Jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, garantía que protege a todos los sujetos de la relación procesal, Garantía Constitucional que se encuentra plasmada en los artículos octavo, inciso primero, y [...] veinticinco, inciso primero, de la Convención Americana de Derechos Humanos que consagra la garantía judicial y la protección judicial de que goza toda persona.

En conclusión,

... el dispositivo legal mencionado al suprimir la protección jurídica de estos Derechos Fundamentales viola las normas constitucionales ya glosadas; Que, en tal sentido, estando a que la función jurisdiccional se ejerce con arreglo a la Constitución y a las leyes como reza el artículo ciento treintiocho de la Constitución que en caso de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los Jueces preferirán la primera, se anota en el segundo párrafo de dicho numeral, encontrándose en su función solo sujeta a la Constitución y a la Ley como contempla el artículo ciento cuarentiséis inciso primero del mismo cuerpo de leyes, concordante con el numeral decimocuarto de la Ley Orgánica del Poder Judicial; por todo lo expuesto la Juez que suscribe, DECLARA: INAPLICABLE el artículo primero de la Ley veintiséis mil cuatrocientos setentinueve al proceso seguido contra.⁴⁰

Respecto al hipotético, considérese el siguiente caso formulado con base en el sistema jurídico boliviano: la Asamblea Legislativa Plurinacional sanciona la Ley X, que tiene por objeto instituir la pena de muerte y castración química en caso de asesinos y violadores; bajo dicha normativa, el señor Y es acusado por el primer delito y remitido a estrados judiciales para el inicio del juicio oral; llegado el momento de emitir sentencia condenatoria, el juez penal Z, concedor del sistema interamericano de protección de derechos humanos, activa –en el marco de sus competencias– el control de convencionalidad e inaplica la Ley X respecto a Y por ser contraria al artículo 4.3 de la Convención Americana (que prohíbe el restablecimiento de la pena de muerte).

Hasta este momento, el juez penal Z ha articulado un estricto control de convencionalidad en sede interna; pero, y ante posibles riesgos de ser procesado por incumplimiento de la Ley X, la autoridad judicial sustenta asimismo su veredicto (inaplicación) en los artículos 13.IV, 256.I y 410.II de la Constitución, que reconocen rango constitucional a la Convención Americana, como los artículos 15.I y 118.II del

⁴⁰ Edwin Figueroa Gutarra, “Sentencia PJ 16 de junio de 1995. 16 Juzgado Penal de Lima. Caso Barrios Altos. Aplicación control difuso”, 19 de febrero de 2011. <https://web.ua.es/es/eurl/documentos/trabajo-de-fin-de-grado/estilo-chicago.pdf>.

mismo cuerpo normativo que proscriben la pena de muerte y disponen como pena máxima los treinta años de privación de la libertad sin derecho a indulto.

Hilvanando el discurso de esta forma, Z ha ejercitado un control de convencionalidad e, implícitamente, un control difuso de constitucionalidad.

Se percibe, entonces, cómo la herramienta de control jurisdiccional de las normas de la Convención y la jurisprudencia interamericana implica activar furtivamente un control difuso de constitucionalidad. En ese entendido, como el control de convencionalidad es un componente nuclear del bloque de convencionalidad, este se constituye en una plataforma normativa y jurisprudencial idónea para la revitalización del modelo americano en el sistema constitucional boliviano y en aquellos Estados hispanoamericanos que presenten un entramado análogo.

Empero, la situación jurídica dibujada no es de sencilla clarificación y delimitación, por cuanto, así como el bloque de convencionalidad varía en su conceptualización a partir de la modificación de enfoques, el control de convencionalidad experimenta similares ramificaciones.

Invirtamos los momentos de control del ejemplo anterior: el juez penal Z inaplica la Ley X respecto al señor Y por ser repugnante a la luz de los artículos 15.I y 118.II de la Constitución; ofreciendo mayores argumentos, alega los artículos 13.IV, 256.I y 410.I como soportes prescriptivos que constitucionalizan la Convención Americana y la jurisprudencia dimanante de ella, y declara a la Ley X, además de inconstitucional, inconveniente.

Se avizora que Z activó en primera instancia un control difuso de constitucionalidad para después reforzar su accionar con un control de convencionalidad, citando normativa constitucional; desde este visor, el control de convencionalidad se convierte en un capítulo del control difuso de constitucionalidad.

Con base en lo expuesto, es plausible aseverar que el universo preceptivo –constitucional y convencional– sobre el que se yerguen diversos Estados hispanoamericanos genera nebulosas conceptuales; sobre la cuestión de la naturaleza del control de convencionalidad en sede interna, estimo que continuar con la polémica conceptual sobre la misma es pragmáticamente infructuoso, ya que la realidad normativa nos acusa de que dicho instituto jurisdiccional es un dispositivo tanto convencional como constitucional o tanto constitucional como convencional, que favorece tácitamente al sistema de control difuso de constitucionalidad.

Este es un dato por demás relevante, ya que nos impele a sostener que, gracias al fenómeno de la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos, aunque el control de convencionalidad no hubiera sido dispuesto por el Caso Almonacid Arellano en 2006, este habría sido una realidad sobreviniente en los Estados partes de la Convención Americana a través del control difuso o concentrado de constitucionalidad ejercitado por las autoridades judiciales nacionales y promovido por la doctrina.

Sostenemos lo aseverado por el esfuerzo judicial y doctrinal suscitado antes de la formulación del concepto de control de convencionalidad en el pleno de la Corte

Interamericana, el cual evidencia la práctica jurisdiccional de tutelar los derechos de la Convención Americana a partir del control de constitucionalidad, ora difuso, ora concentrado.

Considérese la Resolución de 16 de junio de 1995, del juzgado penal de Lima, que inaplicó la Ley de Amnistía que favorecía al Grupo Colina, por ser contraria a la Constitución y a la Convención Americana; y la SC 95/01 de 21 de diciembre, del Tribunal Constitucional boliviano, que, conociendo de un recurso de inconstitucionalidad abstracto, introdujo la locución “bloque de constitucionalidad” en dicho Estado, incluyendo en el mismo a la Convención Americana.

En doctrina se tiene el aporte de García Ramírez, quien comenzó a hablar de “control de internacionalidad” y “control de juridicidad” desde el 11 de septiembre de 2001 (en la presentación de una obra sobre derecho procesal constitucional), como una “añadidura” al control de constitucionalidad;⁴¹ y, asimismo, se cuenta con el “control de comunitariedad” de Jimeno Bulnes.⁴² Estas tres categorías no son sino categorías precedentes al actual control de convencionalidad; no obstante, debemos reconocer que ha sido el asiduo uso de la terminología por parte de la Corte Interamericana lo que ha promovido su difusión y práctica judicial en la región.

Los ensayos semánticos enlistados han quedado en el pretérito, no son siquiera mencionados como antecedentes en las dos ediciones que tuvieron los célebres comentarios a la Convención Americana publicados por la Fundación Konrad Adenauer en 2014 y 2019. Empero, a causa de los episodios de *sincronismo fiscalizador normativo* del control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, considero que es viable rescatar del baúl del olvido la expresión “control de juridicidad”, pero concibiéndola ya no como una referencia terminológica pasada del control de convencionalidad, sino como un concepto para significar aquellos momentos en que se dinamiza simultáneamente un control de constitucionalidad y un control de convencionalidad; esto es, cuando un precepto infraconstitucional es declarado incompatible tanto con el derecho constitucional –y su jurisprudencia– como con el derecho constitucional de fuente internacional –y su jurisprudencia–.

Conclusiones

La constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos ha propiciado el surgimiento de problemáticas epistemológicas, debido a que el producto de la interacción entre estos dos ordenamientos fue la configuración de categorías conceptuales bidimensionales, es decir, que ostentan tanto una faceta constitucional como una internacional.

⁴¹ Sergio García Ramírez, “Derecho procesal constitucional”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, n.º 10 (2002): 209-210.

⁴² García Ramírez, “Derecho procesal constitucional”, 209.

Una de ellas es el bloque de convencionalidad, locución que pretende significar un universo sistémico de normas y jurisprudencia, constitucional y convencional, atinente a los derechos humanos, que varía en su noción a partir del ente ejercitante desde el que se lo enfoca: para las cortes de justicia nacionales este constituye una sección inmersa en el bloque de constitucionalidad; pero desde la perspectiva de la Corte Interamericana, este se integra por normativa estrictamente internacional en materia de derechos humanos y por la jurisprudencia interamericana.

La indagación sobre los contornos conceptuales de esta categoría fue necesaria por cuanto, desde un prisma procesal constitucional, juzgamos que el bloque de convencionalidad se perfila como una plataforma jurídica idónea para remozar y optimizar el control difuso de constitucionalidad, que fue atenuado o cuasi anulado en efectividad por la adopción del modelo concentrado de control en algunos Estados de Hispanoamérica: v. gr., en Bolivia, Perú, Colombia, Ecuador y República Dominicana.

La aseveración tiene por sustento, en particular, un componente –quizás el más importante en términos pragmáticos– del susodicho entramado: el deber-potestad del control de convencionalidad en su vertiente difusa, que fue dispuesto por la Corte Interamericana como una obligación *ex officio* de las autoridades públicas en general y de los órganos judiciales en particular, para que efectuaran –en el marco de sus competencias– un contraste entre las normas internas y los preceptos de la Convención Americana, la jurisprudencia interamericana y otros tratados. En el caso de que las primeras contradigan a las segundas, se configuran dos canales de resolución: uno represivo, que implica la declaración de inconventionalidad de la norma cuestionada y la subsiguiente inaplicación, abrogación o derogación; y otro constructivo, que supone la interpretación conforme de la disposición acusada de inconventional.

Focalizándonos en la primera faceta de este dispositivo de salvaguarda del contenido prescriptivo de la Convención Americana y su jurisprudencia, y exponiendo un ejemplo hipotético desde el caso boliviano, se evidenció que el control de convencionalidad en sede nacional entraña la dinámica del control difuso de constitucionalidad; asimismo, advertimos que la clarificación de lo descrito no era para nada sencilla, por cuanto si se modifica el orden de los factores el producto tiende a variar: inaplicar una ley por ser contraria a la Constitución y adicionar que lesiona un tratado o convención internacional en materia de derechos humanos constitucionalizado significa que el juez doméstico habría articulado tanto un control difuso de constitucionalidad como un control difuso de convencionalidad, lo que transfigura al segundo en un capítulo del primero (como ocurre con el bloque de convencionalidad).

Se observa, por consiguiente, que el deber-potestad del control de convencionalidad en instancias internas favorece el remozamiento y la optimización del control difuso de constitucionalidad, e incluso su vigorización, por cuanto este es una obligación constitucional y convencional que podría acarrear responsabilidad legal e internacional para las autoridades judiciales renuentes y para el Estado.

En razón de la tesitura descrita, se colige que el control difuso de convencionalidad coadyuva a la tesis del carácter impuro de los vigentes sistemas de control de constitucionalidad en la región hispanoamericana, ya que, sin menguar la potestad interpretativa final de los tribunales o salas constitucionales y cortes supremas, se faculta a que toda autoridad judicial pueda activar un procedimiento de fiscalización de la efectividad de normas y jurisprudencia convencional que comporta articular implícitamente el control difuso de constitucionalidad por ser estas normativas constitucionalizadas. Como corolario, no existen sistemas que blasonen puridad plena, sino mayores o menores grados de puridad entre el *judicial review of Legislation* y el *Verfassungsgerichtsbarkeit*.

Lo vertido es de primera importancia, por cuanto justifica el aserto siguiente: aun cuando el control de convencionalidad en su modalidad difusa no hubiera sido ordenado desde el año 2006, con el Caso Almonacid Arellano vs. Chile, la constitucionalización del sistema interamericano de protección de derechos humanos, orquestada por los órganos judiciales y la doctrina de la región, habría conducido indefectiblemente hacia él, ya que el control difuso de constitucionalidad –incluyendo el concentrado– otorga cobertura tanto a las normas constitucionales inscritas en el articulado fundamental como a las normas constitucionales depositadas en soportes escriturales externos a este –pero de fuente internacional–.

Bibliografía

- AMAYA, Jorge Alejandro. *Control de constitucionalidad*. 2.ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2015.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique. “El control constitucional en Perú”. *Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional*, n.º 5 (2001): 45-66.
- BREWER-CARÍAS, Allan R. “El sistema de justicia constitucional en la República Dominicana y Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales (2011)”. *Estudios Constitucionales*, año 9, n.º 1 (2011): 303-338.
- CARNOTA, Walter F. “La segunda revolución francesa: la transformación del Consejo Constitucional”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 17 (2013): 79-94.
- CHAVERO GAZDIK, Rafael J. “Los derechos de los pueblos indígena originario campesinos, desde la perspectiva de la jurisdicción constitucional en Venezuela”. En *Hacia la construcción del Tribunal Constitucional Plurinacional*. Editado por Verena Blickwede, 379-425. La Paz: Vicepresidencia del Estado, 2010.
- CRUZ APAZA, Rodrigo René. *Ensayos de derecho constitucional y procesal constitucional*. Cochabamba: Estandarte de la Verdad, 2021.
- CRUZ APAZA, Rodrigo René. “Nuestra primera andanza ante los estrados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el Caso Trujillo Oroza”. *Revista EAE* 2, n.º 4 (2022): 136-153.

- CRUZ APAZA, Rodrigo René. “Una sustancia, diversas formas: la tesis ontológica de la unidad sustancial y continuidad histórica de la Constitución boliviana”. *Revista de Derecho de la UCB – UCB Law Review* 6, n.º 10 (2022): 27-70.
- CUBIDES CÁRDENAS, Jaime y William Yeffer VIVAS LLOREDA. “El bloque de convencionalidad como parámetro de interpretación y aplicación normativa”. *Perfiles de las Ciencias Sociales* 6, n.º 12 (2019): 84-99.
- DE TOCQUEVILLE, Alexis. *La democracia en América. Primera parte*. Madrid: Daniel Jorro, 1911.
- FAVOREU, Louis. “El bloque de la constitucionalidad”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 5 (1990): 45-68.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “El control de constitucionalidad en Latinoamérica: del control político a la aparición de los primeros tribunales constitucionales”. *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 52 (1999): 409-465.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La jurisdicción constitucional en Bolivia. La Ley número 1836, del 1.º de abril de 1998, del Tribunal Constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2017.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Carlos MARÍA PELAYO MÖLLER. “Artículo 1”. En *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*. Coordinado por G. Patricia URIBE GRANADOS, 31-70. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2019.
- FIGUEROA GUTARRA, Edwin. “Sentencia PJ 16 de junio de 1995. 16 Juzgado Penal de Lima. Caso Barrios Altos. Aplicación control difuso”, 19 de febrero de 2011. <https://web.ua.es/es/eurle/documentos/trabajo-de-fin-de-grado/estilo-chicago.pdf>.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Derecho procesal constitucional*. Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 1998.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “Los tribunales constitucionales en América Latina”. *Revista de Derecho Político*, n.º 61 (2004): 309-321.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. “Derecho procesal constitucional”. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, n.º 10 (2002): 201-212.
- GIRALDO RESTREPO, Yaniza. “La doctrina del Tribunal Supremo de Israel sobre la aplicación del derecho internacional en el ordenamiento israelí, con especial referencia a los territorios palestinos ocupados”. Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2011. https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/12525/yaniza_giraldo_tesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- HERRERA ÁÑEZ, William. *Derecho constitucional boliviano*. Cochabamba: Kipus, 2019.
- HERRERA ÁÑEZ, William. *Derecho procesal constitucional boliviano*. Cochabamba: Kipus, 2021.

- MANILI, Pablo Luis. “Bloque de constitucionalidad y bloque de convencionalidad”. En *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*. Coordinado por Eduardo FERRER MAC-GREGOR *et al.*, 122-124. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2014.
- MEJÍA RIVERA, Joaquín A. y Josué PADILLA EVELINE. “El control de convencionalidad en Honduras. Avances y desafíos”. En *El control de convencionalidad en México, Centroamérica y Panamá*. Coordinado por Joaquín A. MEJÍA R. *et al.*, 74-98. Tegucigalpa: Casa San Ignacio, 2016.
- MURILLO CRUZ, David Andrés. “La dialéctica entre el bloque de constitucionalidad y el bloque de convencionalidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. *Revista de Derecho Público*, n.º 36 (2016): 19.
- PITTIER, Lautaro. “Control de convencionalidad en Argentina”. *Revista IIDH* 64 (2016): 161-187.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Derecho constitucional. Estatuto del poder*. Tomo 2. Buenos Aires: Astrea, 2017.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro. *La Constitución bajo tensión*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales, 2016.
- SCHWARTZ, Bernard. *Los diez mejores jueces de la historia norteamericana*. Madrid: Cívitas, 1980.
- VALADÉS, Diego. “Senderos constitucionales”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año L, n.º 151 (2018): 359-362.
- VILLANUEVA FLORES, Rocío. “Desafíos al constitucionalismo latinoamericano: los casos de injusticia extrema en el Perú y Uruguay”. En *La argumentación jurídica en el Estado constitucional*. Coordinado por Pedro GRÁNDEZ y Félix MORALES, 55-84. Lima: Palestra, 2017.
- ZAGREBELSKY, Gustavo *et al.* *Manual de derecho constitucional*. Lima: Zela, 2020.

Jurisprudencia

- CORTE IDH. Caso Almonacid Arellano vs. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 154.
- CORTE IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 158 .
- CORTE IDH. Caso Radilla Pacheco vs. México, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 209.
- CORTE IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 220.
- CORTE IDH. Caso Gelman vs. Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones, Serie C, No. 221.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Sentencia de 7 de septiembre de 2021.

Jorge Arturo Ulloa Cordero* (Costa Rica)

El concepto de mínimo vital en la jurisprudencia de la Sala Constitucional costarricense**

RESUMEN

En el presente análisis jurisprudencial se revisa el uso del concepto jurídico indeterminado de mínimo vital por parte de la Sala Constitucional costarricense. Este concepto se ha relacionado, por parte de la doctrina, como uno de los fundamentos de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Para cumplir con el objetivo propuesto, se realiza un extenso estudio de todos los precedentes del Tribunal Constitucional en mención que han utilizado dicho término en su parte considerativa.

Palabras clave: mínimo vital; concepto jurídico indeterminado; DESC.

The concept of the vital minimum in the jurisprudence of Costa Rica's Constitutional Chamber

ABSTRACT

This jurisprudential analysis reviews the use of the undefined legal concept of the vital minimum by the Constitutional Chamber in Costa Rica. This concept has been considered by the doctrine as one of the foundations of economic, social, and cultural rights (ESCR). To achieve the proposed objective, an extensive study was conducted

* Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica, máster en Sociología Jurídico-Penal por la Universitat de Barcelona (España), máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante (España) y especialista en Justicia Constitucional por la Universidad de Pisa (Italia). jacano12@hotmail.com.

** El autor desea agradecer los aportes realizados por el Dr. Manuel Augusto Martín de la Vega, profesor titular de la Universidad de Salamanca, quien leyó una versión preliminar de la presente revisión jurisprudencial como parte del Curso de Alta Formación en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos de la UniPi. De igual manera, se agradecen las sugerencias realizadas por los pares revisores, las cuales fueron tomadas en cuenta para mejorar este trabajo.

of the entirety of the Constitutional Chamber's judgments that employ this term in their conclusions.

Keywords: Vital minimum; undefined legal concept; ESCR.

Das Konzept des unverzichtbaren Mindesteinkommens in der Rechtsprechung der Verfassungskammer von Costa Rica

ZUSAMMENFASSUNG

Die vorliegende Rechtsprechungsanalyse untersucht die Verwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs des unverzichtbaren Mindesteinkommens durch die Verfassungskammer von Costa Rica. In der Rechtsdoktrin gilt dieses Konzept als eine der Grundlagen der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte (span. DESC). Zur Durchführung der beabsichtigten Analyse erfolgt eine umfassende Erhebung sämtlicher vor dem Verfassungsgericht verhandelten Präzedenzfälle, bei denen der genannte Begriff im Rahmen seiner Abwägungen verwendet wurde.

Schlüsselwörter: unverzichtbares Mindesteinkommen; unbestimmter Rechtsbegriff; wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (span. DESC).

Introducción

En la academia de la región latinoamericana existe una preocupación cada vez mayor por definir los mínimos básicos de protección de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), en el marco de Estados sociales y democráticos de derecho pleno. Lo anterior, a partir del cambio jurisprudencial sucedido con la Sentencia en el Caso Lagos del Campo vs. Perú de 31 de agosto de 2017, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en donde se decreta la justiciabilidad directa de los DESC. Es necesario considerar, en cualquier estudio sobre estos derechos, que los enunciados jurídicos de los mismos, tanto a nivel de los textos convencionales como de los constitucionales, generalmente se presentan como meras aspiraciones o metas muy generales.

Es ahí donde el concepto jurídico indeterminado “mínimo vital” juega un papel trascendental en la doctrina constitucionalista latinoamericana. Tomando en cuenta la situación económica mundial, con una clara tendencia a la limitación de la inversión estatal en asuntos sociales, resulta necesario explorar cómo ha sido utilizado el concepto de mínimo vital por parte de los intérpretes autorizados de las constituciones, y determinar si este puede funcionar como dique de contención para la protección de las prestaciones sociales mínimas necesarias para asegurar la dignidad de las personas.

En el presente artículo, primero, se hace una breve aproximación al concepto de mínimo vital, desde el punto de vista doctrinario, y se incluyen referencias al

desarrollo jurisprudencial sobre la materia en Alemania, España y Colombia, por ser países de referencia para la jurisprudencia constitucional costarricense.

A continuación, en la parte medular del estudio, se realiza una revisión completa de la jurisprudencia del tribunal constitucional costarricense referente al tema del mínimo vital. Para la selección de los precedentes se utilizó el buscador “Nexus.pj”,¹ en el cual se consultaron los descriptores *mínimo vital* y *condiciones materiales mínimas*,² en todo el acervo jurisprudencial de la Sala Constitucional. A partir de dicha búsqueda se hallaron trescientas resoluciones constitucionales, de las cuales se descartaron todas aquellas que en su parte considerativa no contuvieran los descriptores dichos.

Este segundo apartado se divide en los cuatro *momentos* detectados en la jurisprudencia constitucional costarricense: un primer momento, denominado *indiferencia ante el concepto de mínimo vital*, que cubre la primera década de la Sala Constitucional; un segundo momento, llamado *descubrimiento del concepto de mínimo vital*, el cual abarca la primera década del siglo XXI; un tercer momento, que nombramos como *explosión del concepto de mínimo vital*, a partir de SSC 2011-06805 y hasta el año 2017; y, por último, el cuarto momento, que enunciamos como la *implosión del concepto de mínimo vital*, que comprende desde el año 2017 hasta la actualidad. Finalmente se presentan las principales conclusiones derivadas del estudio.

1. Una aproximación al concepto de mínimo vital

1.1. La definición desde la doctrina

Es manifiesto que el concepto jurídico de mínimo vital es multívoco.³ Lo anterior, por cuanto se pueden encontrar definiciones de este como principio constitucional,

¹ <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr>. Nexus.pj es un programa informático disponible de forma gratuita y universal en internet, desarrollado por el Poder Judicial costarricense. Dicho buscador posee –si es que no todas– la gran mayoría de las resoluciones y sentencias de los más altos tribunales del país, sistematizadas y ordenadas por descriptores de tema y subtemas. Se puede afirmar que contiene todas las resoluciones de la Sala Constitucional. Asimismo, por ser un buscador de texto completo, logra realizar búsquedas no solo en temas de descripción de las resoluciones, sino en su texto íntegro. Además, el buscador posee herramientas de búsqueda avanzada para discriminar la información.

² En un primer momento se utilizó únicamente el descriptor “mínimo vital”, del cual se obtuvieron 259 resoluciones. Luego, durante el análisis de las resoluciones, se advirtió que la Sala Constitucional utilizaba, como sinónimo de “mínimo vital”, “condiciones materiales mínimas”, por lo cual se ampliaron los criterios de búsqueda para incluirlo. Esto implicó el análisis de 41 sentencias adicionales.

³ Encarnación Carmona, “El derecho a un mínimo vital con especial referencia a la Constitución española de 1978”, *Estudios Internacionales*, 172 (2012): 63, <https://doi.org/10.5354/0719-3769.2012.23587>.

como derecho fundamental, como parámetro e, incluso, como la esencia de cierto tipo de derechos. A continuación se presentan algunas de estas definiciones desde la doctrina constitucionalista.

El concepto jurídico de mínimo vital puede tener su origen contemporáneo en la idea del *Existenzminimum* (mínimo existencial) desarrollado por la jurisprudencia administrativa alemana en la posguerra. Allí se utilizaba como parámetro de evaluación de la actuación estatal en la prestación de servicios públicos.⁴

En su carácter de concepto jurídico y político, el mínimo vital se entiende como una consecuencia de las obligaciones constitucionales y convencionales de los Estados en materia de DESC. Es decir, al tener el Estado que garantizar *mínimos* de satisfacción de las necesidades sociales, se impone la concreción de un mínimo vital, que resulta ser el eje de los derechos sociales.⁵ Esta concepción se puede denominar como *esencialista* y tiene un sentido delimitador o de contención del actuar estatal, tanto para la formulación de las políticas públicas como para excluir del sistema aquellas que atenten contra o no suplan ese mínimo vital. Se afirma que “como presupuesto del Estado Social de Derecho, el goce al [*sic*] mínimo vital, es un elemento esencial de la dignidad humana y busca establecer un contenido mínimo legal para los evidentemente indeterminados reclamos en materia de [DESC]”⁶

Ahora bien, como manifestación de esa característica multívoca, el mínimo vital también se ha entendido como un derecho prestacional meramente material. Es decir, como una obligación estatal de otorgar prestaciones –de servicio o dinerarias– a los individuos en condiciones sociales de vulnerabilidad. Corresponde, según esta definición, al derecho una cantidad monetaria mínima para hacer frente a las necesidades más básicas.⁷ En tal entendido, no funciona como fundamento o núcleo duro de los DESC, sino que constituye una consecuencia material de la aceptación de la normatividad de los enunciados sociales del texto constitucional o convencional. Esta definición realiza una sinonimia con el concepto de renta básica o mínima, e incluso se le ha asemejado al concepto del salario mínimo.

Para la presente revisión es de interés mencionar que la doctrina constitucional costarricense no se ha encargado de desarrollar o delimitar –cuando menos– el concepto de mínimo vital. Salvo algunas menciones marginales en libros de otras temáticas, destaca el ensayo realizado por Carlos Rosales en 2017.⁸ De acuerdo con

⁴ Sandra Duque Quintero, Mónica Duque Quintero y Patricia González Sánchez, “Sobre el derecho fundamental al mínimo vital o a la subsistencia: análisis jurisprudencial”, *Encuentros*, 17, n.º 1 (2019): 83, <https://www.redalyc.org/journal/4766/476661525007/html/#:~:text=Se%C3%B1ala%20que%20la%20persona%20requiere,libre%20desarrollo%20de%20su%20personalidad>.

⁵ Duque Quintero *et al.*, “Sobre el derecho fundamental al mínimo vital”, 82.

⁶ Duque Quintero *et al.*, “Sobre el derecho fundamental al mínimo vital”, 82.

⁷ Carmona, “El derecho a un mínimo vital”, 63-64.

⁸ Carlos Rosales, “El mínimo vital como institución de justicia elemental”, *IUS Doctrina*, 10, n.º 2 (2017): 1-16, <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/31912>.

dicho autor, a partir de los postulados de justicia desarrollados por Rawls, los individuos deben tener elementos esenciales para el libre desarrollo de su personalidad, elementos mínimos que actúan como mecanismos de igualdad social.⁹ Para dicho autor, el concepto de mínimo vital tiene el doble efecto de asegurar un salario mínimo para los trabajadores y unas provisiones económicas básicas para los otros individuos. Llama la atención que Rosales describe el concepto como un recurso de la jurisdicción para “subsana una situación de injusticia o para socorrer a una persona indefensa frente a la desidia y la indolencia del Estado y, en ocasiones, de los particulares”.¹⁰ Destacando que en Costa Rica corresponde a un derecho inominado pero que emerge de una lectura ampliada y complementada del derecho a la vida con el derecho a la dignidad humana. Para, acto seguido, explicar que no se imponen los medios para la consecución del fin buscado, pues estos quedarán a elección del legislador.¹¹

1.2. La definición desde la jurisprudencia alemana, española y colombiana

Es importante exponer de forma concisa el desarrollo jurisprudencial sobre el concepto de mínimo vital realizado por la jurisprudencia constitucional alemana, española y colombiana, en vista de que la Sala Constitucional costarricense realiza un diálogo jurisprudencial con estas.

En cuanto a la jurisprudencia alemana, el Tribunal Constitucional Federal ha interpretado que existe un derecho constitucional a un mínimo vital, el cual deriva del derecho a la vida enmarcado en el principio de Estado social de derecho.¹² Asimismo, se destaca que dicho Tribunal ha establecido que, si el desarrollo normativo infraconstitucional es deficiente en cuanto a la protección del mínimo vital por parte del Estado, se debe activar la creación pretoriana provisional de soluciones cuasilegislativas para resguardar la dignidad humana.¹³

Siempre en lo referente a la jurisprudencia alemana, Tenorio Sánchez, en un artículo del año 2011, explica que el propio Tribunal Federal ha indicado de forma expresa que la mayoría de pretensiones sociales no son derechos fundamentales y que las conquistas no necesariamente son irreversibles.¹⁴ Lo anterior, según dicho autor, para evitar un conjunto “abigarrado y caótico” de sentencias constitucionales

⁹ Rosales, “El mínimo vital como institución de justicia elemental”, 1.

¹⁰ Rosales, “El mínimo vital como institución de justicia elemental”, 5.

¹¹ Rosales, “El mínimo vital como institución de justicia elemental”, 9.

¹² Duque Quintero *et al.*, “Sobre el derecho fundamental al mínimo vital”, 84.

¹³ Carmona, “El derecho a un mínimo vital”, 65.

¹⁴ Pedro Tenorio Sánchez, “El Tribunal Constitucional, la cláusula del Estado social, los derechos sociales y el derecho a un mínimo vital digno en la República Federal Alemana”, *Estudios de Deusto* 59, n.º 2 (2011): 142, <https://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/282>.

que reconozcan las más diversas prestaciones sociales, sin desarrollo normativo y sin contenido presupuestario.¹⁵ Empero, el mínimo vital, según el Tribunal Federal, actúa como parámetro de control de la discrecionalidad legislativa, puesto que “para determinar la entidad del derecho, el legislador debe calcular todos los gastos necesarios para el sustento con un procedimiento transparente y objetivo, realista y susceptible de ser compartido, basado en datos fiables y métodos de cómputo convincentes” (STCFA de 9 de febrero de 2010, criterio 3 y línea 139).¹⁶ En tal entendido, se han determinado parámetros para la concreción de los principios rectores relacionados con la cláusula de Estado social, que debe ser tomada en serio por parte del legislador ordinario.¹⁷

Pasando a la jurisprudencia española, el Tribunal Constitucional, por lo menos desde la sentencia STC 113/1989, reconoce la existencia de un derecho fundamental al mínimo vital como contención del ejercicio de otros derechos e intereses, específicamente los patrimoniales. Lo anterior, por cuanto ha interpretado que el ejercicio –aunque aparentemente legítimo– de derechos patrimoniales no puede sacrificar en extremo el derecho de los individuos a poseer un mínimo vital, privándoles de medios materiales para la consecución de sus fines personales. Aunado a lo anterior, el mínimo vital se puede fundamentar, en el derecho español, en la protección de la familia, el mantenimiento de la salud y el de una vivienda digna.

El Tribunal Constitucional español ha determinado, por lo menos, tres fundamentos para el mínimo legal como derecho fundamental: 1) el ejercicio de la libertad real, para lo cual es condición necesaria una mínima seguridad económica; 2) el respeto por el principio de igualdad en su dimensión material, como forma de nivelar a los individuos en el acceso a las oportunidades, y 3) el imperativo de la cláusula de Estado social de derecho, que implica una distribución de la riqueza de forma equitativa.¹⁸ En cuanto a su reconocimiento jurisprudencial en España, destaca que se ha hecho por vía de la conexidad con el derecho al salario mínimo y de una lectura amplia del derecho a la vida, en clave de subsistencia mínima. Destaca Carmona que, a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional española, la reconocida discrecionalidad legislativa tiene sus límites en las cláusulas sociales, especialmente en el respeto por el mínimo vital.¹⁹

A nivel latinoamericano, la Corte Constitucional colombiana actúa como referente indiscutible, incluso es uno de los mayores protagonistas en los diálogos jurisprudenciales entre tribunales de constitucionalidad de la región.²⁰ La providencia

¹⁵ Tenorio Sánchez, “El Tribunal Constitucional, la cláusula del Estado social”, 142.

¹⁶ Citado por Tenorio Sánchez, “El Tribunal Constitucional, la cláusula del Estado social”, 152.

¹⁷ Tenorio Sánchez, “El Tribunal Constitucional, la cláusula del Estado social”, 157.

¹⁸ Carmona, “El derecho a un mínimo vital”, 65-66.

¹⁹ Carmona, “El derecho a un mínimo vital”, 69-73.

²⁰ Sobre el tema, es preciso consultar la obra completa de Haideer Miranda Bonilla, *Diálogo judicial interamericano* (Bogotá: Nueva Jurídica, 2016).

fundante de dicha Corte respecto de la utilización del concepto de mínimo vital como parámetro de constitucionalidad es la Sentencia T-426 de 1992, en la cual se juzga una violación al derecho fundamental de subsistencia.²¹

En dicho precedente se indica que la subsistencia es un derecho social innominado en la Constitución colombiana, pero que se extrae de los derechos a la vida, a la salud, al trabajo y a la asistencia o seguridad social.²² En dicho caso, el Tribunal reconoce que la Carta Política garantiza a los individuos condiciones económicas y espirituales básicas para dignificar la vida humana y el libre desarrollo de la personalidad. A partir de ello, el Estado social de derecho, el cual instituye la solidaridad como valor fundante, construye una organización del poder público con el fin –entre otros– de combatir las penurias económicas o sociales, así como de nivelar el terreno para las personas en condiciones de vulnerabilidad, tanto con acciones como con protección.²³

Sobre la línea jurisprudencial colombiana, Oberarzbacher, en el año 2011, realiza un completo análisis, en el cual establece que, si bien no existe consenso en cuanto a cuáles derechos sociales son justiciables –se parte de su normatividad aceptada–, sí lo hay en cuanto a que los mínimos vitales deben ser tutelados.²⁴ En razón de lo anterior, considera que el mínimo vital es la llave de apertura para la justiciabilidad subjetiva de los preceptos sociales de las constituciones.

Oberarzbacher establece cuatro posturas del intérprete autorizado en Colombia frente a dicha pretensión de justiciabilidad: 1) la deferencia completa, en el sentido de que solo será justiciable en los términos que han sido desarrollados por el legislador; 2) la justiciabilidad en casos extremos, o sea que cuando se pone en peligro manifiesto a la persona, el juez puede dar tutela por acciones u omisiones de los poderes públicos; 3) la justiciabilidad por conexidad con los derechos de dignidad humano o vida, debidamente enunciados en el texto constitucional, y 4) la llamada *corrección Uprimny*, la cual significa que, frente a las críticas de la tutela por goteo de los derechos sociales, que habría creado categorías de víctimas (la de aquellas que han tenido acceso a la justicia y se les han tutelado sus derechos, y la de aquellas que no han tenido tal acceso y, por tanto, no han sido amparadas), se deben tutelar los derechos sociales en la medida en que haya exigencias internas (disposiciones infraconstitucionales, al estilo de la postura primera) o internacionales (como serían los Principios de Limburgo), delimitadas o delimitables, siempre bajo la égida de la disponibilidad real de recursos; y, para evitar la diferenciación entre víctimas, una

²¹ Duque Quintero *et al.*, “Sobre el derecho fundamental al mínimo vital”, 86.

²² Duque Quintero *et al.*, “Sobre el derecho fundamental al mínimo vital”, 86.

²³ Duque Quintero *et al.*, “Sobre el derecho fundamental al mínimo vital”, 86-87.

²⁴ Franz Erwin Oberarzbacher, “La justiciabilidad y el mínimo vital de los DESC: teoría y práctica en Colombia”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 41, n.º 115 (2011): 390, <http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v41n115/v41n115a05.pdf>.

vez tutelada una solicitud de prestación social, esta deberá siempre ampararse de la misma forma y para la misma categoría de individuos.²⁵

El citado autor, a partir de la aceptación de la normatividad y justiciabilidad relativa de los DESC, entiende que el mínimo vital obedece tanto a una necesidad como a logros históricos. En tal sentido, ese mínimo vital –entendido como las prestaciones sociales necesarias para una vida digna– debe ser progresivamente resguardado por los poderes públicos, a partir del debate democrático, sea en el Parlamento o a nivel del Ejecutivo, mediante los programas de gobierno. Sin embargo, una vez establecida una prestación como parte del mínimo vital, se prohíbe su regresión injustificada; así pues, en caso de retroceso o eliminación de la prestación social, deberá el Estado demostrar la justificación, pues al respecto se presume la inconstitucionalidad.²⁶ De esta manera, el concepto de mínimo vital, desde el punto de vista de justiciabilidad, funciona como dique de contención del actuar de los poderes públicos.

Toda la base dogmática antes descrita, y su intento de sistematización, ponen de manifiesto la multivocidad del concepto de mínimo vital. Esta característica y la libertad con la que se usa el término, por demás vago, se pueden reconocer también en la jurisprudencia constitucional costarricense. En el siguiente apartado se presentan las definiciones y los usos del concepto de mínimo vital dados por el intérprete autorizado y último de la Constitución costarricense, es decir, la Sala Constitucional.

2. El desarrollo del concepto de mínimo vital en la jurisprudencia de la Sala Constitucional costarricense

La Sala Constitucional costarricense, intérprete último y autorizado del texto constitucional, ha utilizado, como se verá, de forma bastante libre el concepto de mínimo vital. A continuación se presenta el resultado de una revisión jurisprudencial para exponer los usos lingüísticos del concepto jurídico mínimo vital por parte de dicho Tribunal.

2.1. Indiferencia ante el concepto de mínimo vital

Como se ha indicado, la Sala Constitucional costarricense fue creada por reforma constitucional y legal en el año 1989, con lo cual se designó la competencia jurisdiccional constitucional a una cuarta sala de la Corte Suprema de Justicia. Producto

²⁵ Oberarzbacher, “La justiciabilidad y el mínimo vital de los DESC”, 384-391. Sobre este punto es necesario precisar que para Oberarzbacher existen cuatro mandatos del principio de igualdad: 1) trato idéntico para iguales, 2) trato diferenciado para diferentes, 3) trato igual para quienes tienen diferencias, pero sus similitudes son más importantes y 4) trato diferenciado para quienes, aunque parezcan iguales, tengan puntos diferenciadores determinantes (384-392).

²⁶ Oberarzbacher, “La justiciabilidad y el mínimo vital de los DESC”, 395.

de lo anterior, se trasladó la competencia que tenía el colegio de magistrados a una sala especializada.

Sin embargo, pese a que para dicha época el concepto de mínimo vital había tenido un desarrollo en la doctrina constitucionalista mundial, especialmente a partir de los desarrollos en la jurisprudencia alemana, española y colombiana, en la revisión realizada no se detectó su uso por parte de la Sala Constitucional en los primeros ocho años de su funcionamiento. Por tal razón, se ha optado por denominar esta fase como *indiferencia* ante el concepto, pues simplemente no jugó ningún papel en la jurisprudencia de dicha época.

2.2. Descubrimiento del concepto de mínimo vital

La primera vez que la Sala Constitucional costarricense utiliza el concepto de mínimo vital, propiamente dicho, es en la SSC 1997-5652 de 16 de septiembre de 1997, producto de una acción de inconstitucionalidad.²⁷ En dicha resolución se analiza la constitucionalidad del monto de un impuesto, para lo cual el Tribunal alude al concepto de capacidad contributiva o económica, para determinar que un sistema tributario justo debe estar delimitado por el principio de igualdad. En tal sentido, a partir de los niveles mínimos de renta (es decir, el mínimo vital para sobrevivir) y máximos (aquellos poseedores de riqueza nacional) se debe determinar el *quantum* del impuesto. Como se puede observar, en este caso el mínimo vital funciona para el control de la discrecionalidad legislativa respecto del establecimiento de tributos. Lo anterior, en el entendido de que si una norma impositiva grava la porción del ingreso de una persona que se considere como su mínimo vital –llamada en la resolución “capacidad contributiva mínima”– resultará en su inconstitucionalidad. Sin embargo, se debe acotar que dicha resolución no cita expresamente el concepto ni lo desarrolla.

En las resoluciones SSC 1998-5672, de 5 de agosto, y SSC 1999-524, de 21 de abril, dicho Tribunal volvió a utilizar el concepto de mínimo vital para analizar la constitucionalidad de una serie de condiciones especiales para los productores de café referentes al impuesto sobre la renta. La Sala consideró que la norma cuestionada resultaba constitucional, puesto que el legislador había optado por un trato diferenciado a favor de los productores de café, basado en la condición histórica del “grano de oro” en el imaginario costarricense. Esto, de acuerdo con la Sala, no violentaba el principio de igualdad, al determinarse por ley un mínimo vital de ingresos de dichos productores excluidos de todo gravamen.

²⁷ Para guía del lector se explica que las referencias de las resoluciones de la Sala Constitucional costarricense consisten en un número único, que se compone del año de emisión y un consecutivo anual de, al menos, cinco números. Por ejemplo, la primera sentencia del año 2020 sería la 2020-00001. Por razones de uniformidad, se intentará citar de dicha forma en esta revisión, pero se aclara que muchas veces, principalmente en las resoluciones previas al año 2000, se disponía primero el consecutivo anual y luego el año de emisión.

Posteriormente, en la SSC 2003-2348, de 19 de marzo, el Tribunal analizó una norma del Reglamento del Régimen No Contributivo de Pensiones por Monto Básico de la Caja Costarricense del Seguro Social, por medio de una acción de inconstitucionalidad (sentencia reiterada en los fallos SSC 2005-11785, de 30 de agosto, y SSC 2008-016346, de 30 de octubre, por la vía del amparo constitucional). En dichas oportunidades, la Sala definió que la pensión del Régimen No Contributivo constituye una prestación estatal a favor de las personas en situación de vulnerabilidad económica que no pueden asegurarse por sí mismas un mínimo vital para subsistir. De tal forma, a partir de un fondo costeado por los contribuyentes, se les otorga un subsidio si cumplen con ciertos requisitos reglamentarios mínimos. Lo interesante de este precedente es que la Sala declara que dicho subsidio es temporal y sujeto a requisitos de comprobación, razón por la cual en el momento en que se logre determinar de forma objetiva que el sujeto beneficiado puede proveerse su mínimo vital, la Administración tiene la potestad de suspender o eliminar el subsidio. Acá el mínimo vital –o bien su no satisfacción por los propios medios individuales– actúa como una condición necesaria para acceder a la prestación dineraria por parte del Estado.

Por otro lado, en la SSC 2004-13421, de 26 de noviembre, la Sala Constitucional analizó una acción de inconstitucionalidad en contra de la Ley de Contingencia Fiscal (Ley 8343 de 18 de diciembre de 2002) que, *inter alia*, establecía un congelamiento de los salarios de las personas funcionarias públicas. La Sala entendió que en Costa Rica no existe un derecho fundamental de los trabajadores a percibir un incremento salarial por aumento del costo de vida. En su lugar, determinó que el Texto Constitucional, en su artículo 57, solamente resguarda un derecho al salario mínimo, el cual será constitucional en la medida en que procure el bienestar y la existencia digna de los trabajadores. Por ello, aunque se compruebe que ha existido un aumento del costo de vida, si el salario mínimo gubernamentalmente establecido cubre el mínimo vital para subsistir, la medida es constitucional. *Contrario sensu*, en la medida en que dicho salario sea inferior al mínimo vital necesario para sobrevivir, resultaría contrario tanto al artículo 57 (derecho al salario mínimo) como al 50 (distribución de la riqueza nacional), al igual que al 54 (protección especial de la familia) y, en general, al 33 (trato igualitario y digno).

Como corolario de lo expuesto, se aprecia que en este período *de descubrimiento* la Sala Constitucional empieza a utilizar en sus resoluciones el concepto de mínimo vital. Se encuentran los primeros precedentes constitucionales en donde el concepto es utilizado para realizar el control de la discrecionalidad legislativa, especialmente en materia impositiva, y también como un parámetro de acuerdo con el cual las personas puedan acceder a una prestación dineraria estatal, en el momento en que por sí mismas no puedan asegurarse un ingreso mensual mínimo para subsistir. Ahora bien, a partir de la revisión jurisprudencial no se pudo detectar un solo intento por parte de la Sala de definir el concepto; en lugar de ello, se utiliza más bien como un referente retórico.

2.3. Explosión del concepto de mínimo vital

En el año 2010, la Sala Constitucional tuvo que enfrentarse a un aluvión de acciones objetivas y subjetivas de constitucionalidad en contra de una reforma de la Ley de Tránsito Vehicular, la cual estableció un aumento significativo de las multas por infracciones a las normas de tránsito vehicular. En razón de lo anterior, la Sala realizó un profundo análisis de la proporcionalidad y razonabilidad de las sanciones pecuniarias impuestas, en el cual se utilizó de manera determinante el concepto de mínimo vital.

La sentencia fundante de la línea jurisprudencial fue la SSC 2011-06805, de 27 de mayo, por medio de la cual se analizó la constitucionalidad de la multa por no usar el cinturón de seguridad. Luego de realizar un análisis sobre la discrecionalidad legislativa en cuanto a la imposición de sanciones pecuniarias en sede administrativa, la Sala decidió que para analizar la proporcionalidad y razonabilidad de la sanción deben ponderarse aspectos referidos a la lesividad de la conducta, pero siempre tomando como parámetro constitucional la capacidad económica del posible infractor. Al respecto, indicó que el fin estatal de las sanciones (como manifestación del *ius puniendi*) debe ser castigar la conducta infractora y disuadir a futuros infractores de realizarla. Sin embargo, continuó argumentando que dichos fines se ven denostados si la sanción impuesta resulta desproporcionada o se realiza de forma abstracta sin medir las consecuencias en los posibles infractores. Lo anterior, por cuando causaría un trato desigual entre los sujetos infractores que sí pueden pagarla y aquellos que no. Así, dijo el Tribunal, “el Bloque de Constitucionalidad le impone al legislador, cuando de imponer multas y sanciones se trata, el deber de garantizar una justa y equitativa proporción entre la cuantía de la sanción y las condiciones económicas del sancionado” (SCC 2011-06805).

De tal forma, de acuerdo con la Sala, el legislador, a la hora de diseñar las sanciones pecuniarias, debe tener en mientes al sujeto destinatario –o sea, el infractor– y, en especial, su capacidad económica. Solo así se respeta el principio de igualdad constitucional (art. 33). En este punto entra a jugar el concepto de mínimo vital, pues, según la Sala, el legislador goza de discrecionalidad para establecer montos fijos o proporcionales, pero siempre respetando el mínimo vital para subsistir. Y, en el caso de las multas fijas, el parámetro deberá ser siempre la capacidad económica de la población con menores ingresos. En cuanto a las sanciones proporcionales, se consideran confiscatorias aquellas que afecten en más de un 50% los ingresos del infractor.

Resulta importante señalar que la Sala utiliza el concepto de mínimo legal como un parámetro objetivo. Incluso, para la fundamentación se apoya en datos del Instituto Nacional de Censos, especialmente de la Encuesta Nacional de Ingresos y Gasto del Hogar, así como del Informe del Estado de la Nación.²⁸ En este apartado,

²⁸ Estudio periódico realizado por la Universidad de Costa Rica y otros investigadores que analizan temas de trascendencia nacional.

realiza un análisis de la cláusula de Estado social de derecho (contenida en el Título V de la Constitución Política, en especial, en el artículo 74 que refiere a la justicia social), en cuanto a que no basta que los indicadores macroeconómicos del Estado respondan a estándares internacionales, sino que se debe garantizar una efectiva distribución del ingreso para construir una sociedad más igualitaria, libre y eficiente (SCC 2011-06805).

En este precedente se encuentra la primera definición del concepto de mínimo vital de la jurisprudencia constitucional costarricense. La Sala utiliza la cláusula constitucional de Estado social y realiza un diálogo con la Corte Constitucional colombiana, al citar una de sus resoluciones. Especial mención hay que hacer a que la Sala cataloga el mínimo vital como “una de las creaciones más importantes en materia de protección de derechos humanos”, definiéndolo como sigue:

El derecho a disponer de unas condiciones mínimas que permitan la subsistencia y la vida digna, cumple una función múltiple, juega “[...] *el papel de derecho fundamental, de criterio para establecer la fundamentalidad de derechos prestacionales, de condición empírica para establecer la conexidad entre derechos de prestación y derechos fundamentales, de núcleo esencial del derecho al trabajo y de condición de procedibilidad de la acción de tutela*”. (SCC, Resolución 2011-06805)

En cuanto al análisis propiamente dicho del monto de la multa por no llevar el cinturón de seguridad, la Sala utiliza como parámetro de comparación los salarios mínimos vigentes en dicho momento,²⁹ concluyendo que la multa constituiría una violación grosera al mínimo vital de una persona infractora de estrato bajo, puesto que representaría más que sus ingresos mensuales. Lo anterior, según el Tribunal, violenta el principio de igualdad y la cláusula de Estado social de derecho, por lo que decide fallar en el sentido de que el legislador se extralimitó en sus prerrogativas impositivas.

Sumado a lo expuesto, también refiere la Sala Constitucional que la multa dispuesta no supera el test de razonabilidad, que constituye el parámetro objetivo de la interdicción de la arbitrariedad de los órganos públicos. Para la Sala, el juicio de razonabilidad se compone de los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, respecto de las medidas adoptadas o por adoptar. Al respecto, señala el Tribunal que existe la racionalidad técnica –adecuación entre medios y fines–, la racionalidad jurídica –adecuación de las medidas al derecho de la Constitución– y la razonabilidad sobre los efectos personales –que las cargas que debe soportar el ejercicio de un derecho no sean mayores de lo necesario para que sean

²⁹ La misma Sala señala que dicho análisis de por sí es erróneo, pues se parte de que todas las personas reciben cuando menos el salario mínimo legal, cuando en realidad una gran proporción de la población costarricense ni siquiera percibe esa suma, por encontrarse en la informalidad.

socialmente funcionales. Luego de lo cual concluye que en el caso de marras la multa constituía el medio más gravoso para sancionar cualquier infracción y un acto intrínsecamente injusto por lesionar el mínimo vital de un infractor de estrato social bajo.³⁰

En el mismo año, la Sala Constitucional entró a analizar una consulta facultativa de constitucionalidad que realizaron algunos diputados a la Asamblea Legislativa, referente a la aprobación de un impuesto a la posesión de sociedades mercantiles, ello en la SSC 2011-012611, de 21 de setiembre. En dicha oportunidad, los consultantes criticaron la constitucionalidad de un impuesto fijo que, según ellos, no tomaba en consideración la capacidad económica del sujeto gravado. Al respecto, la Sala reiteró su posición jurisprudencial en cuanto a la necesidad de considerar la capacidad económica de los obligados y deudores tributarios, para no gravar el mínimo vital. Sin embargo, en el caso bajo estudio determinó que las sociedades mercantiles tienen como fin primordial el lucro, lo cual hace suponer que se genera riqueza con su tenencia. Asimismo, en referencia al principio de igualdad, dijo que por el hecho de contener el tributo una cláusula de equidad para aquellos sujetos que demostraran no tener ingresos, se respetaba dicho parámetro de igualdad. También en esta ocasión, la Sala utilizó estadísticas para determinar que las sociedades mercantiles en Costa Rica poseen una gran cantidad de bienes, lo que hace presuponer que cuentan con capacidad económica.

En la SSC 2014-16585, de 10 de octubre, la Sala Constitucional nuevamente estableció una relación entre la cláusula social y el derecho al mínimo vital. Indicó que el Estado debe procurar la igualdad real o efectiva, por medio de la remoción de obstáculos para los grupos vulnerables. En ese entendido, señaló, el Estado –siempre observando el principio de subsidiariedad– debe organizar y estimular la producción, la competitividad, el desarrollo y el crecimiento económico hacia el adecuado y justo reparto de la riqueza nacional; con ello, el Estado debe procurar que las personas menos favorecidas gocen de un mínimo vital, es decir, la satisfacción de sus “necesidades humanas básicas”, entre ellas la alimentación (SCC 2014-16585).

Como puede observarse, en este momento, la Sala delinea una definición de mínimo vital, a partir de un diálogo jurisprudencial con la Corte Constitucional colombiana. Y no solo utiliza el concepto para determinar la razonabilidad en la aplicación de multas sino que, a partir de las exigencias constitucionales de la cláusula de Estado social, determina la existencia de derechos prestacionales a favor de los más desfavorecidos de la sociedad y le impone al Estado obligaciones de procurar un reparto de la riqueza más justo. Es en este momento que se establece la línea

³⁰ Producto de dicha decisión hito, se dictaron las resoluciones 2011-13393, de 5 de octubre; 2011-3940, de 21 de marzo; 2011-6805, de 27 de mayo; 2012-5250, de 25 de abril; 2012-00129, de 11 de enero; 2012-05249, de 25 de abril; 2012-06876, de 23 de mayo; 2012-09203, de 4 de julio; 2012-09204, de 4 de julio; 2012-3945, de 21 de marzo; 2012-3947, de 21 de marzo; 2012-3948, de 21 de marzo; 2012-3950, de 21 de marzo; 2012-3952, de 21 de marzo; 2012-6877, de 23 de mayo; 2013-2811, de 1 de marzo, y 2013-2813, de 1 de marzo. Todas estas anulan sanciones económicas de dicha reforma a la Ley de Tránsito Vehicular.

jurisprudencial de que la imposibilidad material no justifica el desconocimiento de derechos prestacionales. En este periodo, el concepto de mínimo vital no solo constituye un límite, sino que funge como fundamento de nuevos derechos prestacionales; por ello se habla de una *explosión* del uso del concepto.

2.4. Implosión del concepto de *mínimo vital*

Resulta de interés una serie de recursos de amparo presentados a partir del año 2017 en los cuales se alegaba la falta de provisión presupuestaria para la asignación de diferentes ayudas estatales, como subsidios y becas escolares. La resolución fundante es la SSC 2017-012340, de 4 de agosto, producto de un recurso de amparo en el cual se alegó que el Instituto Mixto de Ayuda Social, pese a haber aprobado una prestación por “atención a familias”, por una falta de presupuesto no la había entregado. La mayoría de la Sala consideró lesionado el derecho fundamental a una vida digna del amparado, pues dicha ayuda debidamente aprobada constituía un soporte para su subsistencia. Asimismo, determinó de forma categórica –por mayoría– que la falta presupuestaria es un argumento inaceptable para negar el derecho al mínimo vital (posición reiterada en la SCC 2018-16786, de 5 de octubre, y en la SCC 2018-018864, de 9 de noviembre).

Sin embargo, el magistrado Castillo Víquez salvó el voto e indicó que, si bien compartía el análisis en cuanto a que en un Estado social y democrático de derecho como el costarricense es un imperativo categórico el otorgarles a los habitantes un mínimo vital, en casos como el señalado no se niega la ayuda estatal, sino que el hecho de que exista una insuficiencia presupuestaria constituye una excusa válida para el Estado. Resulta particularmente interesante la contraposición que hace dicho magistrado entre el *Estado social ideal* y el *Estado social posible*.

De forma más reciente, en la SSC 2020-013438, de 17 de julio (durante la pandemia del covid-19) la Sala Constitucional reafirmó por mayoría (de 4 a 3) la línea jurisprudencial antes descrita, en el sentido de que la falta de presupuesto no es justificación suficiente para retrasar la ayuda económica de un individuo que ve amenazado su derecho constitucional al mínimo vital. Nuevamente, el magistrado Castillo Víquez salvó el voto. Sin embargo, en esa ocasión se sumaron las magistradas Hernández López y Garro Vargas con sus propios votos salvados, haciendo hincapié en que “el Estado costarricense no está en posibilidad de atender todos los requerimientos de ayudas y apoyo que se le requieran por parte de todas las personas” (SSC 2020-013438, voto salvado del juez Garro Vargas).

En la SSC 2017-014678, de 13 de septiembre, en una consulta facultativa de constitucionalidad, la Sala analizó la figura del Instituto Mixto de Ayuda Social, señalando que se trata de una entidad pública cuya finalidad es ayudar –desde el punto de vista socioeconómico– a los sectores más desfavorecidos de la población y que se encuentran en pobreza extrema. En tal entendido, dicha entidad corresponde a la configuración institucional de los derechos al desarrollo y adecuado reparto de

la riqueza (art. 50 constitucional), a la solidaridad y justicia social (art. 74 constitucional) y a la igualdad real y efectiva (art. 33 constitucional). Bajo dichas premisas, el Instituto constituye la materialización de la garantía del mínimo vital para las poblaciones menesterosas, pues en su ley constitutiva se determina que su fin es resolver el problema de la pobreza extrema del país. Esta sentencia reconoce, por lo menos a nivel declarativo, que existe un derecho al mínimo vital, también llamado *derecho a no tener hambre*.

Por otro lado, desde mediados de la segunda década de los dos mil, por un enorme déficit fiscal acumulado, se empezó a discutir en Costa Rica sobre las *pensiones de lujo*, generalmente a cargo del presupuesto nacional (pues los regímenes que les dieron origen ya fueron cerrados o sus fondos se agotaron) y cuyos beneficiarios no contribuyeron lo suficiente para su mantenimiento, sino que existían requisitos para acceder al derecho sumamente ventajosos, como salario completo, edad de jubilación temprana o adelantada, posibilidad de heredarlas, entre otros. Asimismo, generalmente se presentan en el discurso político de ciertas tendencias, como privilegios para ciertos sujetos, en su mayoría funcionarios públicos, en comparación con las condiciones generales del régimen universal.

Como producto de dicha discusión, se han tomado varias disposiciones ejecutivas y legislativas para evitar el crecimiento exponencial de tales pensiones y limitar sus alcances, pero estas políticas se han cuestionado por razones de constitucionalidad ante la Sala. Al respecto, en la SSC 2018-019030, de 14 de noviembre, la Sala reiteró su jurisprudencia en el sentido de que la jubilación constituye un derecho constitucional justiciable en vía constitucional, producto del principio de solidaridad social. Por mayoría se determinó que las medidas adoptadas no constituían violaciones constitucionales, pues el derecho a la jubilación no es absoluto, siempre y cuando se respeten los derechos adquiridos de buena fe y las situaciones jurídicas consolidadas (temas que escapan del interés de este estudio). Asimismo, los topes impuestos a los montos mensuales de pensión no constituyen violaciones constitucionales, siempre y cuando se respete el mínimo vital y se fundamenten en estudios técnicos y actuariales.

Ahora bien, para los fines de la presente revisión resulta trascendental la relativización que hizo la Sala Constitucional en este caso, en donde admitió escenarios posibles para validar regresiones en los derechos sociales, como sería la jubilación. Entre dichas posibilidades está una debacle financiera del Estado o del régimen de jubilaciones y pensiones (SSC 2018-019030).

Sobre el particular, la magistrada suplente Esquivel Rodríguez salvó el voto y expuso razones diferentes para declarar la constitucionalidad de la norma. En su análisis sostuvo que el derecho adquirido es al otorgamiento de la pensión, pero no a una suma determinada de dinero. En ese entendido, la suma puede ser variada sin que ello afecte el contenido esencial del derecho. Al respecto interpretó la jueza que el derecho a la pensión o jubilación de la seguridad social es a que “toda persona goce de un mínimo vital de dignidad, administrándose racionalmente recursos limitados

para asegurar su sostenibilidad en el tiempo” (SSC 2018-019030, voto salvado de la magistrada Esquivel Rodríguez).

En el año 2018 se realizó un amplio debate nacional en torno al equilibrio de las finanzas públicas. Producto de ello, la Asamblea Legislativa discutió una reforma tributaria. Previo a su aprobación en segundo debate legislativo, el proyecto fue enviado a la Sala Constitucional por medio de una consulta facultativa de constitucionalidad, resuelta mediante la SSC 2018-19511, de 23 de noviembre, en donde se determinó –de modo general– la constitucionalidad de la norma. Ahora bien, resulta de especial interés para esta revisión la ponderación realizada por el Tribunal entre el principio de equilibrio financiero y la cláusula de Estado social de derecho. En primer término, la Sala acredita, con base en una serie de informes técnicos, la existencia de una situación fiscal nacional precaria, en la cual no está asegurada la sostenibilidad financiera del Estado.

Con fundamento en lo anterior, la Sala Constitucional consideró que la búsqueda de una solución para la situación crítica de la sostenibilidad de las finanzas no solo era razonable, sino *insoslayable*. En este sentido, el Tribunal –en un ejercicio de autocontención– determinó su propia competencia en este tipo de casos para velar por que las soluciones por parte de los poderes públicos se adopten resguardando los derechos fundamentales cobijados a nivel constitucional y convencional (SSC 2018-19511).

La Sala Constitucional explica que el equilibrio presupuestario es condición necesaria de un Estado social de derecho, pues le permite disponer de los fondos necesarios para el cumplimiento pleno de sus obligaciones constitucionales e internacionales. Por ello, para la existencia de un sistema político solidario, en el cual los desfavorecidos encuentren resguardo de su dignidad humana (derecho a la subsistencia) y su derecho a progresar, es necesario que existan las posibilidades materiales, las cuales sependen del equilibrio financiero estatal. Entonces:

El Estado Social de Derecho “ideal” es el Estado Social de Derecho “posible”, contra el que precisamente se actúa, cuando se quebranta el principio de equilibrio presupuestario, toda vez que, a mediano plazo, eso pone en serio riesgo o del todo impide obtener los recursos necesarios para sustentar un Estado Social de Derecho “real”, uno del que verdadera y efectivamente puedan gozar los más vulnerables. Vigilar entonces que no se llegue a caer en una Constitución fallida o de papel, donde los derechos prestacionales de rango constitucional no puedan ser efectivos, es tarea fundamental de esta Sala, estrictamente dentro de lo que el marco de sus competencias se lo permite. (SSC 2018-19511)

Una mención especial merece la interpretación del tribunal constitucional costarricense sobre las condiciones de progresividad y no regresividad de los DESC. Para la Sala, dichas condiciones no pueden oponerse a la característica mutabilidad del derecho, pues ello implicaría una “petrificación” de este u otorgarle una condición

irreal de eternidad. Explica el Tribunal que el derecho precisa de ser dinámico para dar respuesta a las necesidades sociales, las cuales –por definición– son contingentes en las variables de tiempo y espacio. Bajo tal inteligencia, la meta de la progresión de los derechos sociales –y humanos en general– debe estar condicionada por la coyuntura histórica y económica. Por ello, en un contexto de insostenibilidad financiera del Estado se deben tomar medidas para paliarla, incluso si implican una regresión en los derechos prestacionales; pero con el límite del respeto a los mínimos vitales para el ejercicio de los derechos consagrados y reconocidos.

A partir del año 2019 se presentaron una serie de recursos de amparo en contra del Instituto Mixto de Ayuda Social (IMAS) y las empresas públicas encargadas del servicio eléctrico, en los cuales se alegó el corte de servicio por impago en casos de personas oxígeno-dependientes para las cuales el costo del servicio eléctrico era excesivamente oneroso debido al funcionamiento continuo de las máquinas por ellas utilizadas. La sentencia que inicia la línea jurisprudencial es la SSC 2019-004055, de 8 de marzo, que define el derecho al mínimo vital como las condiciones materiales necesarias para que las personas puedan subsistir de forma digna, condiciones que deben ser aseguradas por el Estado y no deben ser vulneradas por particulares frente a los cuales aquellas se encuentren en circunstancias de indefensión (SCC resolución 2019-004055).

Resulta de particular interés que en dicha definición se amplía el sujeto pasivo de la obligación del derecho al mínimo vital, al incluir a *los particulares frente a los que se encuentra el amparado en una situación de indefensión*. Así pues, se entiende que existen ciertos particulares que, por estar en una posición de poder, tienen la obligación de proveer o contribuir con el otorgamiento del mínimo vital.

Asimismo, se establecen ciertos requisitos jurisprudenciales para acceder por la vía del amparo constitucional a la tutela en casos análogos: 1) la persona que busca la tutela debe estar en una condición de precariedad o vulnerabilidad que pongan en riesgo su mínimo vital de subsistencia; 2) debe existir prueba de que los sujetos obligados (prestadores de servicios públicos) conocían dichas situaciones y 3) que, pese a dicho conocimiento, no se haya realizado la coordinación interinstitucional, inclusive entre sujetos públicos y privados, para dar alguna solución y suministrar el servicio de electricidad de forma ininterrumpida. Como solución, se determinó que en los casos de oxígeno-dependientes no se podía suspender el servicio de electricidad, pues ello pondría en peligro el derecho a la vida. En su lugar, se dispuso, las autoridades y particulares recurridos debían accionar por los medios judiciales pertinentes, esto es, la vía legal ordinaria de cobro judicial, el cobro respectivo. Y se señaló que, en todo caso, si se comprueba la vulnerabilidad económica del consumidor, el Estado deberá dar alguna solución o subsidio.³¹

³¹ Estos criterios fueron reiterados en las decisiones SSC 2019-004048, de 8 de marzo; SSC 2019-005718, de 29 de marzo; SSC 2019-019484, de 8 de octubre; SSC 2020-001283, de 21 de enero; SSC 2020-06748, de 3 de abril, y SSC 2020-012852, de 7 de julio. De particular interés

De otro lado, en la SSC 2020-010139, de 2 de junio, la Sala Constitucional resolvió un recurso de amparo en el cual la recurrente alegó la lesión a sus derechos fundamentales, especialmente a la subsistencia. Al respecto, el Tribunal observó que la interpretación literal de una norma reglamentaria implicaba, en el caso específico de la recurrente, una lesión a su derecho al mínimo vital. La norma de otorgamiento de licencias de cuidado de personas con enfermedad terminal dispone que para el cálculo del subsidio se utilizará el promedio de los últimos tres salarios; sin embargo, esto implicaba que la recurrente recibiera cero colones de salario, pues en dichos meses había tenido que solicitar numerosos permisos sin goce salarial.

La Sala, en dicho caso, utilizó la equidad como técnica de desaplicación de una disposición normativa en un caso específico, en el cual la norma regula de forma insuficiente el caso especial o genera una solución que se considera injusta. Indicó al respecto el Tribunal que debe preferirse la interpretación teleológica frente a la formalista cuando se lesionen derechos fundamentales, en observancia del principio *pro homine* (SSC 2020-010139).

La solución al caso implicó que la Sala analizara la *ratio iuris* de la norma, por lo que a partir de la interpretación teleológica entendió que la norma busca otorgar el mismo nivel de vida a la persona que se beneficia de la licencia por cuidado. Por ello, en aplicación de la equidad y del principio *pro homine*, para el caso específico de la recurrente determinó que debían utilizarse los salarios previos a los permisos sin goce de salario, para otorgarle el mismo nivel de vida previo a dicha licencia, con el objeto de respetar el mínimo vital de la recurrente.

Por último, se destaca la SSC 2020-10669, de 12 de junio. En dicho caso, tramitado como recurso de amparo, el recurrente alegó ser un privado de libertad y que la administración carcelaria no le brindaba los suplementos de higiene necesarios, en el contexto de pandemia del covid-19. En el caso anterior, la Sala Constitucional reiteró la imposibilidad de alegar insuficiencia patrimonial para denegar los implementos básicos de limpieza, máxime tratándose de personas bajo custodia estatal, por estar privadas de la libertad. También llama la atención la utilización del parámetro de mínimo vital para resguardar el derecho fundamental a la salud (referencia indirecta al derecho a la vida) y para mantener las condiciones de dignidad humana y evitar un trato denigrante.

En este último periodo se advierte un uso del concepto de mínimo vital por parte de la Sala Constitucional, no tanto como un límite de la actuación estatal, sino –más bien– como una forma de autorización para el poder público de permitir regresiones en los derechos prestacionales. Se observa, en la redacción de las sentencias constitucionales, que la realidad material se impone sobre las decisiones del contralor

es la SSC 2020-08579, de 8 de mayo, en la cual se condena a un sujeto privado prestador de servicios eléctricos (servicio público esencial) para que coordine con las instituciones públicas, especialmente el IMAS, el pago respectivo en caso de conocer que la persona amparada es oxígeno dependiente y se encuentra en situación de vulnerabilidad económica.

constitucional y se autorizan regresiones en DESC siempre y cuando no impacten el mínimo vital. En este momento el concepto pasa, de ser un catalizador de nuevos derechos prestacionales, a ser un recurso retórico útil para la reducción de derechos antes garantizados; por ello nos hemos referido a una *implosión* del concepto.

A modo de conclusión

El tránsito de la concepción de los DESC y los derechos prestacionales de la mera lírica constitucional a la aceptación de su normatividad y justiciabilidad implica una serie de retos para los intérpretes y operadores jurídicos. El principal desafío a la imaginativa jurídica es poder pasar de contar con meros postulados aspiracionales a una formulación normativa más tradicional. Es decir, pasar de postulados generales a derechos concretos, con su respectiva delimitación en conductas deseadas –o no– y de los sujetos obligados y beneficiados.

En este punto el concepto jurídico indeterminado del mínimo vital entra a jugar un papel instrumental para los operadores jurídicos. Ahí donde muchos encuentran un problema debido a la vaguedad del concepto y su multivocidad, otros aprecian las oportunidades interpretativas. Un concepto jurídico indeterminado, como el de mínimo vital, es *multifuncional*, pues permite dar contenido o fundamento a aspiraciones y proyectos que se consideran valiosos, así como definir acciones deseables y poner coto a conductas adversas desplegadas por los poderes públicos y privados.

Al final de cuentas, un concepto jurídico indeterminado, como el de mínimo vital, es un vehículo o instrumento lingüístico para dar contenido y fundamento a los anhelos del mundo del deber ser. Sin embargo, se aclara que nunca debe pasarse por alto la necesidad institucional de proporcionar razones suficientes y conformes al discurso jurídico general para justificar dentro del juego o mundo del derecho la decisión tomada.

Esta multivocidad del concepto de mínimo vital, en la doctrina y la jurisprudencia, implica para la academia una ardua tarea de sistematización o intento de ordenación de los nodos y ramificaciones que se forman en el conjunto de resoluciones judiciales, con el propósito de darle sentido al discurso utilizado por las cortes constitucionales. Por ello, más que definiciones esenciales y últimas del concepto, deben buscarse las funciones dadas al término “mínimo vital” dentro de la jurisprudencia constitucional.

En ese sentido, como resultado de la presente revisión jurisprudencial y siguiendo a las cortes constitucionales española y colombiana, se pueden distinguir cuando menos cuatro acepciones del concepto de mínimo vital: 1) como derecho fundamental por sí mismo, entendido como el derecho a contar con las condiciones materiales mínimas para una subsistencia digna; 2) como criterio para establecer la *fundamentalidad* de los derechos prestacionales, pues tendrán dicha categoría cuando así les sea reconocido por los intérpretes autorizados como parte del mínimo vital de una

persona o grupo; 3) como condición empírica para establecer la conexidad entre derechos de prestación y derechos fundamentales, por cuanto, si a partir de datos o elementos externos que se catalogan como objetivos se determina la inclusión en el mínimo necesario para la subsistencia, se tendrá un parámetro de constitucionalidad, y 4) como condición de procedibilidad de la acción de tutela, pues únicamente cuando a una prestación se le otorga la cualidad de integrante del mínimo vital se obtendrá respecto de ella tutela constitucional. Estas acepciones no son estancos separados, por lo que con mucha frecuencia los intérpretes las combinan para ofrecer razones suficientes de sus decisiones jurídicas.

En cuanto al mínimo vital, en la jurisprudencia constitucional costarricense nos encontramos con un conjunto *abigarrado y caótico* de sentencias constitucionales que reconocen las más diversas prestaciones sociales. En este sentido, el mínimo vital en Costa Rica ha funcionado a la vez para mostrar deferencia con el legislador y fundamentar las políticas públicas en materia de derechos prestacionales, y como una forma de control de la discrecionalidad legislativa; pasando a convertirse, incluso, en una excusa discursiva para fundamentar la regresión en derechos prestacionales.

Luego de la lectura pormenorizada de la jurisprudencia constitucional costarricense referida al mínimo vital, se concluye que pueden distinguirse cuatro momentos. Uno primero, acá denominado *indiferencia del concepto*, corresponde a los primeros siete años de funcionamiento de la Sala Constitucional, cuando el mínimo vital ni siquiera se mencionó en la jurisprudencia.

Un segundo momento, que intitulamos de *descubrimiento del concepto*, comprende la primera década del siglo XXI, en donde la Sala utiliza el concepto de mínimo vital, pero como un mero recurso retórico para darle entidad de fundamental a ciertas prestaciones estatales concedidas, especialmente en materia de pensiones, y se realiza un primer esbozo de instrumentalización del mínimo vital como parámetro constitucional en materia fiscal.

En un tercer momento, que denominamos *explosión del concepto*, a partir de la SSC 2011-06805 y hasta el año 2017, se utiliza el concepto de mínimo vital de manera técnica, es decir, acorde con la doctrina y en franco diálogo con la Corte Constitucional colombiana. En este lapso se utiliza el concepto como un resultado lógico de la cláusula constitucional de Estado social de derecho y en relación con el principio de igualdad. Asimismo, durante este periodo proliferan las resoluciones y los votos salvados que utilizan el concepto en las más diversas formas y funciones. Es en este periodo que se observa, también, una explosión de *nuevos* derechos prestacionales reconocidos por la Sala Constitucional, nacidos a partir del concepto de mínimo vital.

El cuarto y último momento, llamado por nosotros de *implosión del concepto*, comprende desde el año 2017 hasta la actualidad. En este se puede observar cómo la situación fiscal deficitaria nacional y –de forma mucho más reciente– el impacto económico mundial de la pandemia del covid-19 permean el análisis constitucional. En este lapso, la Sala Constitucional ha evocado el concepto de mínimo vital para autorizar la regresión en los DESC. Resulta interesante que un concepto que en el momento

anterior funcionó como catalizador de nuevos derechos sociales, actualmente se utilice como fundamento o justificación para operar regresiones en materia social.

Este último momento merece especial atención. La Sala Constitucional costarricense había mantenido como tesis principal que, en lo referente a los DESC y a las prestaciones sociales, la falta de recursos materiales no era justificación válida para desconocerlos o vulnerarlos. Esto había sido ampliamente reconocido, por ejemplo, en materia de salud. Sin embargo, desde el año 2017, varios magistrados han venido salvando el voto en este tipo de casos, alegando que solo en un mundo imaginario las sentencias de un tribunal constitucional tendrían el efecto de crear recursos económicos allí donde estos no son suficientes (cfr., *inter alia*, los votos salvados de SSC 2017-012340, de 4 de agosto, y SSC 2020-013438, de 17 de julio).

En la actualidad, la jurisprudencia constitucional costarricense se está enfocando en exponer los escenarios en los cuales son admisibles las restricciones o regresiones en derechos sociales. En estos escenarios se utiliza el concepto del mínimo vital como límite a la discrecionalidad de los poderes públicos en la búsqueda de soluciones para alcanzar la estabilidad fiscal. Así, la Sala Constitucional costarricense ha esbozado cuándo se podrían tomar las soluciones financieramente necesarias para ello, pero siempre, en todo caso, con la condición de no interferir con el mínimo vital de los sujetos destinatarios.

Bibliografía

- CARMONA, Encarnación. “El derecho a un mínimo vital con especial referencia a la Constitución española de 1978”. *Estudios Internacionales* 44, 172 (2012): 61-85. <https://doi.org/10.5354/0719-3769.2012.23587>.
- DUQUE QUINTERO, Sandra, Mónica DUQUE QUINTERO y Patricia GONZÁLEZ SÁNCHEZ. “Sobre el derecho fundamental al mínimo vital o a la subsistencia: análisis jurisprudencial”. *Encuentros* 17, n.º 1 (2019): 80-95. <https://www.redalyc.org/journal/4766/476661525007/html/#:~:text=Se%C3%B1ala%2oque%2ola%2opersona%2orequiere,libre%2odesarrollo%2ode%2osu%2opersonalidad>.
- MIRANDA BONILLA, Haideer. *Diálogo judicial interamericano*. Bogotá: Nueva Jurídica, 2016.
- OBERARZBACHER, Franz Erwin. “La justiciabilidad y el mínimo vital de los DESC: teoría y práctica en Colombia”. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 41, n.º 115 (2011): 363-400. <http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v41n115/v41n115a05.pdf>.
- ROSALES, Carlos. “El mínimo vital como institución de justicia elemental”. *IUS Doctrina* 10, n.º 2 (2017): 1-16. <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/31912>.
- TENORIO SÁNCHEZ, Pedro. “El Tribunal Constitucional, la cláusula del Estado social, los derechos sociales y el derecho a un mínimo vital digno en la República Federal

Alemana”. *Estudios de Deusto* 59, n.º 2 (2011): 127-167. <https://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/282>.

Jurisprudencia de la Sala Constitucional

- SSC 1997-05652, de 16 de septiembre.
- SSC 1998-05672, de 5 de agosto.
- SSC 1999-00524, de 21 de abril.
- SSC 2003-02348, de 19 de marzo.
- SSC 2005-11785, de 30 de agosto.
- SSC 2008-16346, de 30 de octubre.
- SSC 2004-13421, de 26 de noviembre.
- SSC 2011-06805, de 27 de mayo.
- SSC 2011-12611, de 21 de septiembre.
- SSC 2014-16585, de 10 de octubre.
- SSC 2016-18578, de 16 de diciembre.
- SSC 2017-05720, de 21 de abril.
- SSC 2017-12340, de 4 de agosto.
- SCC 2018-16786, de 5 de octubre.
- SCC 2018-18864, de 9 de noviembre.
- SSC 2020-13438, de 17 de julio.
- SSC 2017-14678, de 13 de septiembre.
- SSC 2018-19030, de 14 de noviembre.
- SSC 2018-19511, de 23 de noviembre.
- SSC 2019-04048, de 8 de marzo.
- SSC 2019-04055, de 8 de marzo.
- SSC 2019-05718, de 29 de marzo.
- SSC 2019-19484, de 8 de octubre.
- SSC 2020-01283, de 21 de enero.
- SSC 2020-06748, de 3 de abril.
- SSC 2020-08579, de 8 de mayo.
- SSC 2020-10139, de 2 de junio.
- SSC 2020-10669, de 12 de junio.
- SSC 2020-12852, de 7 de julio.

Eje 4. Nuevas tendencias en la constitucionalización de la vida

- Ignacio Vásquez Torreblanca (Chile)
El orden público ecológico chileno en el marco de una nueva Constitución
- Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro (Brasil)
A perspectiva pachamama da constituição brasileira.
A interseccionalidade entre a ordem constitucional brasileira e o direito internacional dos direitos humanos
- Mauricio Alejandro Ascencio Moreno (Colombia)
La inteligencia artificial y el poder público: una mirada a su utilización como herramienta de eficiencia estatal, a partir de su impacto en los derechos humanos
- Wilson Engelmann (Brasil)
Raquel Von Hohendorff (Brasil)
Sérgio Vinícius Grams de Matos (Brasil)
O meio ambiente como direito fundamental e o princípio do não retrocesso: observações desde o direito brasileiro

Ignacio Vásquez Torreblanca* (Chile)

El orden público ecológico chileno en el proceso por una nueva Constitución

RESUMEN

Chile, mediante su proceso de elaboración de un Proyecto de Nueva Constitución, no solo ha dado paso a nuevas expresiones y nuevos conceptos para el constitucionalismo y las diferentes disciplinas del derecho, sino también se ha destacado por orientar el debate político hacia la necesidad de crear un orden público ecológico como concepto autónomo. La necesidad de crear este orden se expresa y se fundamenta a través de metaconsensos constitucionales a partir del debate político sobre la crisis climática. Este artículo resalta el análisis de la relación naturaleza-economía en sede constitucional, y el interés ecológico en disputa entre el orden público económico y el orden público ecológico.

Palabras clave: orden público; medio ambiente; Constitución Política.

Chile's ecological public order within the framework of a new Constitution

ABSTRACT

Chile, as a result of its process to draft a new constitution, has not only paved the way for new expressions and concepts in constitutionalism and the various legal disciplines, but it has also stood out for directing the political debate toward the need to establish an ecological public order as an autonomous concept. The need to create this order is expressed and substantiated through constitutional meta-consensus that stem from the political debate on the climate crisis. This article highlights the analysis of the nature-economy relationship in terms of the Constitution and the ecological interest at stake in the dispute between the economic public order and the ecological public order.

* Director Ejecutivo e Investigador asociado del Centro de Estudios en Derecho y Cambio Climático de la Universidad de Valparaíso; profesor asistente en la Facultad de Derecho de la misma universidad. ignacio.vasqueztorre@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4814-0339>.

Keywords: Public order; environment; political constitution.

Die ökologische öffentliche Ordnung Chiles im Kontext einer neuen Verfassung

ZUSAMMENFASSUNG

Chile hat mit der Ausarbeitung einer Vorlage für eine neue Verfassung nicht nur den Weg für neue Ausdrucksformen und Konzepte auf dem Gebiet des Konstitutionalismus und anderer Rechtsdisziplinen frei gemacht, sondern sich auch dadurch ausgezeichnet, dass es die politische Debatte in Richtung Notwendigkeit einer ökologischen öffentlichen Ordnung als eigenständigem Konzept gelenkt hat. Die Notwendigkeit, eine solche Ordnung zu schaffen, kommt in der Bildung eines verfassungsbezogenen Meta-Konsenses auf der Grundlage der politischen Debatte über die Klimakrise zum Ausdruck und wird darin begründet. Der Artikel befasst sich in seiner Analyse vorrangig mit dem Verhältnis zwischen Natur und Wirtschaft in der Verfassungsberatung und mit dem Interesse an der Ökologie, das zwischen der ökonomischen und der ökologischen öffentlichen Ordnung umstritten ist.

Schlüsselwörter: öffentliche Ordnung; Umwelt; Staatsverfassung

Introducción

El Proyecto de Nueva Constitución chileno (PNC) ha dado paso a nuevos debates para el derecho y la cultura jurídica; sin embargo, a partir del momento constituyente se percibe un giro conceptual en el debate político hacia la idea de crear un orden público ecológico (OPEC) como concepto autónomo situado bajo la crisis climática universal. El último proyecto constitucional fue rechazado por la ciudadanía en el plebiscito de salida del 4 de septiembre de 2022, pero paradójicamente marca un giro deliberativo en la perspectiva ecológica. Esta situación se ha materializado con metaconsensos constitucionales en materia ambiental producto de la crisis sobre la propiedad del agua, la inminente desertificación de variadas zonas del país, la conflictividad en las llamadas zonas de sacrificio y los problemas en torno al modelo económico, entre otras razones. Por lo tanto, en este contexto emerge la obligatoria necesidad de construir infraestructura política-institucional manifestada en el OPEC, el cual en este texto será contrastado e incluso complementado con el actual orden público económico.

Una de las primeras aproximaciones de esta investigación tiene relación con el giro biocéntrico del derecho en las dimensiones política y económica, específicamente en sede constitucional. Por ello, este acápite parte de la idea de que cualquier cambio de esta envergadura significa un proceso profundo y transformador, que sin duda deberá restringir el comportamiento de los seres humanos bajo ciertos límites. A su vez, este giro se deberá entender a través de acciones políticas que entiendan la

redistribución de los derechos de propiedad, las reformas de las instituciones políticas y económicas, los cambios drásticos en los hábitos de producción y consumo, y la cultura relacional entre naturaleza-humanidad.

Los cambios en el paradigma biocéntrico contienen como elemento obligatorio un tiempo de adaptación jurídica en el derecho, esto debido a que la ruptura en la cultura jurídica antropocéntrica y dominante es de largo aliento. Al mismo tiempo, todo elemento de cambio bajo este giro se sitúa en un contexto de maximización de la riqueza material en franca contradicción con los límites planetarios y las cuestiones ecológicas en general¹, y del desafío de interpretar la capitalización, domesticación y mercantilización de la naturaleza como elementos entrelazados de destrucción de las bases naturales de la vida, incluyendo la del ser humano. Por ello, el OPEC, en primera instancia, aparece en escena como un mecanismo de construcción de “paz ecológica”, la cual busca reconciliar la vida humana con la Tierra. En palabras de Borràs-Pentinat y Sanchez, a partir de este entendimiento, “se requiere no solo un marco jurídico que pacifique las relaciones humanas con la Naturaleza, sino también el desarrollo integral de una nueva ética de los cuidados y del buen vivir”.²

Desde hace varios años, observadores han indicado que existe un “crecimiento de la conciencia ambiental entre el público chileno”,³ lo que se ha traducido en una gran mayoría de personas que espera “la elección de políticos con conciencia ambiental y, eventualmente, una mejor legislación ambiental”.⁴ Así mismo, la conciencia ambiental ha operado como un fenómeno de percepción política, ya que “la población chilena ha percibido a fenómenos como la sequía; escenarios asociados al Cambio Climático o Calentamiento Global, como conflictos ambientales asociados o radicados en la propiedad privada del recurso hídrico[,] haciendo un llamado a la nacionalización del agua en la nueva constitución”.⁵ Como resultado de esto, la conciencia ambiental ha sido traducida en términos académicos y se ha conceptualizado como “orden público ecológico”.

Una de las grandes interpretaciones del OPEC en términos conceptuales se encuentra en lo dicho por Faber, Manstetten y Petersen, quienes señalan que este es “una respuesta constitucional a la preservación de las bases naturales, al uso no

¹ Véase Dominique Bourg, “À quelles conditions peut-on démocratiquement relever le défi climatique et écologique?”, *La Thérésienne* 1 (2022): 1-14, <https://popups.uliege.be/2593-4228/index.php?id=1300>.

² Susana Borràs-Pentinat y María Sánchez, “Los derechos de la naturaleza: ¿el camino hacia la paz ecológica?”, *Revista Catalana de Dret Ambiental* 13, n.º 1 (2022): 13, <https://raco.cat/index.php/rcda/article/view/404057>.

³ Phoebe Goulden, “Neoliberalism, protest, and environmentalism in Chile: The role of environmental concerns in the 2019 *estallido social*” (Proyecto final, Berkeley, 2021) 25. https://nature.berkeley.edu/classes/es196/projects/2021final/GouldenP_2021.pdf.

⁴ Goulden, “Neoliberalism, protest, and environmentalism in Chile”, 25.

⁵ Carolina Ojeda y Edilia Jaque Castillo, “Forms of representation of nature, environmental problems and (in)justice in the constituent debate for Chile”, *Revista de Geografía Norte Grande*, 81 (2022): 286, <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34022022000100283>.

excesivo de los recursos, a la protección razonable de las especies y a la no utilización excesiva de las capacidades de degradación del medio ambiente, mediante lo que en consecuencia identifica a estos componentes como elementos esenciales para la supervivencia sistémica”.⁶ Para los autores, la supervivencia sistémica es un elemento fundamental en la creación jurídica del OPEC, ya que este encuentra una vía para situarse en un nuevo clivaje político vinculado a la presente crisis climática y al funcionamiento económico global. En un acápite posterior se profundiza con mayor detalle en las teorías conceptuales asociadas al OPEC.

Otra arista de análisis de esta investigación concierne a los metaconsensos ecológico constitucionales, ya que estos no solo se han materializado en sede política, sino que han desarrollado su legitimidad desde el año 2012 en sede judicial. En esta instancia ha existido una referencia constante a los servicios ecosistémicos en las resoluciones judiciales, configurando una tendencia sobre el uso conceptual de “servicios ecosistémicos” que alcanzó su punto máximo en 2019, según Gómez-Betancur, Vilardy y Torres, lo que paradójicamente coincide con el año de estallido social. En consecuencia, las sentencias judiciales chilenas han venido incorporando la noción de servicios ecosistémicos (SE), considerando la alteración de estos como un daño ambiental, por lo que a partir de esta idea se estructura un eventual giro cultural en sede judicial, que evidencia un ímpetu por demostrar el daño ambiental. En otras palabras, si hay daño o erosión sobre un ecosistema, que impida brindar servicios, se considerará como un daño ambiental. Según los citados autores, varios casos en Chile entran en esta categoría, y agregan, que en “el 8% de los casos, los tribunales trajeron una mención central del término SE como un elemento para definir medidas para la restauración ambiental. Un ejemplo de esta situación es la Sentencia R-25 de 19 de septiembre de 2016 emitida por el Tribunal Ambiental de Chile (Zona Sur)”.⁷

Actualmente, no solo hay una orientación hacia cambios estructurales de la cultura jurídica en Chile, sino también en Latinoamérica. Con lo que, dentro de este giro, la constitucionalización de los derechos ambientales en el continente se ha desarrollado en un contexto en donde la alta diversidad biológica y la intensa presión extractiva de recursos son fenómenos coexistentes.⁸ Por esta razón, el PNC no solo orienta un nuevo orden político, sino que también se aproxima al interés ecológico desde la Constitución Política, compenetrando el interés por la preservación de las bases naturales de la existencia y el interés por un desarrollo económico sostenible.

⁶ Malte Faber, Reiner Manstetten y Thomas Petersen, “Homo oeconomicus and homo politicus. Political economy, constitutional interest and ecological interest”, *Kyklos*, 50 (1997): 464, <https://doi.org/10.1111/1467-6435.00026>.

⁷ Luisa Gómez-Betancur, Sandra P. Vilardy Q. y David Torres R., “Ecosystem services as a promising paradigm to protect environmental rights of indigenous peoples in Latin America: the Constitutional Court landmark decision to protect Arroyo Bruno in Colombia”, *Environmental Management* 69 (2022): 773, <https://doi.org/10.1007/s00267-021-01483-w>.

⁸ Gómez-Betancur, Vilardy Q. y Torres R., “Ecosystem services as a promising paradigm”, 773.

Este acápite se desarrolla en sintonía con lo expresado por autores como Eva Lövbrand y otros, quienes han venido señalando que los “retos fundamentales para la organización de la sociedad que plantea el Antropoceno deben ser contrarrestados, paradójicamente, por muchas de las mismas instituciones que han permitido la reciente conquista humana del mundo natural”.⁹ Por ende, será el derecho nuestro principal punto de análisis, toda vez que se focaliza en él la principal herramienta de transformación.

Sobre el proceso constitucional en sí, hay que señalar que un proceso de creación deliberativo-político de esta envergadura “tiene un efecto emancipador, en donde los participantes desarrollan un pensamiento integrador sobre las cuestiones debatidas”.¹⁰ Esta consideración no es menor, ya que el acto deliberativo público chileno ha tenido el potencial de intentar mejorar la racionalidad individual, con el fin de incorporar nociones de una ciudadanía ecológica y crear un orden público ecológico. Ante esto, el derecho se plantea, dentro de su propio debate conceptual, una disputa entre su cultura jurídica dominante y la práctica legal. Por ello, autores como Acosta sostienen que “las leyes humanas deben estar en concordancia con las leyes de la Naturaleza”,¹¹ y que a la vez se debe tener presente que, “en realidad, la naturaleza es la que nos da el derecho a la existencia a los seres humanos, y que ella, en su permanente búsqueda por los equilibrios, no se equivoca”.¹² En este sentido, Barrière ha señalado que el derecho debe proponer un análisis que no se base en una precondition dicotómica entre sistemas sociales y ecológicos, sino que más bien este sea una herramienta para orientar el debate en la hipótesis de una imbricación, justificando la idea de una juridicidad ambiental en respuesta al imperativo ecológico.¹³ En conclusión, el autor plantea el desafío jurídico de crear “una juridicidad holística, una juridicidad basada en un enfoque amplio del derecho [...]; una juridicidad negociada definida por la proximidad de las partes interesadas; una juridicidad patrimonial definida por un vínculo social intergeneracional”,¹⁴ que haga dialogar la economía, el derecho y el interés ecológico.

⁹ Eva Lövbrand, Silke Beck, Jason Chilvers *et al.*, “Who speaks for the future of Earth? How critical social science can extend the conversation on the Anthropocene”, *Global Environmental Change*, 32 (2015): 214, <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0959378015000497?via%3Dihub>.

¹⁰ Lövbrand, Beck, Chilvers *et al.*, “Who speaks for the future of Earth?”, 6.

¹¹ Alberto Acosta, “Sin derechos de la naturaleza la libertad es una ilusión”, *Revista Argumentum* 23, n.º 1 (2022): 427, <http://201.62.80.75/index.php/revistaargumentum/article/viewFile/1698/1002>.

¹² Acosta, “Sin derechos de la naturaleza la libertad es una ilusión”.

¹³ Olivier Barrière, “L'enjeu du droit face à l'urgence écologique: la coviabilité des systèmes socioécologiques. Systèmes sociaux écologiques en Afrique du Nord et de l'Ouest face au changement global” (2019), 75, <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-03435854>.

¹⁴ Barrière, “L'enjeu du droit face à l'urgence écologique”.

La función deliberativa del proceso constitucional da paso a la legitimidad política, lo que significa, según Manin,¹⁵ que la condición esencial de la legitimidad política en este tipo de procesos es la propia deliberación; por ende, una decisión legítima no se elabora porque representa la voluntad de todos, sino más bien porque es el resultado de la “deliberación de todos”. Esta última expresión da paso a entender que el PNC se pudo diseñar como un método de aceptación o rechazo de resultado al proyecto; pero, independientemente de ello, el texto puede crear metaconsensos sobre algunas materias.¹⁶ Esto significa, a mi juicio, que el metaconsenso principal extraído del proyecto es el acuerdo sobre el cuidado del medio ambiente, el reconocimiento de la naturaleza, el desarrollo de una economía consciente de la crisis climática y el diseño de un ciudadano ecológico y responsable. Estas dimensiones no son mera fantasía o entelequias, sino que han pasado al plano del debate o dominio de las consideraciones relevantes en los próximos años para la democracia representativa chilena y, por ende, hay un intento sincero respecto de estas materias para romper la cultura jurídica imperante.

Luego de la breve introducción al escenario chileno del OPEC, se da paso al debate sobre su categoría autónoma disciplinar y sobre las disputas conceptuales respecto de este régimen público. A continuación se entra de lleno en la disputa por el interés ecológico entre el orden público económico y el OPEC, para luego dar paso a un debate sobre el PNC.

1. El orden público ecológico: una introducción a su autonomía conceptual

Sobre la disputa conceptual relacionada con el OPEC, inicialmente hay que destacar que este concepto jurídico no ha sido reconocido por los textos y la jurisprudencia como tal, con lo que su mera creación intelectual supone desprender el concepto a partir del principio de integración en la dimensión medioambiental, y a su vez significa dar paso a la discusión sobre la autonomía conceptual. Inicialmente analizaremos la doctrina francesa, la cual sí ha conceptualizado al OPEC, señalando a este como “un elemento del concepto de orden público en el derecho interno, elemento por el cual, para garantizar el derecho a vivir en un ambiente equilibrado y saludable

¹⁵ Bernard Manin, “On legitimacy and political deliberation”, *Political Theory* 15, n.º 3 (1987): 338-368, <https://doi.org/10.1177/0090591787015003005>.

¹⁶ María Paz Raveau, Juan Pablo Couyoumdjian, Claudio Fuentes-Bravo, Carlos Rodríguez-Sickert y Cristian Candia, “Citizens at the forefront of the constitutional debate: Voluntary citizen participation determinants and emergent content in Chile”, *PLoS ONE*, 17 (2022), <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0267443>.

proclamado por la Carta Ambiental, el Estado impone el respeto al patrimonio natural sobre los que participan en la vida social y jurídica”.¹⁷

La doctrina francesa sobre el *ordre public écologique* ha insertado esta idea jurídica expresando los valores fundamentales otorgados al entorno humano y a las relaciones individuales y colectivas que pueden derivarse de estos valores.¹⁸ Sin embargo, esta noción, al ser extendida a la realidad chilena, evidentemente se configura una asimetría entre el polo ideal y la realidad jurídica concreta; es decir, bajo la Constitución de 1980, Chile jamás possibilitó la existencia de un reconocimiento constitucional al desarrollo sostenible ni menos aún a la justicia intergeneracional. Esto no fue antojadizo, sino más bien intencionado, ya que el modelo de desarrollo económico chileno se ha basado en principios y normas relacionadas inexorablemente con lo que la doctrina define como “orden público económico” (OPE), el cual ha resaltado mayoritariamente como valores esenciales al libre mercado, el crecimiento económico, la propiedad privada y el Estado subsidiario. En consecuencia, sin el afán de problematizar la diferencia de contexto en la cual se originan las bases del PNC y la CPR de 1980, es evidente en esta última la ausencia de normas que mencionen la protección del medio ambiente (ni como principio rector ni tampoco como mecanismo indirecto).

Cabe destacar que durante un largo periodo de tiempo, el OPEC, al menos en la teoría del derecho francés, se presentó como un conjunto de políticas administrativas especiales que se unían a la policía administrativa general en su objetivo de prevenir las perturbaciones de la paz, la salud y la seguridad públicas, especialmente en los temas que derivaban sobre la sanidad y la alimentación.¹⁹ Ahora bien, la dimensión de la policía administrativa es muy interesante, ya que surge en Francia con el objetivo de sistematizar los conjuntos de reglas administrativas asociados a diferentes temas, las cuales buscan dar forma a acciones con la que los agentes realicen las operaciones contempladas en ellas. Por tanto, la policía administrativa actúa como “un conjunto de actos jurídicos y operaciones materiales, cuyo objeto es asegurar la aplicación de reglamentaciones para prevenir la infracción de sus disposiciones, constatar las violaciones eventualmente cometidas y deferir sus autores a las sanciones correspondientes”.²⁰ Lo relevante de esta definición es que a

¹⁷ Marie-Caroline Vincent-Legoux, “Conflits de valeurs et police(s) de l’eau: quelle place pour l’ordre public écologique?”, *Droit et cultures. Revue internationale interdisciplinaire*, 68 (2014): 51, <https://doi.org/10.4000/droitcultures.3418>.

¹⁸ Armelle Gouritin y Agnès Michelot, “Équité et environnement. Quel(s) modèle(s) de justice environnementale?”, *European Journal of International Law* 24, n.º 3, 2013: 975, <https://doi.org/10.1093/ejil/cht053>.

¹⁹ Jacqueline Morand-Deville, “Ordre public économique, ordre public écologique”, *Revista de Direito Econômico e Socioambiental* 9 n.º 1 (2018): 14, <https://doi.org/10.7213/rev.dir.econ.soc.v9i1.23779>.

²⁰ Hernán Alejandro Olano, “La policía administrativa”, *Logos, Ciencia & Tecnología* 1, n.º 2 (2010): 107, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=517751799009>.

partir de ella se asocia la relación con el control del orden público clásico, en donde el concepto de orden público tiende a cambiar ya que sus elementos “no solo se moverán a partir de la seguridad, tranquilidad y salubridad, sino que se extrapolan o prolongan teórica y fácticamente a elementos tales como la ecología”.²¹ Frente a esto, cabe comprender esta mezcla de elementos como componentes interactivos para la vida en comunidad.

Para el proceso de singularización conceptual habrá que preguntarse a qué aspira el diseño del orden público ecológico en el sentido primario del término. Al respecto, aquí podríamos seguir la línea de Morand-Deviller, quien menciona que este diseño contiene “una visión ecocéntrica de la biodiversidad y el equilibrio biológico y una visión antropocéntrica de un vínculo consustancial entre el hombre y la naturaleza como reacción a la idea de que la naturaleza está dominada por el hombre, su amo y poseedor”.²² Por ello, la armonía del hombre y de las sociedades debe inspirarse en la armonía de la naturaleza, entendiendo que esta aproximación no es excluyente de lo que teóricos como Santi Romano han mencionado sobre el ordenamiento jurídico en sí mismo como un cuerpo vivo, cuya esencia vital es el derecho.²³ En cierto modo, esta definición prolonga la vitalidad de un sistema jurídico que se mueve bajo su objeto de la realidad; pero no solo ello, sino que también se abre a la posibilidad de anclar la vitalidad de los ecosistemas, los ciclos biológicos y la vida humana al sistema jurídico.

La posibilidad de dar autonomía conceptual al OPEC considera el dinamismo de un sistema jurídico que da espacio a buscar criterios de autonomía, ante lo cual nos apoyamos en los mismos criterios clásicos utilizados para dar autonomía al OPE diseñados por Olguín Juárez, quien señaló que en la condición de autonomía disciplinar de una rama del derecho intervienen cinco factores determinantes, a saber:

- A) Incremento cada vez mayor de las normas de intervención.
- B) Desorden legislativo para coordinarlas y sistematizarse en un ordenamiento uniforme.
- C) Necesidad de la posesión de ciertos conocimientos técnicos en la materia para que el juez interprete sus normas o los organismos de contralor verifiquen su juridicidad y mérito.
- D) Necesidad de formar un conjunto sistemático de normas que actualmente se encuentran dispersas en diversas leyes y estudiadas en variadas disciplinas jurídicas con fines didácticos o de enseñanza universitaria, lo que permitiría una mayor comprensión de este derecho.
- E) Posibilidad de mostrar a las autoridades públicas un conjunto orgánico sistemático y total de las intervencionistas actualmente existentes para que

²¹ Olano, “La policía administrativa”.

²² Morand-Deviller, “Ordre public économique, ordre public écologique”, 14.

²³ Santi Romano, *Legal Order* (London: Taylor & Francis Group, 2017).

así puedan dichas autoridades coordinar una política general o influir en un determinado rubro de materias con una visión total de conjunto.²⁴

Ante estos criterios, Kotzé señala que, tanto a nivel universal como local, las normas ambientales han tendido a “carecer de objetivos específicos cuantificables y de formas claras de alcanzarlos; además su naturaleza consensuada es intrínsecamente problemática”.²⁵ Esta situación configura el desorden legislativo que también se manifiesta en la existencia de una “fragmentación normativa e institucional junto a un enfoque poco sistemático, en donde no se tiene en cuenta la naturaleza recíprocamente interrelacionada del sistema”.²⁶ Sin embargo, de estas palabras no solo se puede concluir la necesidad de la sistematización constitucional en materia ambiental, sino que también podríamos mencionar que fuera de los criterios de Olguín Juárez habría otras características de autonomía en el debate público.

Del mismo modo, también se formarían criterios de autonomía cuando se elabora una concepción autónoma del bien común en el OPEC, es decir, podríamos identificar una redefinición del interés general, interactuando bajo la idea de los bienes comunes, la solidaridad y el reparto. En comparación con los sistemas de regulación económica pura –los cuales configuran una suerte de mano invisible del mercado que proporciona límites, pero donde la propiedad privada es sagrada y la gratuidad es sospechosa, además de verse alteradas las dinámicas de los equilibrios sistémicos con la naturaleza–, la ética ecológica tiene la misión de dar respuestas, mediante estrategias constitucionales, para redefinir la relación entre la naturaleza y la actividad humana. Por consiguiente, el OPEC podría entender su autonomía situándose bajo la idea de la supervivencia y la calidad de vida, reviviendo por vía constitucional la noción de *res communis*, en donde se acepte la idea de bienes y cosas apropiables y que el Estado opere en forma de guardián y de gestor colectivo.

Sin dudas, el surgimiento del OPEC debe basarse en la consagración, por vía de la Constitución Política y de convenios internacionales, de valores fundamentales, en donde una de las estructuras pioneras debiera ser la Declaración de Estocolmo, la cual se expresó magistralmente al proclamar el derecho del hombre a “unas condiciones de vida satisfactorias en un medio ambiente de calidad que le permita vivir con dignidad y bienestar e insistir también en su ‘deber solemne’ de proteger a las generaciones futuras”.²⁷

De nuevo, sobre la autonomía del OPEC hay que señalar que esta no solo se ha fundamentado en normas de protección, sino también en la materialización de

²⁴ Hugo Olguín Juárez, “Concepto de derecho público económico”, *Revista de Derecho Público*, 1 (1963): 94-95, <https://doi.org/10.5354/rdpu.voi1.31540>.

²⁵ Louis Kotzé, “A global environmental Constitution for the Anthropocene?”, *Transnational Environmental Law* 8, n.º 1 (2019): 16, <https://doi.org/10.1017/S2047102518000274>.

²⁶ Kotzé, “A global environmental Constitution for the Anthropocene?”.

²⁷ Morand-Deville. “Ordre public économique, ordre public écologique”, 15.

principios constitucionales. Ante esto, existió una articulación jurídico-ecológica en el último borrador constitucional, ya que el mismo artículo 128 del PNC señalaba:

- 1.- Son principios para la protección de la naturaleza y el medio ambiente, a lo menos, los de progresividad, precautorio, preventivo, de justicia ambiental, de solidaridad intergeneracional, de responsabilidad y de acción climática justa.
- 2.- Quien dañe el medio ambiente tiene el deber de repararlo, sin perjuicio de las sanciones administrativas, penales y civiles que correspondan conforme a la Constitución y las leyes.

Esta descripción de principios constitucionales también se vinculaba al posterior artículo 129, que detallaba a grandes rasgos el deber del Estado de adoptar acciones de prevención, adaptación y mitigación de los riesgos, las vulnerabilidades y los efectos provocados por la crisis climática y ecológica, desafío que buscaba materializar y sistematizar los principios ambientales en sede constitucional.

Bajo la óptica del continente latinoamericano, el OPEC se ha situado dentro del constitucionalismo regional, lo cual ha motivado la singularización conceptual de este orden con mayor detalle que otros textos constitucionales menores, y ha instalado la idea de configurar jurídicamente al patrimonio natural y los bienes ambientales individuales que lo componen, como también “el reconocimiento del derecho a un ambiente ecológicamente equilibrado que se configura como una extensión del derecho a la vida, por lo que al bienestar físico de los seres humanos y a la calidad y dignidad de la existencia de uno se refiere”.²⁸ No obstante, según Cordini, “el tema fundamental del debate constitucional que dio lugar a las fórmulas incluidas en este tipo de textos parece ser el de contener y oponerse tanto a los fenómenos internos (no sólo la degradación, sino también la corrupción y el delito ambiental) como a los externos (por ejemplo, la explotación, las patentes y la biotecnología) que pueden aumentar el agotamiento de los recursos”.²⁹ En consecuencia, dentro de la reflexión sobre la singularización se encuentra el debate sobre los patrimonios naturales y bienes ambientales, y aquí el constitucionalismo latinoamericano separa la noción de “derecho ecológico” del derecho ambiental. El derecho ecológico cumple el rol de dar un enfoque de versatilidad temática al derecho ambiental, y a su vez colabora a la contraposición a la ortodoxia del derecho hegemónico a través del rol de la ecología entre los abogados. Muchos de ellos, concientizados con el medio ambiente, han intentado sentar una base firme para abogar por leyes que sitúen a los seres humanos como partes interconectadas dentro de una comunidad de vida más amplia; así

²⁸ Ángela Iacovino, “Constitucionalismo ecológico en América Latina: de los derechos ambientales a los derechos de la naturaleza”, *Cultura Latinoamericana* 31, n.º 1 (2020): 278, <https://editorial.ucatolica.edu.co/index.php/RevClat/article/view/3509>.

²⁹ Giovanni Cordini, “Influssi internazionali e svolgimenti di diritto comparato nel costituzionalismo ambientale dell’America latina”, *Studi Urbinati, A - Scienze giuridiche, politiche ed economiche* 61, n.º 4 (2013): 563-564, <https://doi.org/10.14276/1825-1676.107>.

también, han ayudado al legislador a orientar sus decisiones fundamentadas en la protección de áreas que no tenían un uso instrumental.

Burdon ha señalado que el derecho ecológico se ha concretizado en ciertos debates sobre las leyes para la protección de las aguas subterráneas, las cuales entran en disputa por considerarse parte de un ecosistema más amplio, y no por su mera relevancia en el crecimiento económico o por su relación con algún otro beneficio humano.³⁰ Frente a este caso, las interpretaciones de la ciencia ecológica también promovieron la opinión de que el medio ambiente tenía su propio valor intrínseco, con lo que se forjó un intento de separar la noción dominante del derecho que ha instaurado a lo no humano “como instrumento al servicio de esa grandeza encerrada en el individuo”.³¹ Esto se ha reconocido recientemente, con la expansión de las leyes universales que conceden a la “naturaleza” o partes específicas del medio ambiente la condición de persona jurídica, y es aquí donde se ven giros deliberativos en el proceso constitucional chileno.

2. La disputa por el interés ecológico: entre el orden público económico y el orden público ecológico

El debate sobre OPEC no puede estar ausente de las bases de nuestro ordenamiento constitucional, por lo que será necesario hacer un contraste entre la Constitución Económica chilena y la noción de OPEC. Por este motivo, debemos analizar el papel del desarrollo económico constitucional manifestado en la Constitución Económica, dado que desde esta articulación nace un marco jurídico integrado principalmente por principios y preceptos jurídicos constitucionales, cuyos fines son y han sido ordenar y regular el funcionamiento de la actividad económica nacional. Por ende, ante la aplicación de la CPR de 1980, el concepto de la Constitución Económica aparece como un subsistema del propio sistema constitucional. Y esto, en consecuencia, hace que la lógica del subsistema también nos ayude a entender el OPEC como una derivación dentro del PNC y en cualquier nuevo proyecto de Constitución.

De la misma forma, y asumiendo el rol conceptual de factor económico y ecológico, aparecen un derecho constitucional económico y un derecho constitucional del medio ambiente, en donde ambos órdenes deben ser necesariamente definidos y descritos. El primero será entendido como el “conjunto de normas constitucionales que establecen los principios ordenadores de la actividad económica que llevan a

³⁰ Peter Burdon, “Ecological law in the Anthropocene”, *Transnational Legal Theory*, 11 (2020): 33-34, <https://doi.org/10.1080/20414005.2020.1748483>.

³¹ Juan Esteban Arlucea, “El desarrollo sostenible en su necesaria dimensión global: algunas propuestas”, *Cuadernos de Economía - Spanish Journal of Economics and Finance* 29, n.º 80 (2006): 99, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2100251>.

cabo los poderes políticos y los ciudadanos”;³² mientras el segundo podría comprenderse como el conjunto de normas constitucionales que establecen los principios ordenadores y promotores de la actividad económica, ecológica y humana que llevan a cabo los poderes políticos, institucionales y ciudadanos en su relación con la naturaleza y la crisis climática. Sin perjuicio de estas definiciones, habrá que precisar que esta diferenciación conceptual no nos puede llevar a la idea de que existen varias constituciones paralelas ancladas a cada disciplina –ya que tal situación atentaría contra el principio de unidad constitucional–, pues será pertinente, más bien, desglosar conceptos con el objetivo de entender las categorías asociadas al interés ecológico sujeto a disputa política.

Una de las dificultades permanentes en este estilo de procesos radica en extraer el interés ecológico de las preferencias del *homo oeconomicus*. Ahora bien, la situación deplorable de los sistemas socioecológicos da la posibilidad de demostrar que el excepcionalismo humano y la gestión liberal del medio ambiente han dado en gran parte espacio al momento de crisis y siguen manteniendo un conflicto directo con la “lógica ecológica”, que es necesaria para mantener no solo la vida humana, sino toda la vida. Ante esto último, “es el derecho el que debe integrarse en la lógica de la vida, y no al revés”.³³ Esta compleja crisis nos obliga a examinar los supuestos ontológicos subyacentes del derecho y la gobernanza medioambiental, y, a su vez, nos lleva a considerar respuestas que reconozcan la diversidad y el florecimiento de los sistemas socioecológicos insertos en la institucionalidad, ya que solo así se podrá materializar “la realización del interés del Estado de Derecho Ambiental”.³⁴

Boulot y Sterlin plantean que, “si queremos superar la dicotomía naturaleza-cultura que prevalece en el derecho y la gobernanza, nuestra comprensión de la ecología debe ser necesariamente jurídica, del mismo modo que nuestras leyes se convierten en ecológicas. Si no realizamos esta necesaria labor, el derecho no avanzará más allá de las estrategias que ofrecen las condiciones del Antropoceno como soluciones”.³⁵ Sin dudas, bajo esta idea es difícil fijar una argumentación para configurar un desarrollo constitucional comprometido con el desarrollo económico sostenible, ya que el factor tiempo implica una disposición a pagar gastos a corto plazo y presenciar ganancias inmateriales a largo plazo, pensadas para las generaciones futuras. Por ello, la actividad política se agudiza a partir del conflicto entre las preferencias o posiciones contemporáneas, su legitimidad y los anhelos de futuro. Con ello, diríamos que en el PNC hay una intención directa

³² Andrés Bordalí Salamanca, “Constitución económica y protección del medio ambiente”, *Revista de Derecho*, 9 (1998): 43, <http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/3229>.

³³ Emille Boulot y Joshua Sterlin, “Steps towards a legal ontological turn: Proposals for law’s place beyond the human”, *Transnational Environmental Law* 11, n.º 1 (2022): 25, <https://doi.org/10.1017/S2047102521000145>.

³⁴ Alberto Coddou y Francisco Tapia, “La política constitucional del Antropoceno”, *Estudios Constitucionales* 20 (2022): 40, <https://dx.doi.org/10.4067/So718-52002022000300020>.

³⁵ Coddou y Tapia, “La política constitucional del Antropoceno”.

de construir el interés constitucional y el interés ecológico como un solo ente, sin desmedro de reconocer que cada uno tiene un horizonte temporal diferenciado. En cambio, de la CPR de 1980, llanamente, no se desprende un interés de configurar estas categorías.

Desde luego, la preservación y el restablecimiento de una Constitución Económica a partir de la idea de libertad se orientan principalmente a beneficiar a los que están vivos en el presente; en cambio, el PNC ofrece las herramientas para entender el debate sobre la preservación de las bases naturales desde la óptica de que la existencia de la naturaleza beneficia sobre todo a las generaciones futuras. Ambos intereses, tanto el constitucional-económico como el ecológico, tienen en común que requieren acciones políticas que establezcan límites particulares al comportamiento humano: en otros términos, el interés constitucional económico impone límites al comportamiento con respecto a otros seres humanos y su interacción económica, y el interés constitucional ecológico impone límites al comportamiento con respecto a la naturaleza. Sin embargo, podemos observar que en esta discusión también existe una diferenciación de intereses, puesto que el OPEC, como una categoría autónoma, configura un mecanismo de protección efectiva de un orden sistemático y duradero entre ecosistemas y humanos. *Contrario sensu*, el interés económico piensa la composición humana, pero imagina la naturaleza en términos de utilidad, además de exigir límites al comportamiento solo en el sentido de que la libertad de todos los individuos tiene que ser respetada y eventualmente restablecida, por ejemplo, en la propiedad entendida en sentido absoluto. En consecuencia, el interés ecológico se localiza en un proceso de construcción política, pero sienta sus bases en la idea de una búsqueda mucho más restrictiva de la libertad, eso sí, con un componente de solidaridad humana agudizado.

Hay grandes diferencias entre el OPE y OPEC desde el punto visto de su naturaleza; sin embargo, ambos encuentran un objetivo común o mínimo de cara a la aspiración de lograr un equilibrio que sirva al hombre y a la sociedad, el cual se nutre de lo dispuesto por los Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS). Estos destacan por la complementariedad e inseparabilidad de la protección del medio ambiente, el desarrollo económico y el progreso social (art. 6 de la Carta del Medio Ambiente) como un imperativo moral. Ambos órdenes tienen las mismas funciones de protección, regulación y control, por lo que poseen una dimensión global y una universal. Sin duda alguna, existe un desafío respecto de conciliar intereses divergentes, cuando no contradictorios, que asocien a entes públicos y privados, basados en normas imperativas y de incentivo, así como en “sistemas” que vayan mucho más allá de las normas. Morand-Deviller señala que

... lo que también les une es su ambición de ir más allá de un derecho “desmenuzado”, técnico y estrechamente especializado en un enfoque directivo sin imaginación ni grandeza; más bien, buscan sacudir el tiempo y el espacio reivindicando la universalidad, anticipar, prever y conceptualizar antes de

elaborar la norma, y perseguir, cada uno a su manera, la defensa del bienestar y del buen vivir.³⁶

Para el autor, estos dos órdenes “están indudablemente en proceso de alcanzar esta unidad conceptual superior y de trascender el papel puramente funcional que todavía desempeñan”.³⁷

Pese a todo, más allá de buscar los puntos comunes entre el OPEC y el OPE, no se pueden obviar los puntos débiles y críticos respecto de cómo ha operado el interés económico constitucional por sobre la protección del medio ambiente. Al menos es posible identificar dos puntos, que tienen relación con el carácter discrecional de las normas y con la no incorporación de una dimensión pública explícita de la protección del medio ambiente. En otras palabras, aunque el artículo 19, n.º 8, inciso primero, de la CPR de 1980 parece imponer el deber de que el Estado “promueva la preservación de la naturaleza”, esa cláusula ha resultado ser demasiado vaga, y los tribunales chilenos le han dado una aplicación limitada, restringiéndose su alcance solo al Estado, no a las acciones privadas, e incluso limitando los elementos naturales del medio ambiente en la interpretación.³⁸ En la experiencia, el Estado chileno ha incorporado la protección del medio ambiente solo cuando las leyes y los reglamentos imponen obligaciones o deberes específicos. No obstante, el derecho a un medio ambiente sano ya no es suficiente, puesto que actualmente se están realizando juicios impensables hace diez años a nivel internacional, lo que ha provocado que algunos países estén mostrando el camino correcto a seguir.

Un caso enigmático fue, en vísperas de la COP21 (Conferencia sobre el Cambio Climático de París), una sentencia de junio de 2015 del Tribunal de La Haya, que admitió la denuncia de 886 ciudadanos contra su Gobierno, en la que pedían a los jueces que calificaran el calentamiento global de más de 2 °C como una “violación de los derechos humanos”. El Tribunal les halló la razón y le ordenó al Ejecutivo reducir las emisiones nacionales en al menos un 25 % para 2020, aludiendo al deber de vigilancia para proteger y mejorar el medio ambiente. Analizando esta sentencia, Laville niega que la sociedad avance rápidamente hacia el reconocimiento del ecocidio como una figura penal vinculante a nivel internacional o local, pero señala que la dinámica de creación de normas de protección de la naturaleza provoca que, “por sí solas, estas cuestiones en la sociedad alimenten aspiraciones a un nuevo orden público, más ecológico”.³⁹

³⁶ Morand-Deville, “Ordre public économique, ordre public écologique”, 16.

³⁷ Morand-Deville, “Ordre public économique, ordre public écologique”, 16.

³⁸ Michael Blumm y Matthew Hebert, “Constitutionalizing the public trust doctrine in Chile”, *Environmental Law* 52, n.º 4 (2022): 11, <https://ssrn.com/abstract=4025564>.

³⁹ Bettina Laville, “L'ordre public écologique: des troubles de voisinage à l'aventure de l'Anthropocène”, *Archives de philosophie du droit*, 58 (2015): 336, <https://doi.org/10.3917/apd.581.0342>.

Siempre en el ámbito de la disputa entre OPEC y OPE, la limitación de la función social de la propiedad privada en Chile se ha enmarcado en un análisis fundamental para esta materia. Al respecto, Blumm y Hebert han planteado que la ley sobre la propiedad presupone un lenguaje que no impone al gobierno ninguna obligación de actuar, lo que explica por qué esta disposición no ha restringido con éxito las actividades perjudiciales de los actores privados que ejercen derechos individuales adversos a la salud ambiental, en muchas ocasiones violando derechos fundamentales.⁴⁰

La vigente CPR ha actuado durante la crisis climática con una carente dimensión pública en la protección del medio ambiente, haciendo de esta carencia una grave debilidad constitucional. Según Galdámez y Millaleo, “la Constitución Chilena de 1980, debido a su concepción tradicional, fragmentaria y apegada a visiones esteticistas o muy reservadas de los deberes del Estado, y a la propiedad, no provee las herramientas que se requieren para responder, en el ámbito nacional, a los desafíos de la crisis ambiental”.⁴¹ Por ello, es evidente que dentro de los debates ecológicos hasta la fecha se ha negado, en sede política, que la dimensión pública del medio ambiente incentivaría y generaría un interés colectivo y general, en lugar de un mero interés individual en la materia. Por lo tanto, para la CPR de 1980, solo los individuos pueden reclamar derechos medioambientales, y únicamente pueden hacerlo si tienen un interés personal que se haya visto directamente afectado. La Constitución de 1980 prioriza la libertad económica y los derechos de propiedad privada por encima de los derechos ambientales de manera expresa, estableciendo el OPE como el único orden autónomo, reforzado por una lista de principios económicos fundamentales que han operado para restringir la protección del medio ambiente.⁴² La Carta Política no se ha limitado a

... contener los principios económicos generales, sino que además se enmarca dentro de las que optan claramente por definir una constitución económica determinada, pronunciándose sobre las bases del sistema económico del país y diseñando el marco estricto dentro del cual deben desarrollarse las distintas opciones de modelos y políticas económicas definidas en cada momento por las autoridades políticas competentes.⁴³

La misma CPR

... tuvo siempre la intención de fomentar una economía de libre mercado, ampliando los derechos y libertades económicas privadas y restringiendo

⁴⁰ Blumm y Hebert, “Constitutionalizing the public trust doctrine in Chile”.

⁴¹ Liliana Galdámez Zelada y Salvador Millaleo Hernández, “Nature and the Constitution: Indigenous perspectives and proposals for the crisis”, *Acta Bioethica* 26, n.º 1 (2020): 58, <http://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X202000100051>.

⁴² Blumm y Hebert, “Constitutionalizing the public trust doctrine in Chile”.

⁴³ Juan Carlos Ferrada, “La Constitución económica de 1980: algunas reflexiones críticas”, *Revista de Derecho*, 11 (2000): 48, <http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/2912>.

fuertemente la actividad económica y la autoridad reguladora del Estado, disponiendo, en el artículo 19 n.º 23, la garantía de la libertad de adquirir la propiedad de todo tipo de bienes, entendiendo a esta como una garantía amplia que establece la libre apropiación como principio constitucional general.⁴⁴

Para llevar el debate antes señalado al plano fáctico, recordemos brevemente el conflicto asociado al agua en Chile. En primer lugar, el agua no ha sido declarada como recurso natural público por la Constitución, sino más bien ha sido reconocida dentro de los derechos regulados por el Código de Aguas, el cual señala que el agua es un “bien nacional de uso público”. Sin embargo, la designación de un bien de uso público se ve socavada en la realidad o en la práctica, pues, aunque no se puede poseer el agua en sí, sí se puede poseer su uso. Y la Constitución protege explícitamente los derechos de uso del agua, una vez que han sido privatizados por el Estado. El artículo 19, n.º 24 de la CPR establece que los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos conforme a la ley, otorgan a sus titulares la propiedad sobre ellas. Así mismo, una vez que el legislador ha concedido un derecho de uso del agua, ese derecho es una propiedad constitucionalmente protegida, que requiere una debida indemnización si es tomada por el Estado. Casos como este se replican en otras materias medioambientales, ocasionando graves problemas socio-ambientales,⁴⁵ que se traducen en impacto a los ecosistemas y en escasez de recursos para la vitalidad de la población, entre otros efectos.

Conclusiones

Chile viene experimentando metaconsensos constitucionales en materia ambiental, como producto de la actual crisis sobre la propiedad del agua, la inminente desertificación de variadas zonas del país, la conflictividad en las llamadas zonas de sacrificio y los problemas en torno al modelo económico, entre otras razones. Estos metaconsensos no solo se han producido en sede política, sino incluso en sede judicial, lo cual ha propiciado, en el marco de la deliberación, el ímpetu de crear un OPEC como categoría autónoma.

La singularización del OPEC significa una sistematización constitucional de la cual el PNC tuvo que encargarse, insertándose en un proceso de ecologización

⁴⁴ Blumm y Hebert, “Constitutionalizing the public trust doctrine in Chile”, 11.

⁴⁵ Véase Carl Bauer, Michael C. Blumm, Verónica Delgado, Matias Guiloff, Dominique Hervé *et al.*, “The protection of nature and a new Constitution for Chile: lessons from the public trust doctrine” (2021), <https://ssrn.com/abstract=3847110>, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3847110>; Maite Berasaluce, Pablo Díaz-Siefer, Paulina Rodríguez-Díaz, Marcelo Mena-Carrasco, José Tomás Ibarra, Juan L. Celis-Diez y Pedro Mondaca, “Social-environmental conflicts in Chile: Is there any potential for an ecological Constitution?”, *Sustainability*, 13, n.º 22 (2021), <https://doi.org/10.3390/su132212701>.

universal y de nuevas interpretaciones del desarrollo sostenible, el desarrollo económico, el equilibrio ecológico y la planificación ecológica de los Estados. En esta misma línea, el debate sobre singularidades cumple el rol de clarificar el interés ecológico detrás del OPEC, pero también sirve para aclarar las nuevas relaciones entre el ser humano y la naturaleza. El OPE y el OPEC encuentran un objetivo común o mínimo de cara a la aspiración de lograr un equilibrio que sirva al hombre y a la sociedad; sin embargo, aún se disputan teóricamente el interés ecológico y el económico en sede constitucional.

La CPR de 1980 ha actuado durante la crisis climática con una carente dimensión pública en la protección del medio ambiente, haciendo de esta deficiencia una grave debilidad constitucional. Esto se puede manifestar explícitamente en el régimen sobre la propiedad y su vinculación con el OPEC, ya que los detonantes de conflictos socioambientales en casos de bienes como el agua o la tierra van asociados al modelo chileno constitucional.

Bibliografía

- ACOSTA, Alberto. “Sin derechos de la naturaleza la libertad es una ilusión”. *Revista Argumentum-Argumentum Journal of Law* 23, n.º 1 (2022): 425-427. <http://201.62.80.75/index.php/revistaargumentum/article/viewFile/1698/1002>.
- ARLUCEA, Juan Esteban. “El desarrollo sostenible en su necesaria dimensión global: algunas propuestas”. *Cuadernos de Economía - Spanish Journal of Economics and Finance* 29, n.º 80 (2006): 97-140. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2100251>.
- BARRIERE, Olivier “L'enjeu du droit face à l'urgence écologique: la coviabilité des systèmes socioécologiques. Systèmes sociaux écologiques en Afrique du Nord et de l'Ouest face au changement global” (2019). <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-03435854>.
- BAUER, Carl, Michael C. BLUMM, Verónica DELGADO, Matias GUILOFF, Dominique HERVÉ *et al.* “The protection of nature and a new Constitution for Chile: lessons from the public trust doctrine” (2021). <https://ssrn.com/abstract=3847110>; <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3847110>.
- BERASALUCE, Maite, Pablo DÍAZ-SIEFER, Paulina RODRÍGUEZ-DÍAZ, Marcelo MENA-CARRASCO, José Tomás IBARRA, Juan L. CELIS-DIEZ y Pedro MONDACA. “Social-environmental conflicts in Chile: is there any potential for an ecological Constitution?”. *Sustainability* 13, n.º 22 (2021). <https://doi.org/10.3390/su132212701>.
- BLUMM, Michael y Matthew HERBERT. “Constitutionalizing the public trust doctrine in Chile”. *Environmental Law* 52, n.º 4 (2022). <https://ssrn.com/abstract=4025564>.
- BOULOT, Emille y Joshua STERLIN. “Steps towards a legal ontological turn: proposals for law's place beyond the human”. *Transnational Environmental Law* 11, n.º 1 (2022): 13-38. <https://doi.org/10.1017/S2047102521000145>.

- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés. “Constitución económica y protección del medio ambiente”. *Revista de Derecho* 9 (1998): 43-54. <http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/3229>.
- BORRÀS-PENTINAT, Susana y María SÁNCHEZ. “Los derechos de la naturaleza: ¿el camino hacia la paz ecológica?”. *Revista Catalana de Dret Ambiental* 13 n.º 1 (2022). <https://raco.cat/index.php/rcda/article/view/404057>.
- BURDON, Peter. “Ecological law in the Anthropocene”. *Transnational Legal Theory*, 11 (2020): 33-46. <http://doi.org/10.1080/20414005.2020.1748483>.
- BOURG, Dominique, “À quelles conditions peut-on démocratiquement relever le défi climatique et écologique?”, *La Thérésienne* 1 (2022): 1-14. <https://popups.uliege.be/2593-4228/index.php?id=1300>.
- CODDOU, Alberto y Francisco TAPIA. “La política constitucional del Antropoceno”, *Estudios Constitucionales* 20 (2022): 20-51. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002022000300020>.
- CORDINI, Giovanni. “Influssi internazionali e svolgimenti di diritto comparato nel costituzionalismo ambientale dell’America latina”. *Studi Urbinati, A - Scienze giuridiche, politiche ed economiche* 61, n.º 4 (2013): 557-568. <http://doi.org/10.14276/1825-1676.107>.
- FABER, Malte, Reiner MANSTETTEN y Thomas PETERSEN. “Homo oeconomicus and homo politicus. Political economy, constitutional interest and ecological interest”. *Kyklos*, 50 (1997): 457-483. <https://doi.org/10.1111/1467-6435.00026>.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. “La Constitución económica de 1980: algunas reflexiones críticas”. *Revista de Derecho* 11 (2000): 47-54. <http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/2912>.
- GALDAMEZ ZELADA, Liliana y Salvador MILLALEO HERNÁNDEZ. “Nature and the Constitution: Indigenous perspectives and proposals for the crisis”. *Acta Bioethica* 26, n.º 1 (2020): 51-60. <http://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X20200001000051>.
- GÓMEZ-BETANCUR, Luisa, Sandra P. VILARDY Q. y David TORRES R. “Ecosystem services as a promising paradigm to protect environmental rights of indigenous peoples in Latin America: The Constitutional Court landmark decision to protect Arroyo Bruno in Colombia”. *Environmental Management*, 69 (2022): 768-780. <https://doi.org/10.1007/s00267-021-01483-w>.
- GOULDEN, Phoebe. “Neoliberalism, protest, and environmentalism in Chile: The role of environmental concerns in the 2019 *estallido social*” (2021). https://nature.berkeley.edu/classes/es196/projects/2021final/GouldenP_2021.pdf.
- GOURITIN, Armelle y Agnès MICHELOT. “Équité et environnement. Quel(s) modèle(s) de justice environnementale?”. *European Journal of International Law* 24, n.º 3 (2013): 975-977. <https://doi.org/10.1093/ejil/cht053>.
- IACOVINO, Ángela. “Constitucionalismo ecológico en América Latina: de los derechos ambientales a los derechos de la naturaleza”. *Cultura Latinoamericana* 31, n.º 1 (2020): 266-320. <http://dx.doi.org/10.14718/CulturaLatinoam.2020.31.1.12>.

- KOTZÉ, Louis. "A global environmental Constitution for the Anthropocene?". *Transnational Environmental Law* 8, n.º 1 (2019): 11-33. <https://doi.org/10.1017/S2047102518000274>.
- LAVILLE, Bettina. "L'ordre public écologique: des troubles de voisinage à l'aventure de l'Anthropocène". *Archives de philosophie du droit*, 58 (2015): 317-336. <https://doi.org/10.3917/apd.581.0342>.
- LÖVBRAND, Eva, Silke BECK, Jason CHILVERS *et al.* "Who speaks for the future of Earth? How critical social science can extend the conversation on the Anthropocene". *Global Environmental Change*, 32 (2015): 211-218. <https://doi.org/10.1016/j.gloenvcha.2015.03.012>.
- MANIN, Bernard. "On Legitimacy and Political Deliberation". *Political Theory* 15, n.º 3 (1987): 338-368. <https://doi.org/10.1177/0090591787015003005>.
- MORAND-DEVILLER, Jacqueline. "Ordre public économique, ordre public écologique". *Revista de Direito Econômico e Socioambiental* 9 n.º 1 (2018): 3-17. <https://doi.org/10.7213/rev.dir.econ.soc.v9i1.23779>.
- OJEDA, Carolina y Edilia JAQUE CASTILLOA. "Forms of representation of nature, environmental problems and (in)justice in the constituent debate for Chile". *Revista de Geografía Norte Grande*, 81 (2022): 283-303. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34022022000100283>.
- OLANO, Hernán Alejandro. "La policía administrativa". *Logos, Ciencia & Tecnología* n.º 2 (2010): 106-116. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=517751799009>.
- OLGUÍN JUÁREZ, Hugo. "Concepto de derecho público económico". *Revista de Derecho Público*, 1 (1963): 83-95. <https://doi.org/10.5354/rdpu.voi1.31540>.
- RAVEAU, María Paz, Juan Pablo COUYOUMDJIAN, Claudio FUENTES-BRAVO, Carlos RODRÍGUEZ-SICKERT y Cristian CANDIA. "Citizens at the forefront of the constitutional debate: Voluntary citizen participation determinants and emergent content in Chile". *PLoS ONE* 17 (2022). <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0267443>.
- ROMANO, Santi. *Legal Order*. London: Taylor & Francis Group, 2017.
- VINCENT-LEGOUX, Marie-Caroline. "Conflits de valeurs et police(s) de l'eau: quelle place pour l'ordre public écologique?". *Droit et cultures. Revue internationale interdisciplinaire*, 68 (2014): 51-80. <https://doi.org/10.4000/droitcultures.3418>.

Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro* (Brasil)

A perspectiva pachamama da constituição brasileira. A interseccionalidade entre a ordem constitucional brasileira e o direito internacional dos direitos humanos**

RESUMO

A perspectiva Pachamama, mãe natureza, que reconhece a natureza e os povos indígenas como sujeitos de direitos, pode ser adotada em perspectiva transconstitucional para proporcionar a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito humano. Apesar da Constituição brasileira não adotar referida perspectiva expressamente, existe a possibilidade de reconhecê-la a partir da tese do transconstitucionalismo, que proporciona o diálogo e o entrelaçamento entre ordens jurídicas diferentes, em diversos níveis. Com base nessas premissas, o artigo tem como objetivo geral analisar a perspectiva Pachamama da Constituição Brasileira de 1988 e a abordagem específica entre a relação de ordens jurídicas diversas no âmbito internacional, interamericano e as ordens estatais diversas, com a finalidade de afirmar que a Constituição Brasileira de 1988 é Pachamama. Optou-se pelo método dedutivo, com a técnica de documentação indireta e procedimento de análise da doutrina, da jurisprudência e da legislação.

Palavras-chave: Pachamama; transconstitucionalismo; relação entre ordens jurídicas diversas.

* Coordenadora da Cátedra Jean Monnet da Universidade Federal de Uberlândia. Professora permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da UFU. Docente de Direito Ambiental e de Biodireito do Curso de Direito da UFU. crmloureiro@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0471-5711>.

** O artigo foi escrito no âmbito da Cátedra Jean Monnet, da Universidade Federal de Uberlândia, coordenada pela profa. Claudia Loureiro.

The Pachamama Perspective of the Brazilian Constitution. The intersectionality between Brazil's constitutional order and International Human Rights Law

ABSTRACT

The Pachamama, mother nature, perspective, which recognizes nature and indigenous peoples as rights-holders, can be adopted from a transconstitutional perspective to provide the ecologically balanced environment with protection as a human right. Although the Brazilian Constitution does not expressly adopt this perspective, it is possible to recognize it through the thesis of transconstitutionalism, which provides for dialogue and interweaving between different legal orders at different levels. Based on these premises, the general objective of this article is to analyze the Pachamama perspective in Brazil's 1988 Constitution and to specifically address the relationship between different legal orders in the international, inter-American, and state spheres, in order to affirm that the Brazilian Constitution of 1988 is Pachamama. The deductive method was chosen, along with the technique of indirect documentation and the procedure of analyzing doctrine, jurisprudence, and legislation.

Keywords: Pachamama; transconstitutionalism; relationship between different legal orders.

Die Perspektive der Pachamama in der brasilianischen Verfassung. Intersektionalität zwischen der brasilianischen Verfassungsordnung und dem internationalen Recht der Menschenrechte

ZUSAMMENFASSUNG

Die Perspektive der Pachamama, der Mutter Natur, in der Natur und indigene Völker als Rechtssubjekte anerkannt werden, kann aus einer transkonstitutionalistischen Betrachtungsweise übertragen werden, um einer ökologisch ausgewogenen Umwelt wie einem Menschen Schutz zu gewähren. Obwohl die brasilianische Verfassung diese Perspektive nicht ausdrücklich übernimmt, besteht die Möglichkeit, sie auf der Basis einer transkonstitutionalistischen Grundauffassung zu erkennen, die den Dialog und die Verflechtung unterschiedlicher Rechtsordnungen auf mehreren Ebenen anstrebt. Auf der Basis dieser Prämissen beabsichtigt der Artikel vor allem, die brasilianische Verfassung von 1988 zu analysieren und insbesondere auf das Verhältnis zwischen den unterschiedlichen Rechtsordnungen auf der internationalen und interamerikanischen Ebene sowie den einzelnen staatlichen Ordnungen einzugehen, um bekräftigen zu können, dass die brasilianische Verfassung von 1988 die Perspektive der Pachamama wiedergibt. In methodischer Hinsicht fiel die Wahl auf einen deduktiven Ansatz sowie die Technik der indirekten Dokumentation und eine Analyse der Doktrin, Rechtsprechung und Gesetzgebung.

Schlüsselwörter: Pachamama; Transkonstitutionalismus; Verhältnis unterschiedlicher Rechtsordnungen zueinander.

Introdução

A relação entre ordens jurídicas diversas representa um grande desafio para a comunidade internacional, apesar de ser uma realidade inexorável diante da complexidade das relações jurídicas travadas no contexto nacional, internacional, transnacional, supranacional e global.

A interseccionalidade entre ordens jurídicas diversas pode ser o caminho para a solução dos problemas que dizem respeito aos direitos fundamentais ainda não sistematizados de forma clara e precisa nos ordenamentos jurídicos estatais, podendo suprir eventuais lacunas existentes em determinada ordem jurídica.

A propósito da aparente lacuna constitucional, a Constituição brasileira, a princípio, não comporta a perspectiva Pachamama, mãe natureza, que diz respeito à consideração da natureza, dos povos indígenas e dos povos originários como sujeitos de direitos na ordem jurídica, com capacidade para exercerem os seus direitos subjetivos perante o seu próprio Estado, inclusive.

Diante da aparente lacuna apontada, o entrelaçamento entre ordens jurídicas diversas pode ser a solução para a falta de previsão expressa da perspectiva Pachamama na Constituição Brasileira de 1988. Desse modo, a relação entre a ordem jurídica brasileira e as ordens jurídicas boliviana, peruana e equatoriana, que consideram a perspectiva da mãe natureza em suas constituições, corroboram os fundamentos para afirmar que a Carta Magna brasileira é Pachamama.

Nesse contexto, o objetivo geral do artigo é analisar se a Constituição Brasileira comporta o ideal Pachamama. Por sua vez, o objetivo específico é analisar as diversas possibilidades de interseccionalidade entre ordens jurídicas diferentes: no âmbito estatal, no âmbito estatal e internacional, entre as ordens nacionais e a ordem supranacional, entre a ordem jurídica nacional e a internacional, entre a ordem jurídica nacional e a transnacional, dentre outras.

Optou-se pelo método dedutivo, com a técnica de documentação indireta e procedimento de análise da doutrina, da legislação e da jurisprudência, considerando-se as seguintes premissas: a Constituição brasileira é aberta e dialoga com o direito internacional; o Brasil sujeita-se ao regime interamericano; existe a relação entre a ordem jurídica brasileira e outras ordens jurídicas estatais. Referidas premissas destinam-se a corroborar a ideia de que existem fundamentos para se afirmar que a Constituição Brasileira de 1988 também é Pachamama.

A relevância do tema se justifica pela importância da perspectiva Pachamama no Brasil, que abriga a maior extensão da Amazônia, bem como pelas violações aos direitos humanos dos povos indígenas registradas recentemente no Brasil, como a prática do garimpo ilegal e o desmatamento, dentre outras violações.

A incidência da perspectiva Pachamama na ordem jurídica brasileira é extremamente importante pois auxilia o Brasil a defender o meio ambiente, objeto que se revela como de interesse da humanidade, hodiernamente.

A finalidade do artigo, portanto, é delinear os fundamentos para se afirmar que a Constituição Brasileira também é Pachamama a partir da relação entre ordens jurídicas diversas.

1. A interseccionalidade entre o ordenamento jurídico brasileiro e o internacional em perspectiva ecológica

A ordem jurídica internacional, a interamericana e outras ordens jurídicas estatais contemplam normas e decisões compatíveis com a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Considera-se, em primeiro lugar, a relação entre o ordenamento jurídico brasileiro e a ordem jurídica internacional, em especial no que tange à proteção ao meio ambiente.

O capítulo analisa a relação existente entre os parágrafos 1º e 2º do artigo 5 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, bem como o regime jurídico decorrente dos dispositivos legais mencionados, e a ordem jurídica internacional.

O parágrafo 2º do artigo 5 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece que “os direitos e as garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.¹ Referido dispositivo estabelece a abertura do sistema constitucional brasileiro ao direito internacional ao apontar que a natureza jurídica das normas oriundas dos tratados internacionais de direitos humanos é de norma materialmente constitucional, ou seja, não estão inseridas formalmente na Constituição mas tem conteúdo de norma constitucional.

Por sua vez, o parágrafo 1º do artigo 5 da Constituição Federal de 1988 é o fundamento do regime jurídico dos direitos fundamentais e estabelece que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.²

Assim, os dois dispositivos legais se entrelaçam no sentido de conferir eficácia e efetividade aos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, bem como no sentido de abranger as normas de direitos humanos previstas nos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte, no mínimo, como normas materialmente constitucionais.³

¹ Cf. parágrafo 2º do artigo 5 da Constituição Federal de 1988: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

² Cf. parágrafo 1º do artigo 5 da CF/88: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

³ Ingo W. Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais, uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional* (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012).

O parágrafo 2º do artigo 5 da Carta Magna brasileira refere-se aos direitos fundamentais, uma vez que decorre do parágrafo 1º, raciocínio que permite afirmar que as normas de direitos humanos decorrentes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte também são normas fundamentais e, portanto, são normas de aplicação imediata.

Logo, os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil no âmbito do ordenamento jurídico internacional são normas constitucionais de aplicabilidade imediata, não necessitando de procedimento interno para que gerem efeitos imediatos, uma vez que decorrem do parágrafo 1º do artigo 5 da Constituição.⁴

A visão ora explanada também tem respaldo na abertura que o parágrafo 2º do artigo 5 da Constituição estabelece com o direito internacional dos direitos humanos ao dialogar com as normas de direitos humanos decorrentes dos tratados internacionais. É oportuno salientar que a abertura ora mencionada tem respaldo na tese da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, de Haberle, na tese do Estado Constitucional Cooperativo,⁵ do mesmo autor.

Se as normas de direitos fundamentais são de aplicabilidade imediata, e, se as normas decorrentes de direitos humanos previstas nos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte decorrem dos direitos fundamentais, ambas são de aplicabilidade imediata, o que torna desnecessário qualquer procedimento interno para a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos.

A propósito do tema, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 estabelece o processo legislativo necessário para que um País possa ser parte de um tratado internacional.⁶ Os artigos 6 ao 18 do documento regulam como os Estados devem proceder para fazer parte de um tratado internacional, no sistema do direito internacional. Logo, se o Brasil foi devidamente representado pelo órgão imbuído de competência pela Constituição para celebrar ou assinar ou ratificar o tratado, de acordo com o procedimento adequado, está sujeito a sua força obrigatória, no âmbito internacional, a princípio.

A respeito do tema, Cançado Trindade ensina que:

Se para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo Poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar as suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que Brasil é parte, os direitos fundamentais neles

⁴ Cf. parágrafo 2º do artigo 5 da Constituição Federal de 1988: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

⁵ Peter Haberle, *O estado constitucional cooperativo* (Rio de Janeiro: Renovar, 2007).

⁶ Cf. Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm.

garantidos, consoante os artigos 50 (2) e 50 (1) da Constituição Brasileira de 1988, passam a integrar direta o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno.⁷

Se o dispositivo constitucional em apreço tiver sua interpretação conjugada com a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, considerando-se, ainda, que os direitos fundamentais são normas de aplicação imediata, pode-se afirmar que referidos tratados, ratificados pelo Brasil, não necessitam de nenhum procedimento interno que lhes confira eficácia.

A compreensão a respeito da relação entre o ordenamento jurídico brasileiro e o direito internacional, acima explicitada, pode ser utilizada para compreender como a perspectiva ecológica dos direitos humanos incide sobre o direito brasileiro a partir da análise das Resoluções emitidas pelo Conselho de Segurança e pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, além de outros documentos emitidos por sistemas regionais, como será explanado a seguir.

No âmbito global, a Organização das Nações Unidas, pelo Conselho de Direitos Humanos, em 8 de outubro de 2021, adotou a Resolução A/HRC/48/13 (ONU, 2021) reconhecendo o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito humano e o dever de devida diligência dos Estados para adotarem as medidas necessárias à proteção do meio ambiente. Um dos aspectos mais relevantes da Resolução em apreço é a possibilidade de proteção autônoma do direito ao meio ambiente, o que pode reforçar a litigância deste direito no âmbito nacional e internacional.

Por sua vez, em 28 de julho de 2022, a Assembleia Geral das Nações Unidas emitiu a Resolução A/RES/76/300 (ONU, 2022), também sobre o direito humano ao meio ambiente limpo, sadio e sustentável, no mesmo sentido da mencionada Resolução do Conselho de Direitos Humanos.

Apesar de não serem vinculantes, as Resoluções desencadeiam um movimento para que os Estados reconheçam o direito ao meio ambiente como direito humano em suas Constituições nacionais e para que as Organizações Internacionais também o façam em Tratados Internacionais regionais.

O reconhecimento do direito humano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é consequência dos diversos movimentos sociais desencadeados na comunidade internacional para a proteção ao meio ambiente e acontece num momento crucial, de perda considerável da biodiversidade do Planeta Terra e após a COP 26, Conferência que ressaltou a necessidade de ações imediatas no sentido de conter o aquecimento global.

As Resoluções em análise ainda refletem a emergência de se adotar medidas para conter a escalada da sociedade catastrófica que se instalou na comunidade

⁷ Antônio Augusto Cançado Trindade, “A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos”, *Arquivos do Ministério da Justiça* 46, n.º 182 (1993): 30-31.

internacional como decorrência da era do antropoceno, com o superdesenvolvimento e com a acumulação de riqueza na porção rica do mundo.

Os documentos ainda refletem a necessidade de buscar meios para frear os efeitos negativos da sociedade de risco, proporcionando o compartilhamento dos riscos globais gerados pelas mudanças climáticas por toda a comunidade internacional.

A postura do Organização das Nações Unidas também é uma resposta aos movimentos sociais desencadeados com a finalidade de se construir um documento internacional, com força vinculante a todos os Estados, para proteção ao meio ambiente em escala global, a exemplo do Pacto Global para o Meio Ambiente.⁸

Referidas medidas também refletem a emergência das medidas que devem ser adotadas para conter os efeitos transnacionais das mudanças climáticas através da união dos Estados em cooperação internacional, como consequência do princípio da solidariedade, refletindo o redesenho das fronteiras entre Norte e Sul Global e ressaltando a responsabilidade dos países ricos em reverter os riscos que criaram para a humanidade com a sua atuação inadequada em relação ao meio ambiente.

Todo o arcabouço jurídico internacional que se destina a proteger o meio ambiente, considerado direito humano, tem aplicabilidade imediata no ordenamento jurídico brasileiro, independentemente de qualquer ato legislativo interno para a sua incorporação.

2. A interseccionalidade entre a ordem jurídica brasileira e o direito interamericano

2.1. O regime jurídico interamericano de proteção ao meio ambiente

A relação entre ordens jurídicas diversas também pode se dar entre a ordem constitucional brasileira e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), em especial, para o aperfeiçoamento dos institutos jurídicos destinados à proteção do meio ambiente no Brasil, de acordo com os *standards* construídos a partir da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Nesse contexto regional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 2017, emitiu o Parecer Consultivo n.º 23/2017⁹ sobre a intrínseca relação entre meio ambiente e direitos humanos, que teve grande influência dos movimentos sociais transnacionais no sentido da promoção do direito humano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Referido Parecer Consultivo pontuou que o acesso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é condição para o exercício de outros direitos humanos, postura

⁸ Cf. documento <https://globalpactenvironment.org/uploads/PT.pdf>.

⁹ Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Opinião Consultiva* n.º 23/2017.

que também abre os caminhos para a judicialização autônoma do direito ao meio ambiente no Sistema Interamericano a partir do artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) de 1969.

Além disso, o Parecer em análise também ressaltou que vários direitos fundamentais requerem uma pré-condição necessária para o seu exercício, a qualidade mínima de meio ambiente. A relação entre a proteção ao meio ambiente, o desenvolvimento sustentável e os direitos humanos constam da Declaração de Estocolmo que prevê que o desenvolvimento econômico e social é indispensável para o meio ambiente. Referida ideia também reflete a Agenda 2030 que prevê que o alcance dos direitos humanos depende do desenvolvimento econômico, social e ambiental.¹⁰

Há uma relação de interdependência entre direitos humanos, desenvolvimento sustentável e meio ambiente. Nesse aspecto, o direito ao meio ambiente sadio, previsto no artigo 11 do Protocolo da San Salvador, enfatiza que toda pessoa tem o direito ao meio ambiente sadio e a contar com serviços básicos, devendo os Estados promoverem a proteção, a preservação e o melhoramento do meio ambiente.

Referido direito também está inserido no contexto dos direitos econômicos, sociais e culturais protegidos pelo artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Essas normas também encontram abrigo na Carta da OEA, na Declaração Americana sobre Direitos e Deveres do Homem de 1948 e nos direitos que derivam de uma interpretação da Convenção de acordo com seu artigo 29.

Ademais, o direito ao meio ambiente também pode ser entendido como um direito que tem conotação individual e coletiva. No âmbito individual, o desrespeito ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado gera consequências para a vida das pessoas de forma direta ou indireta, no direito à saúde, no direito à vida e em outros aspectos. Em sua conotação coletiva, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental para a existência da humanidade, de interesse universal e direito das atuais e das futuras gerações.

A obrigação de prevenir danos ao meio ambiente está relacionada à obrigação de devida diligência internacional de não causar ou permitir que causem danos ao meio ambiente, sendo o princípio da prevenção parte do Direito Internacional consuetudinário. A obrigação de prevenção surge quando há o risco de dano significativo ao meio ambiente e, para a Corte, este reflete o dano à vida ou à integridade pessoal, e os Estados devem tomar todas as medidas para prevenir referido dano ao meio ambiente, dentro e fora de seu território.

Nesse sentido, o princípio da precaução também representa uma ferramenta importante para a proteção ao meio ambiente, uma vez que visa a adoção de medidas eficazes para evitar o dano irreversível quando não se tem certeza científica dos impactos negativos que uma atividade ou empreendimento possa causar ao meio ambiente.

¹⁰ Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Opinião Consultiva* n.º 23/2017, pars. 56-70.

Como decorrência do dever de diligência, os Estados devem realizar todas as medidas necessárias para adaptar o seu ordenamento jurídico à interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos consignada pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Outro aspecto relevante que ficou ressaltado no Parecer Consultivo em estudo foi a amplitude e o significado do termo jurisdição, artigo 1.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, e sua relação com a proteção ao meio ambiente, o que tem intrínseca relação com a tese do redesenho das fronteiras apresentada neste trabalho.

O artigo 1.1. da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 estabelece que os Estados devem respeitar os direitos e liberdades reconhecidos na Convenção e garantir o livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sob sua jurisdição, o que tradicionalmente ocorre quando a pessoa está sob o território de um Estado, mas há desdobramentos a respeito do conceito de jurisdição que precisam ser analisados.¹¹

As violações de direitos humanos podem acarretar em responsabilidade de um Estado sempre que a pessoa se encontrar sob sua jurisdição, e a submissão de uma pessoa a jurisdição de um Estado não significa que deva estar exatamente no território de determinado Estado, pois este poderá exercer a sua jurisdição sobre pessoas que não estejam sob seu território, uma vez que o exercício da jurisdição de um Estado pode ultrapassar suas fronteiras.

Em conformidade com as normas de interpretação dos tratados, assim como normas específicas da CADH, o sentido do termo jurisdição, interpretado de boa-fé e tendo em conta o contexto, fim e propósito da Convenção, não está limitado ao conceito de território nacional, mas abarca um conceito mais amplo que inclui certas formas de exercício da jurisdição fora do território do Estado, o que se coaduna com a tese do redesenho das fronteiras.

O mesmo dispositivo legal também prevê que os direitos humanos são inerentes a todo ser humano e não se baseiam na cidadania. Os Estados são obrigados a respeitar os direitos de todas as pessoas, dentro e fora de seu território, bem como daquelas pessoas que estão no território de outro Estado, mas sujeitas ao controle de seus agentes.

Da mesma forma, o artigo 31 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 é claro ao estabelecer que o termo jurisdição deve ser interpretado de boa-fé, tendo em conta o contexto, objeto e fim da CADH.

O termo jurisdição abrange toda pessoa que está no território de um Estado e que também se encontre sob sua jurisdição, o que confere ampla margem de proteção aos direitos reconhecidos na CADH. A jurisdição do artigo 1.1. da Convenção não está sujeita ao território de um Estado, mas também abarca condutas extraterritoriais dos Estados que constituam exercício de sua jurisdição, o que pode se caracterizar quando, por exemplo, um Estado exerce efetivo controle sobre as pessoas.

¹¹ Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Opinião Consultiva* n.º 23/2017.

O cumprimento de obrigações extraterritoriais pelos Estados, no marco de regimes especiais de proteção ambiental, pode constituir exercício de jurisdição sob o crivo da CADH, uma vez que as obrigações dos Estados, frente aos danos fronteiriços, podem acarretar o exercício de sua jurisdição além de seu território, pois, a jurisdição de um Estado, com base na CADH, não depende da conduta estatal em uma zona geográfica delimitada.

No sentido da interpretação atual do conceito de jurisdição, as obrigações ambientais oriundas de regimes especiais de direitos humanos consideram que as condutas praticadas pelo Estados sejam consideradas exercício de sua jurisdição.

A discussão a respeito da amplitude do conceito de jurisdição conduz a outra importante reflexão, que o Parecer não deixou de abordar, e que se refere às obrigações dos Estados frente aos danos fronteiriços.¹²

Conforme já foi ressaltado, a jurisdição de um Estado não está limitada ao seu espaço territorial. O termo jurisdição de um Estado, de acordo com as obrigações decorrentes da CADH e das condutas extraterritoriais, também pode abarcar as atividades de um Estado que causem efeitos fora de seu território, como as violações ao meio ambiente que causam danos transfronteiriços, a contaminação do ar, da água que cruzam facilmente as fronteiras.

A prevenção e a regulação da contaminação ambiental transfronteiriça tem sido objeto de acordos bilaterais, regionais e multilaterais para abordar problemas globais de caráter ambiental, tais como camada de ozônio e mudanças climáticas.¹³

A esse respeito, a Corte Internacional de Justiça, no precedente da Fábrica de Chorzov, estabeleceu que os Estados devem zelar para que as atividades realizadas dentro de sua jurisdição não causem danos ao meio ambiente de outros Estados, o que também está previsto na Declaração de Estocolmo e do Rio e na Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar. Assim, as atividades desenvolvidas dentro de um Estado não devem privar o outro Estado da capacidade de oferecer às pessoas sob sua jurisdição o gozo e o desfrute de seus direitos previstos na CADH. Portanto, os Estados têm a obrigação de evitar danos ambientais transfronteiriços.

O exercício da jurisdição por parte do Estado, onde se originaram os danos fronteiriços, faz com que este detenha o controle jurídico sobre as atividades danosas, surgindo a obrigação de impedir que a sua atitude cause um dano transfronteiriço. Logo, se as vítimas estiverem sob a jurisdição do Estado onde se originou o dano, este será responsabilizado.

A obrigação de prevenir danos ambientais transfronteiriços é uma obrigação reconhecida pelo direito internacional ambiental, pelos quais os Estados podem ser responsabilizados por danos significativos causados às pessoas fora de suas fronteiras por atividades originadas em seu território ou sob sua autoridade ou controle efetivo.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva* n.º 23/2017, pars. 95-103.

¹³ Philip Jessup, *Direito Transnacional* (Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965).

2.2. O regime jurídico interamericano de proteção aos direitos dos povos indígenas: Pachamama e *Buen vivir*

O regime jurídico dos direitos dos povos indígenas no SIDH deve ser analisado sob perspectiva multicultural para que se estabeleça um diálogo com a cultura do bem viver, que ficou consignada nas Constituições da Bolívia, do Equador e do Peru. Além de seguir os critérios do Estado Plurinacional e da Constituição Pachamama, a cultura do bem viver propõe uma epistemologia decolonial, contrária ao eurocentrismo e à colonização, contribuindo para a construção do novo constitucionalismo latino-americano.

Para além dessas questões, a cultura do bem viver chama a atenção para uma reflexão importante a respeito da relação entre antropocentrismo, ecocentrismo e holismo e é sobre esses temas que esse capítulo será desenvolvido.

A era do antropoceno¹⁴ representa o período em que o ser humano foi considerado como a força dominante na Terra, como o destinatário final e senhor absoluto dos recursos naturais existentes no Planeta Terra. Como consequência dessa perspectiva centrada no indivíduo, os problemas econômicos, sociais, políticos e legais tendem a se agravar, o que fará com que a sociedade se veja diante da necessidade de ressignificar a interface entre humanos e meio ambiente. A fim de afastar a perspectiva antropocêntrica dos direitos humanos, para possibilitar a inclusão dos povos indígenas e conferir eficácia à relação entre direitos humanos e meio ambiente.

Nesse aspecto, emerge uma reflexão importante a respeito da consideração da espécie humana como centro do mundo¹⁵, com hegemonia sobre outros seres, comportando-se como se a natureza existisse para suprir as suas necessidades. As ideias defendidas no artigo não propõem que o ser humano seja subjugado, mas sim que haja uma relação harmônica entre o binômio ser humano-meio ambiente. É preciso revisitar a realidade de que o antropocentrismo é a perspectiva filosófica atrás da crise ecológica e encontrar o caminho para a concretização material da proteção ao meio ambiente, ou seja, a intersecção entre antropoceno e ecoceno.

A era da dominação humana precisa ceder espaço para a consideração da natureza como sujeito de direito. A respeito, um passo importante foi dado pelo SIDH ao reconhecer a personalidade jurídica dos povos indígenas, considerando-os como sujeitos de direitos com capacidade jurídica para perseguirem o direito à propriedade coletiva de suas terras e a preservação de sua identidade, de sua cultura e de seu modo de viver, ou melhor, do seu modo de bem viver em harmonia com a natureza.

¹⁴ L. J. Kotzé, “Human rights and the environment in the Anthropocene”, *The Anthropocene Review* 3 (2014): 252-275. [10.1177/2053019614547741](https://doi.org/10.1177/2053019614547741).

¹⁵ Gerard Delanty, “Os desafios da globalização e a imaginação cosmopolita: as implicações do Antropoceno”, *Revista Sociedade e Estado* 2 (2018): 373-388. <https://www.scielo.br/pdf/se/v33n2/0102-6992-se-33-02-00373.pdf>.

O regime jurídico do SIDH sobre os direitos dos povos indígenas propõe a abertura da Constituição brasileira para a interpretação do ordenamento jurídico interamericano não antropocêntrico, anunciando uma visão harmônica entre antropocentrismo e ecocentrismo, dentro de uma perspectiva holística dos direitos humanos. Logo, a demarcação, a desintrusão e a concessão de títulos de propriedade das terras tradicionais aos povos indígenas revela a visão ecocêntrica dos direitos humanos, com a restrição das atividades econômicas de desenvolvimento para se promover a resiliência ecológica¹⁶, o que contribui para a promoção da humanização do antropoceno, para se adentrar ao ecocentrismo, com ênfase na responsabilidade intergeracional e na responsabilidade do ser humano pelas outras entidades não-humanas existentes na Terra.

As conquistas proporcionadas pela evolução do tema no SIDH podem não ser ideais, mas propõem a revisitação da sociedade de risco delineada por Beck (2009) para promover o aumento da diversidade biológica, a epistemologia decolonial, um diálogo global entre o mundo desenvolvido e o mundo em desenvolvimento.¹⁷

A necessidade de releitura da perspectiva filosófica antropocêntrica é o fundamento da consideração do estado plurinacional com a garantia dos direitos dos povos originários para organizarem a sua vida de acordo com a cosmovisão ancestral, promovendo-se o direito à cultura, à participação política, ao território, à autonomia e à autodeterminação, para a conformação de um estado plurinacional e multiétnico.

O estado plurinacional consolida, portanto, a realidade da Constituição Pachamama no contexto do novo-constitucionalismo latino-americano, que reconhece a natureza como sujeito de direito e promove o equilíbrio e a sobrevivência entre as espécies vivas, efetivando-se o direito à vida.¹⁸ O novo constitucionalismo latino-americano conduz a uma estreita relação entre a natureza e os seres humanos, incluindo-se os indígenas, os camponeses, os afrodescendentes, preservando-se a natureza como fonte principal da vida para viabilizar a sustentabilidade e as políticas de inclusão.

O novo constitucionalismo latino-americano decompõe-se nas perspectivas multicultural, pluricultural e plurinacional, como um constitucionalismo transformador que preconiza um novo paradigma contrário aos parâmetros eurocêtricos do constitucionalismo.

Sendo assim, o Povo Indígena Xucuru é sujeito de direitos, o que lhe confere a capacidade jurídica de pleitear o direito ao seu modo de vida ancestral perante os tribunais internacionais.

¹⁶ Kotzé, “Human rights and the environment in the Anthropocene”, 252-275.

¹⁷ Delanty, “Os desafios da globalização e a imaginação cosmopolita”, 373-388.

¹⁸ Marcos Augusto Maliska e Parcelli Dionísio Moreira, “O Caso Vilcabamba e El Buen Vivir na Constituição do Equador de 2008: pluralismo jurídico e um novo paradigma ecocêntrico”, *Sequência* 77 (2017): 149-176. <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2017v38n77p149>.

Ademais, percebe-se, na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos a tentativa de desenvolver um pensamento decolonial que transcende a colonialidade do poder¹⁹ revisitando as estruturas de poder anteriormente constituídas de forma hierarquizada entre o mundo que coloniza e o mundo que é colonizado. O estado plurinacional e a consolidação do novo constitucionalismo latino-americano são uma forma de luta pelo reconhecimento²⁰ dos sujeitos excluídos da participação política para possibilitar a criação de uma epistemologia revolucionária inclusiva.

O novo constitucionalismo latino-americano tem seu fundamento no paradigma ecocêntrico sem excluir a importante posição do ser humano, ou seja, do aspecto antropocêntrico. Propõe, portanto, harmonização entre as perspectivas e a humanização do antropoceno, no sentido de incluir no contexto político, social, econômico e cultural os povos indígenas. A visão holística é a essência do novo constitucionalismo latino-americano, uma vez que o homem não pode ser considerado de maneira apartada da natureza.²¹

Considera a natureza como sujeito de direitos, tem no pluralismo social e cultural a emergência de outras formas de saber, viver e conviver com o meio ambiente. Tudo no contexto do multiculturalismo.

Pode-se afirmar que são pressupostos do novo constitucionalismo latino-americano: a) a perspectiva do bem viver, que propõe o giro ecocêntrico com a superação do modelo antropocêntrico; b) o reconhecimento dos direitos pachamama, com a constitucionalização do direito do bem viver; c) o reconhecimento jurídico da subjetividade dos direitos da natureza; c) a visão holística do bem viver, com a inclusão da dimensão multicultural da convivência entre os homens; d) a democracia inclusiva; e) a legitimidade de outras normatividades; e) o estado plurinacional; e, por fim, f) a nova relação entre o homem e a natureza.

Nesse sentido, o novo constitucionalismo latino-americano só pode ser consolidado no contexto da perspectiva multicultural. É importante ressaltar que o multiculturalismo pode ser compreendido como a persecução de novas relações de cidadania democrática, inspirada e motivada pelos ideais dos direitos humanos, que vai além da boa celebração da diversidade etnocultural e inclui novos modelos de exercício da cidadania.²²

¹⁹ Anibal Quijano, "Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina", em *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. (Buenos Aires: Clacso, 2005), 117-142.

²⁰ Axel Honneth, *Luta pelo reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa (São Paulo: Editora 34, 2003).

²¹ Maliska e Moreira, "O Caso Vilcabamba e El Buen Vivir na Constituição do Equador de 2008", 149-176.

²² Will Kymlicka, "Multiculturalismo: o sucesso, o fracasso e o futuro. Interfaces Brasil/Canadá", *Revista Brasileira de Estudos Canadenses* 14 (2014): 123 – 174. <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/interfaces/article/view/6788>.

Esses novos modelos de exercício da cidadania enfatizam a participação política; a relação holística entre os direitos humanos e as liberdades individuais, de um lado, e o respeito às culturas tradicionais, de outro; o reconhecimento das identidades culturais ancestrais e a mistura cultural.²³

Pode-se afirmar que a luta pelo reconhecimento dos povos indígenas concentra-se na terceira onda do multiculturalismo, que preconiza os direitos das minorias, de modo que as diferenças sejam compreendidas no contexto dos direitos humanos, com a finalidade de reorganizar antigas relações não democráticas de hierarquia e de exclusão, para o enfrentamento das desigualdades que persistem após a abolição de formas de discriminação.

A inserção dos povos indígenas é uma medida que promove o princípio da não-discriminação com a possibilidade de acesso destes à participação política, às oportunidades econômicas e com a formulação de políticas afirmativas inclusivas.

Pode-se afirmar que, na verdade, o termo mais adequado, atualmente, seria pós-multiculturalismo, uma vez que a visão tradicional do multiculturalismo de mera convivência com diferentes culturas, transmutou-se para a inserção de novas relações e formas de exercício da cidadania dos povos outrora marginalizados pela colonização e pelo pensamento eurocentrado.

2.3. Controle de convencionalidade como instituto jurídico conformador da relação entre a ordem jurídica brasileira e o direito interamericano

O controle de convencionalidade foi instituído no Brasil após a Emenda Constitucional 45/2004 que, ao introduzir o parágrafo 3º ao artigo 5 da Constituição Federal de 1988, conferiu a natureza jurídica de norma formalmente constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais, se aprovados com o quórum qualificado.²⁴

Com a alteração perpetrada pela Emenda Constitucional em questão, verificou-se a necessidade de compatibilização vertical das leis ou dos atos normativos do Poder Público com a Constituição Federal e com os Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, através do controle de convencionalidade.

A propósito do tema, interessante notar que Gonzalo Aguilar Cavallo define o controle de convencionalidade como o ato de controle que o juiz nacional efetua para estabelecer a conformidade da norma interna com a norma internacional, bem

²³ Kymlicka, "Multiculturalismo: o sucesso, o fracasso e o futuro", 123-174.

²⁴ Cf. Artigo 5, parágrafo 3º, CF/88: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais". http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

como com os tratados internacionais perante os quais o Estado se obrigou.²⁵ Pelo controle de convencionalidade, portanto, os tratados internacionais de direitos humanos material ou formalmente constitucionais podem ser paradigma de controle das normas infraconstitucionais no ordenamento jurídico interno.

A afirmação abrange tanto os tratados internacionais de direitos humanos quanto os tratados internacionais comuns. Entretanto, cada um deles objeto de controle de convencionalidade de acordo com a sua força normativa, abrangência e amplitude.

Os tratados internacionais de direitos humanos, sejam norma material ou formalmente constitucional, servem de parâmetro para o controle de convencionalidade. Por outro lado, os tratados internacionais comuns, por serem normas supralegais, que estão acima das normas infraconstitucionais e abaixo da Constituição, funcionam como paradigma para o controle de legalidade.²⁶

Referida necessidade de dupla compatibilização vertical implica afirmar que as normas infraconstitucionais devem ser submetidas a dois níveis de aprovação, da Constituição e dos tratados internacionais de direitos humanos. Logo, a lei interna infraconstitucional compatível com a Constituição pode ser vigente, mas, se for incompatível com tratados internacionais de direitos humanos será inválida, ou seja, a lei vigente, produzida de acordo com as regras do direito interno, pode não ser válida se não respeitar os tratados internacionais de direitos humanos.²⁷

Se a norma não passar pela compatibilidade vertical com os tratados internacionais de direitos humanos, mesmo que seja vigente e compatível com o texto constitucional, não terá validade no plano interno, devendo ser rechaçada pelo Poder Judiciário, no caso concreto.

Além disso, é preciso ressaltar que o critério acima não é o único a ser considerado para a hermenêutica internacional. A interpretação das normas de direito internacional de direitos humanos também deve se pautar pelo diálogo das fontes, bem como pela aplicação dos metaprincípios *pro homine*, com a aplicação da norma mais favorável ao ser humano.²⁸

²⁵ Gonzalo Aguilar Cavallo, "El control de convencionalidad: análisis en derecho comparado", *Revista Direito GV* 9 (2013): 721-754.

²⁶ A ideia de que os tratados internacionais de direitos humanos estão acima da Constituição no sistema piramidal ficou ressaltada no julgamento do RHC n.º 79.785 pelo Supremo Tribunal Federal, com voto do Ministro Sepúlveda Pertence, em 29/03/2000, bem como com o voto do Ministro Gilmar Mendes, em 22/11/2006, no RE n.º 466.343-1/SP, quando ficou decidido que não há mais a prisão civil do depositário infiel nos contratos de alienação fiduciária em garantia, o que resultou na Súmula Vinculante n.º 25 do Supremo Tribunal Federal.

²⁷ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías: la ley del mas débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi (Madrid: Trotta, 1999), p. 20.

²⁸ Cf. Artigo 5, CF. §2º: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

O controle das normas internas deve ser feito pelo controle de constitucionalidade, pelo controle de convencionalidade e pelo controle de legalidade. O primeiro decorre do respeito e da observância à Constituição; o segundo, vislumbra o respeito aos tratados internacionais de direitos humanos e, o último, viabiliza-se por meio da compatibilidade das leis infraconstitucionais com os tratados internacionais comuns.

O artigo 27 da Convenção de Viena sobre Tratados de 1969 também se relaciona com o controle de convencionalidade uma vez que estabelece que um Estado-Parte não poderá invocar seu direito interno para justificar o inadimplemento do direito internacional.²⁹⁻³⁰

A compatibilização das leis com a Constituição deve ser aferida em relação aos direitos expressos e implícitos na Constituição. Os direitos expressos na Constituição são os direitos e garantias individuais, instituídos como cláusulas pétreas pelo parágrafo 4º do artigo 60, da Constituição de 1988, incluindo os coletivos. Por outro lado, os direitos implícitos na Constituição são os direitos decorrentes, ou seja, que provêm do regime e dos princípios adotados pela Constituição.

De acordo com o que já foi exposto, o controle de convencionalidade analisa a compatibilidade do direito doméstico com os tratados internacionais de direitos humanos, complementar e coadjuvante ao controle de constitucionalidade, compatibilizando verticalmente as normas domésticas com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional.³¹

²⁹ Cf. Artigo 27 da Convenção de Viena sobre Tratados, de 1969: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. Brasil, Decreto 678/1992 que promulgou a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1962. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Do678.htm.

³⁰ European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission). *Report on the implementation of international human rights treaties in domestic law and the role of courts*. Adopted by the Venice Commission at its 100th plenary session, Rome, 10-11 October 2014), 21. [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2014\)036-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2014)036-e). No mesmo sentido, a título de comparação, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 estabelece, em seu artigo 2, o dever de devida diligência como um dever decorrente da postura dos Estados, em todas as suas esferas, em realizar e concretizar as obrigações assumidas internacionalmente, a fim de evitar danos irreparáveis às vítimas de supostas violações de direitos humanos. Por isso, pode-se afirmar que as medidas adotadas pelo Comitê de Direitos Humanos são essenciais para evitar ofensas aos direitos humanos e sua observância, por parte dos Estados, reflete o mencionado dever de diligência. Cf. Claudia Loureiro, “A decolonialidade decorrente da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Uma análise da sentença do caso Fazenda Brasil Verde vs. Brasil sobre trabalho escravo contemporâneo”, em *Direito Internacional em Expansão*, vol. XIII (Belo Horizonte: Editora Arraes, 2018), 47-65.

³¹ Nesse sentido, interessante ressaltar que: “The legal grounding of conventionality control is located principally in articles 1.1, 2, and 29 of the ACHR, and in articles 26 and 27 of the Vienna Convention on the Law of Treaties. Articles 1.1 and 2 of the ACHR outline state duties to develop practices which ensure effective observance of the rights and freedoms enshrined in the pact, thereby requiring that national laws be interpreted in such way as to comply with their obligations to respect and guarantee rights. Article 29 of the ACHR sets out authorities’

A fonte do controle de convencionalidade pode estar no direito constitucional, na jurisprudência nacional ou no direito internacional. Nesse sentido, a fonte será constitucional quando a Constituição de um país contiver previsão a respeito da superioridade hierárquica dos tratados internacionais sobre as normas internas. Por outro lado, a fonte será a jurisprudência quando a jurisprudência nacional consagrar a superioridade dos tratados internacionais. Além disso, o direito internacional será a fonte quando impossibilitar a alegação do direito interno para justificar o descumprimento das obrigações derivadas do direito internacional, bem como na obrigação de um Estado adequar sua ordem jurídica interna ao direito internacional e também na obrigação de um Estado garantir o gozo dos direitos humanos consagrados nos instrumentos internacionais.

Pode-se afirmar que as fontes do controle de convencionalidade são múltiplas e variadas, possibilitando ao intérprete sua utilização para justificar e fundamentar a hermenêutica internacional e o sopesamento das regras para encontrar a solução mais favorável ao ser humano, a fim de alcançar a concretização dos direitos humanos.

A competência para a realização do controle de convencionalidade é dos tribunais nacionais e internacionais. Os órgãos de justiça nacionais realizam o controle de convencionalidade em relação aos tratados internacionais dos quais o Brasil esteja vinculado,³² uma vez que o Poder Judiciário nacional tem o dever de imunizar

duty to enable the enjoyment and exercise of rights established in the ACHR to the fullest extent possible, by effecting the most favorable interpretation of laws for this to occur. Finally, the duty of states to ensure compliance with their obligations under the ACHR are reinforced, in a subordinate manner, by the principles of good faith, effectiveness and *pacta sunt servanda*, as well as by a judicial ban on drawing on domestic law as a means to justify failure to comply with treaties (in accordance with articles 26 and 27 of the Vienna Convention). Collectively, these aspects provide the legal basis of conventionality control. In my view, article 25 of the ACHR additionally forms part of the legal basis of judicial conventionality control, in that this provision refers to the right to simple, prompt and effective recourse to a competent court or tribunal for “protection” against acts that violate the fundamental rights recognized by the constitution, the laws of the state concerned or by the convention itself. Accordingly, this provision constitutes an integral element of rights, in that it sets out a right to the guarantee of fundamental rights enshrined in the Convention and in national sources”. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “The constitutionalization of international law in Latin America Conventionality Control. The new doctrine of the Inter American Court of Human Rights”, *ASIL* 109 (2015): 96. <https://www.asil.org/sites/default/files/Ferrer%20Mac-Gregor,%20Conventionality%20Control.pdf>.

³² Ariel E Dulitzky, “An Inter-American Constitutional Court? The invention of the conventionality control by the Inter-American of Court of Human Rights”, *Texas International Law Journal* 50 (2015), 46. https://pdfs.semanticscholar.org/ea98/18063941b4380562578165a59f8e64482e08.pdf?_ga=2.43546981.1317136523.1582293560-137281814.1582293560. “The Court is aware that domestic judges and courts are bound to respect the rule of law, and therefore, they are bound to apply the provisions in force within the legal system. But when a State has ratified an international treaty such as the American Convention, its judges, as part of the State, are also bound by such Convention. This forces them to see that all the effects of the provisions

o Estado contra eventual responsabilização internacional por violação aos direitos humanos. Ao realizar a conformidade do direito nacional com a Convenção Americana de Direitos Humanos, o juiz nacional se converte em um juiz interamericano de direitos humanos, ou seja, o juiz da convencionalidade com a missão de zelar pelo respeito à primazia dos direitos humanos.

Ainda é importante destacar que os tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao direito brasileiro têm eficácia paralisante, além de derogatória, das demais espécies normativas internas, cabendo ao juiz sopesar as fontes internacionais e internas e escutar o que elas dizem.³³

As normas infraconstitucionais incompatíveis com os tratados internacionais de direitos humanos não são válidas, mas continuam vigentes por serem compatíveis com a Constituição. Entretanto, o juiz é obrigado a deixar de aplicar a lei válida contrária a um tratado internacional de direitos humanos, mas vigente de acordo com o sistema constitucional nacional. Para alcançar a justiça da decisão, o magistrado deverá compreender, portanto, a lógica da dupla compatibilidade vertical material. Significa que as fontes internacionais e nacionais devem dialogar entre si para resolver a antinomia entre o tratado e a lei interna.

Outra questão não menos importante para a discussão é que a aplicação do controle de convencionalidade influenciou a criação do bloco de convencionalidade que é composto por um conjunto de normas, regras e princípios que podem ser utilizados para a realização desse controle. No caso do Brasil, existe um bloco de convencionalidade que contém os elementos a serem aplicados pelo intérprete da lei ao caso concreto, por exemplo, tratados internacionais de direito humanos, as normas constitucionais, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, as decisões da Corte Internacional de Justiça etc.

Todos os critérios constantes do bloco de convencionalidade devem ser analisados e sopesados, no contexto do diálogo das fontes, a fim de que o julgador escute o que as normas do bloco dizem para aplicar a norma que concretiza a dignidade humana, por ser a norma mais favorável à consideração do ser humano como um fim em si mesmo.³⁴

embodied in the Convention are not adversely affected by the enforcement of laws which are contrary to its purpose and that have not had any legal effects since their inception. In other words, *the Judiciary must exercise a sort of “conventionality control” between the domestic legal provisions which are applied to specific cases and the American Convention on Human Rights. To perform this task, the Judiciary has to take into account not only the treaty, but also the interpretation thereof made by the Inter-American Court, which is the ultimate interpreter of the American Convention*”. (Ênfase adicional)

³³ André de Carvalho Ramos, “Supremo Tribunal Federal e o controle de convencionalidade: levando a sério os direitos humanos”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* 104 (2009): 241-286.

³⁴ Valério de Oliveira Mazzuoli, “Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro”, *Revista de Informação Legislativa Brasileira* 46, n.º 181 (2009): 113-139, <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf?sequence=3&isAllowed=y>.

O conceito de bloco de convencionalidade foi abordado no item 26 da sentença do caso *Cabrera Garcia e Montiel Flores vs. México* ao estabelecer que os Estados devem aplicar no plano nacional os direitos humanos previstos nos pactos internacionais, bem como a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.³⁵

O Pacto de San José da Costa Rica, em seus artigos 76 e 77, também faz menção ao bloco de convencionalidade quando afirma que os Estados podem criar Protocolos Adicionais que fortaleçam a Convenção, incluindo no sistema de proteção novos direitos e liberdades

Nesse sentido, o Brasil deve adotar todas as medidas necessárias para conformar a sua ordem doméstica com a ordem internacional e, principalmente, com os direitos humanos. Essa obrigação também pode ser compreendida através da tese do Estado Constitucional Cooperativo, de Peter Haberle.

3. O entrelaçamento entre a ordem jurídica brasileira e as constituições da Bolívia, do Equador e do Peru

O entrelaçamento entre ordens jurídicas diversas pode contribuir para sanar certas lacunas existentes em determinados ordenamentos jurídicos. A exemplo, a Constituição Brasileira de 1988, no que diz respeito a aparente não adoção da perspectiva Pachamama, que não reconhece expressamente a personalidade jurídica dos povos indígenas, nem mesmo confere a qualidade de sujeito de direito à natureza.

A migração de ideias constitucionais entre ordens jurídicas diversas proporciona uma importante conversação entre Estados diversos. Em decorrência da transnacionalidade dos problemas que passam a exigir um diálogo constitucional, o que Neves denomina de transconstitucionalismo, afirmando que isso pode se dar em nível jurisdicional, de modo que as decisões de cortes constitucionais de uns Estados são invocadas pelas cortes de outros Estados.³⁶

Ao fazer essa afirmação, Marcelo Neves³⁷ se apoia na ideia de que o transconstitucionalismo diz respeito às relações entre ordens jurídicas diversas, com a fertilização cruzada, e que as soluções para os problemas constitucionais são encontradas no

³⁵ O tema em apreço é recorrente na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos humanos e foi abordado no parágrafo 206 da sentença do caso *Cabrera Garcia e Montiel Flores vs. México* que consignou que os Estados devem aplicar nacionalmente os direitos humanos previstos nos pactos internacionais, bem como a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Além disso, o Pacto de San José da Costa Rica, em seus artigos 76 e 77 também faz menção ao bloco de convencionalidade quando afirma que os Estados podem criar Protocolos Adicionais que fortaleçam a Convenção, incluindo no sistema de proteção novos direitos e liberdades. Cf. Ferrer Mac-Gregor, "The constitutionalization of international law in Latin America Conventionality Control", 94.

³⁶ Marcelo Neves, *Transconstitucionalismo* (São Paulo: Martins Fontes, 2013), 166 e 167.

³⁷ Neves, *Transconstitucionalismo*, 115.

entrelaçamento entre diversas ordens jurídicas. Esse diálogo, a conversação constitucional, é importante para lidar com a fragmentação dos problemas constitucionais da sociedade mundial hodierna, que dizem respeito a problemas de direitos fundamentais e humanos.³⁸

Vislumbra-se a transnacionalidade dos problemas relacionados ao meio ambiente, uma vez que estes ultrapassam as fronteiras dos Estados e, conseqüentemente, demandam a aplicação de ordens jurídicas diversas, de forma interseccional, a fim de se apresentar uma solução. A degradação da Amazônia, que causa danos irreparáveis ao meio ambiente, a partir da contaminação dos rios pela atividade ilícita do garimpo ou os danos decorrentes do desmatamento, não atinge apenas o território brasileiro, mas acarreta conseqüências negativas em outros Estados e para toda a humanidade.

Dessa forma, justifica-se a utilização do diálogo entre ordens jurídicas diversas, a fim de que se encontre uma solução para o problema. Podendo afirmar a relação entre a Constituição brasileira, a do Equador, Bolívia e Peru, uma vez que estas últimas retratam o ideal Pachamama, que não está presente expressamente na Carta Magna brasileira.

O cruzamento entre ordens jurídicas diferentes, no caso, entre ordens constitucionais, revela um diálogo importante para a solução dos problemas constitucionais relacionados ao meio ambiente. Referido entrelaçamento pode se dar em nível jurisdicional, legislativo e político. No âmbito jurisdicional verifica-se a salutar possibilidade de se aplicar uma decisão de uma Corte estrangeira para se decidir uma demanda dentro da jurisdição brasileira.

A esse respeito, destaca-se a decisão da Corte Constitucional Colombiana a respeito do estado inconstitucional de coisas (SU-559, de 6 de novembro de 1997) que foi aplicada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Brasil, no caso dos presídios, na ADPF 347 MC/DF. Esse diálogo entre Cortes Constitucionais de diferentes ordens jurídicas pode ser utilizado pelo STF brasileiro nos casos relativos ao meio ambiente, a exemplo da decisão do Equador que considerou um rio como sujeito de direito, a fim de protegê-lo contra a degradação ambiental oriunda da construção civil, o que ficou retratado no caso Vilcabamba.³⁹

Ainda no âmbito jurisdicional, destaca-se o caso Urgenda, na Holanda, conhecido como “caso climático”. O caso Urgenda é paradigmático pois retrata o caso de sucesso de litigância pela população, representada pela Fundação Urgenda, que teve como desfecho a determinação para que o Estado reduzisse a emissão de gases de efeito estufa, considerando-se a importância da natureza para o meio ambiente

³⁸ Neves, *Transconstitucionalismo*, 122.

³⁹ Cf. documento disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?-docTP=TP&docID=10300665>.

ecologicamente equilibrado, como pressuposto para o exercício dos direitos humanos pelas atuais e futuras gerações.⁴⁰

O entrelaçamento entre ordens jurídicas diferentes também pode se dar entre as Constituições dos Estados, a exemplo da Constituição do Brasil com a Boliviana, que inclui as comunidades indígenas como unidades políticas com poder direto de autonomia e de autogoverno, com direito à participação na formação da vontade estatal. O mesmo diálogo pode se dar entre a Constituição brasileira e a peruana, que entende que as comunidades nativas têm existência legal e que são pessoas jurídicas autônomas em suas organizações.

No mesmo sentido, destaca-se a relação entre a Carta Magna brasileira e a Constituição do Equador, de 2008, que, em seus artigos 71 a 74 atribui à natureza a condição de sujeito de direito, rompendo com a perspectiva antropocêntrica, adotando a filosofia do *buen vivir*.⁴¹

A Constituição Peruana, em seu artigo 149, também considera que as comunidades nativas têm existência legal como pessoas jurídicas, tendo autonomia para promover a sua própria organização, desde que isso não implique em violação aos direitos fundamentais da pessoa.

As constituições boliviana, equatoriana e peruana são orientadas pela plurinacionalidade que, de acordo com Walsh:⁴²

En su forma más básica y dentro del contexto de América del Sur, la plurinacionalidad es un término que reconoce y describe la realidad de un país en la cual pueblos, naciones o nacionalidades indígenas y negras –cuyas raíces predatan el Estado nacional– conviven con blancos y mestizos. En este sentido prácticamente todos los países de la región son países plurinacionales aunque no se reconocen así.

Em sentido oposto a essa realidade Pachamama, o modelo constitucional brasileiro confere reconhecimento e proteção aos direitos originários sobre as terras, mas não estabelece um regime de autonomia institucional. Postura que também se distancia do regime interamericano de proteção aos direitos humanos dos povos indígenas, analisado anteriormente nesse artigo.

De acordo com Walsh, mesmo que o Brasil não se reconheça expressamente como um Estado plurinacional, sua Constituição comporta esta perspectiva.

A tese do transconstitucionalismo, de Marcelo Neves, pode ser usada para sanar referida lacuna, pois propõe o diálogo e o entrelaçamento entre as Constituições

⁴⁰ Cf. documento disponível em: <https://www.urgenda.nl/en/themes/climate-case/>

⁴¹ Maliska e Moreira, “O Caso Vilcabamba e El Buen Vivir na Constituição do Equador de 2008: pluralismo jurídico e um novo paradigma ecocêntrico”, 149-176.

⁴² Catherine Walsh, “Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado”, *Tabula Rasa*, 9 (2008), 142. <http://www.scielo.org.co/pdf/tara/n9/n9a09.pdf>.

acima mencionadas e a ordem jurídica brasileira, com a finalidade de suprir a lacuna pachamama na Constituição brasileira, considerando-se que seu artigo 225 prevê o direito humano de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, para as atuais e para as futuras gerações.

Considerações finais

A Constituição Brasileira de 1988 estabelece, em seu artigo 225 o direito das atuais e das futuras gerações ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo dever do Estado e de toda a sociedade agir com a devida diligência no sentido de concretizar o Estado socioambiental de direito aos cidadãos brasileiros e às pessoas que estejam sob a jurisdição do Estado brasileiro.

A Carta Constitucional brasileira também estabelece a abertura para o direito internacional, em seu parágrafo 2º do artigo 5, o que proporciona a relação com os *standards* internacionais de proteção ao meio ambiente, em especial no âmbito global, considerando-se as Resoluções da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas e do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas que consignam o direito humano ao meio ambiente sadio.

O ordenamento jurídico brasileiro deve se adequar aos *standards* interamericanos de proteção ao meio ambiente, uma vez que o Brasil aceitou a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sendo assim, o regime jurídico de proteção ao meio ambiente e aos direitos humanos dos povos indígenas da CTIDH se aplica ao Brasil, que deve realizar o controle de convencionalidade para se adequar ao paradigma interamericano.

Diante do entrelaçamento da ordem jurídica brasileira com o sistema global de proteção aos direitos humanos, com o sistema regional interamericano de proteção aos direitos humanos; levando-se em consideração a relação interseccional da ordem jurídica brasileira com as Constituições da Bolívia, do Equador e do Peru, com suporte na tese do transconstitucionalismo, pode-se afirmar que existem fundamentos para defender a tese de que a Constituição brasileira também é Pachamama.

O entrelaçamento entre as diversas ordens jurídicas analisadas nesse artigo: internacional, interamericana e entre diferentes ordens jurídicas propicia o reconhecimento da perspectiva Pachamama na ordem jurídica brasileira, a partir da Constituição, uma vez que referida perspectiva decorre dos interesses da humanidade, como uma emergência global que ultrapassa fronteiras e que exige, portanto, soluções globais, regionais e locais entrelaçadas, que ultrapassam a delimitação territorial e jurisdicional de um único Estado, demandando o diálogo entre normas jurídicas diferentes.

Assim, existem fundamentos para se afirmar que a Constituição Brasileira de 1988 também é Pachamama.

Bibliografía

- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: Rumo a uma outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.
- Brasil. Decreto n.º 678/1992. Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. “A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos”. *Arquivos do Ministério da Justiça* 46 (1993): 30-31.
- CAVALLO, Gonzalo. “El control de convencionalidad: Análisis en derecho comparado”. *Revista Direito GV* 9 (2013): 721-754.
- CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf.
- CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *Caso Povo Xucuru e outros v. Brasil*, 2018. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf.
- CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva 23/2017*. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/infografia-por.pdf>.
- DELANTY, Gerard. “Os desafios da globalização e a imaginação cosmopolita: as implicações do Antropoceno”, *Revista Sociedade e Estado*, 3 (2018): 373-388. <https://www.scielo.br/pdf/se/v33n2/0102-6992-se-33-02-00373.pdf>.
- DULITZKY, Ariel E. “An Inter-American Constitutional Court? The invention of the conventionality control by the Inter-American of Court of Human Rights”. *Texas International Law Journal* 50 (2015): 46-91. https://pdfs.semanticscholar.org/ea98/18063941b4380562578165a59f8e64482e08.pdf?_ga=2.43546981.1317136523.1582293560-137281814.1582293560.
- EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (VENICE COMMISSION). *Report on the implementation of international human rights treaties in domestic law and the role of courts*. Adopted by the Venice Commission at its 100th plenary session, Rome, 10-11 October 2014, 21. [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2014\)036-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2014)036-e).
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del mas débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibánéz e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. “Más allá de la soberanía y ciudadanía: um constitucionalismo global”. *Isonomia. Revista de Teoria y Filosofía del Derecho*, 9 (1998): 173-184. <http://www.cervantesvirtual.com/obra/ms-all-de-la-soberana-y-la-ciudadana-un-constitucionalismo-global-o/>.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. “The constitutionalization of international law in Latin America Conventionality Control. The new doctrine of the Inter American

- Court of Human Rights”. *ASIL* 109 (2015): 93-99. <https://www.asil.org/sites/default/files/Ferrer%20Mac-Gregor,%20Conventionality%20Control.pdf>.
- HABERLE, Peter. *O Estado Constitucional Cooperativo*. Trad. Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- HONNETH, Axel. *Luta pelo reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais*. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003.
- JESSUP, Philip. *Direito Transnacional*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965.
- KOTZÉ, L. J. “Human rights and the environment in the Anthropocene”. *The Anthropocene Review* 1 (2014): 252-275. doi:10.1177/2053019614547741. <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/2053019614547741>.
- KYMLICKA, Will. “Multiculturalismo: o sucesso, o fracasso e o futuro. Interfaces Brasil/Canadá”. *Revista Brasileira de Estudos Canadenses*, 14 (2014): 123-174, 2014. <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/interfaces/article/view/6788>.
- LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. “A decolonialidade decorrente da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Uma análise da sentença do caso Fazenda Brasil Verde vs. Brasil sobre trabalho escravo contemporâneo”, vol. XIII. Em *Direito Internacional em Expansão*. Belo Horizonte: Editora Araraes, 2018.
- MALISKA, Marcos Augusto e Dionizio MOREIRA PARCELLI. “O Caso Vilcabamba e El Buen Vivir na Constituição do Equador de 2008: pluralismo jurídico e um novo paradigma ecocêntrico”. *Sequência* 77 (2017): 149-176. <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2017v38n77p149>.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. “Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro”. *Revista de Informação Legislativa Brasileira*, 181 (2009): 113-139. <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf?sequence=3&isAllowed=y>.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas*, 2007. <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-dos-Povos-Ind%C3%ADgenas/declaracao-das-nacoes-unidas-sobre-os-direitos-dos-povos-indigenas.html>.
- QUIJANO, Anibal. “Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina”. Em *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*, pp. 117-142. Buenos Aires: Clacso, 2005. http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_QUIJANO.pdf.
- RAMOS, André de Carvalho. “Supremo Tribunal Federal e o controle de convencionalidade: levando a sério os direitos humanos”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 104 (2009): 241-286.
- SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais, uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

- UNITED NATIONS. GENERAL ASSEMBLY. *Resolution 76/300. The human right to a clean, healthy and sustainable environment*, 28 July 2022. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/442/77/PDF/N2244277.pdf?OpenElement>.
- UNITED NATIONS. HUMAN RIGHTS COUNCIL. *Resolution 48/13. The human right to a clean, healthy and sustainable environment*, 8 Octubre 2021. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/289/50/PDF/G2128950.pdf?OpenElement>.
- WALSH, Catherine. "Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgências político-epistémicas de refundar el Estado". *Tabula Rasa* 9 (2008): 131-152. <http://www.scielo.org.co/pdf/tara/n9/n9a09.pdf>.

Mauricio Alejandro Ascencio Moreno* (Colombia)

La inteligencia artificial y el poder público: una mirada a su utilización como herramienta de eficiencia estatal, a partir de su impacto en los derechos humanos

RESUMEN

La inteligencia artificial (IA) ha sido utilizada por varios Estados para tomar decisiones sin intervención humana, con el objetivo de lograr mayores índices de eficiencia en el cumplimiento de sus fines esenciales; sin embargo, el uso de dicha tecnología en el ejercicio del poder público ha generado consecuencias negativas, especialmente frente a la garantía y el respeto de los derechos a la privacidad, la intimidad, la dignidad, la libertad, la igualdad, el debido proceso, etc., debido a la producción de situaciones de orden netamente técnico, que amenazan dichos derechos. Tal es el caso de los sesgos algorítmicos que discriminan a grupos poblacionales determinados por razones de raza, religión, género o condiciones de pobreza, los cuales pueden producirse desde la programación de los algoritmos o desde el mismo momento de procesar los datos necesarios para tomar una decisión automática.

En el presente trabajo se realiza un análisis reflexivo mediante el uso de la metodología cualitativa y el estudio de fuentes bibliográficas relevantes, sobre la utilización de la IA para la toma de decisiones en el ejercicio del poder público en Colombia, partiendo de las ventajas y los riesgos propios de dicha tecnología disruptiva, los cuales han afectado principalmente la garantía y protección de los derechos humanos, tal como lo han evidenciado las experiencias documentadas en otros Estados, las cuales llaman a cuestionarnos si esta herramienta técnica es la idónea para tomar decisiones administrativas o judiciales y si es el momento para implementarlas.

* Abogado de la Universidad Santo Tomás de Bogotá, magíster en Consultoría de la Universidad de Salamanca, magíster en Derecho Contractual Público y Privado de la Universidad Santo Tomás, especialista en Derecho Administrativo de la Universidad del Rosario y doctorando en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Docente universitario en el área de Derecho Público. Miembro del Observatorio Sector Público e Inteligencia Artificial de la Universidad de Cádiz, <https://www.ospia.org/>. mauricio.ascencio@est.uexternado.edu.co. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9650-2368>.

Palabras clave: inteligencia artificial; derechos humanos; poder público.

Artificial intelligence and public power: An examination of its use as a tool for state efficiency, from the perspective of its impact on human rights

ABSTRACT

Artificial intelligence (AI) has been used by several states to make decisions with no human intervention to attain higher efficiency rates in the achievement of their fundamental objectives. However, the use of this technology in the exercise of public authority has led to negative consequences, especially in terms of guaranteeing and respecting the rights to privacy, intimacy, dignity, freedom, equality, due process, etc., as it gives rise to situations of a purely technical nature that jeopardize these rights. Such is the case of algorithmic biases that discriminate against certain population groups on the grounds of race, religion, gender, or poverty situations. Biases can occur from the moment the algorithms are programmed or at the time the data required to make an automatic decision is processed.

This research aims to conduct a reflective analysis of the use of AI for decision-making in the exercise of public power in Colombia, using qualitative methodology and the study of relevant bibliographic sources. The article examines the advantages and risks of this disruptive technology, which have mainly affected the guarantee and protection of human rights, as evidenced by experiences documented in other states, which cast doubt on whether this technical tool is suitable for administrative or judicial decision-making and whether this is the right time to implement it.

Keywords: Artificial intelligence; human rights; public authority.

Künstliche Intelligenz und Staatsgewalt: Überlegungen zu ihrer Verwendung als Instrument staatlicher Effizienz am Beispiel ihrer Auswirkungen auf die Menschenrechte

ZUSAMMENFASSUNG

Mehrere Staaten setzen künstliche Intelligenz (KI) ein, um ohne menschliche Mitwirkung Entscheidungen mit der Absicht zu treffen, bessere Leistungsindizes bei der Erfüllung ihrer wesentlichen Aufgaben zu erzielen. Der Einsatz dieser Technologie bei der Ausübung der staatlichen Gewalt hat jedoch negative Folgen mit sich gebracht, insbesondere hinsichtlich der Gewährleistung und der Achtung der Persönlichkeitsrechte sowie der Privatsphäre, menschlichen Würde, Freiheit, Gleichheit, Rechtsweg usw., die durch die Schaffung von Situationen ausschließlich technischer Natur bedingt sind, durch die die Sicherstellung der genannten Rechte bedroht wird. Dies betrifft zum Beispiel die algorithmischen Verzerrungen, durch die bestimmte Bevölkerungsgruppen aufgrund ihrer Rasse, ihrer Religion, ihres Geschlechts oder ihrer Armut diskriminiert werden. Solche Verzerrungen können durch die Programmierung der Algorithmen oder ab dem Moment auftreten, in dem die notwendigen Daten für automatische Entscheidungen verarbeitet werden.

Die vorliegende Arbeit beabsichtigt eine reflexive Analyse unter Verwendung qualitativer Methoden und der Auswertung relevanter Literaturhinweise über den Einsatz von KI zur Entscheidungsfindung im Rahmen der Ausübung der Staatsgewalt in Kolumbien. Dabei wird von den Vorteilen und Risiken dieser destabilisierenden Technologie ausgegangen, die vor allem die Garantie und den Schutz der Menschenrechte betreffen, wie aus den dokumentierten Erfahrungen aus anderen Staaten hervorgeht, aufgrund derer wir uns fragen müssen, ob dieses technische Instrument dazu geeignet ist, Verwaltungs- oder Gerichtsentscheidungen zu treffen, und ob schon der Zeitpunkt gekommen ist, solche Entscheidungen umzusetzen.

Schlüsselwörter: Künstliche Intelligenz; Menschenrechte; Staatsgewalt.

Introducción

En la actualidad, la vida del ser humano está estrechamente relacionada con algoritmos y sistemas de inteligencia artificial (IA) que facilitan el análisis de las grandes cantidades de datos que cada individuo produce. La influencia de esta tecnología en la vida cotidiana ha escalado tanto, que decisiones simples sobre cómo relacionarse socialmente, qué ruta tomar para ir a un destino, qué películas o series ver, qué tipo de bienes y servicios comprar, a quiénes seguir en redes sociales o qué tipo de contenido ver en estas se encuentran condicionadas por las valoraciones hechas por algoritmos, propiedad de las grandes corporaciones tecnológicas, los cuales influyen en la elección final de las personas, a partir de las sugerencias y recomendaciones hechas por canales digitales, situación que es uno de los efectos producidos por la así llamada “cuarta revolución industrial”.

El concepto de industria 4.0 o cuarta revolución industrial¹ surgió a partir de los avances científicos y tecnológicos desarrollados a finales del siglo XX y lo que va corrido del siglo XXI, cuando la sociedad entró en la era cibernética y se logró combinar la digitalización, la conectividad, la automatización, la robotización y la IA en los procesos industriales.

Esta transformación tecnológica ha cambiado prácticamente todos los aspectos de la vida humana, desde las nuevas formas de producción, las interacciones sociales, la economía y la política, y, sobre todo, se ha servido de los procesos de globalización para desvanecer las fronteras y las distancias; de esta manera, a partir de las tecnologías de la comunicación, las relaciones humanas se convirtieron en transfronterizas.

Pero esta incidencia va mucho más allá, al pasar del mundo analógico a una realidad digital, pues se integraron los sistemas técnicos y computacionales en las cadenas industriales de producción, lo cual condujo al auge de innovaciones técnicas

¹ Silvia Barona, *Algoritmización del derecho y de la justicia. De la inteligencia artificial a la Smart Justice* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021), 58.

y científicas que incidieron en la digitalización de dichas formas de producción, con la aparición del internet de las cosas,² el *big data* y las demás tecnologías disruptivas.³

Lo anterior minimizó los tiempos de producción, comunicación y procesamiento de información, lo que acentuó el papel de la eficiencia como protagonista del desarrollo y la administración de recursos, hecho que no fue ajeno a las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, pues los problemas de eficiencia y transparencia en la prestación de los servicios públicos empezaron a ser tratados con soluciones tecnológicas a fin de obtener resultados a corto plazo.

En el presente escrito se pretende hacer un análisis crítico sobre el uso de la IA para la toma de decisiones estatales, sea en la administración pública o de justicia, de cara al riesgo que dicha práctica implica para la garantía y el ejercicio de los derechos humanos, poniendo el acento en el derecho a la privacidad, la igualdad y la dignidad humana, e iniciando con la descripción de cómo se pretende resolver los problemas de legitimidad que sufre el sistema democrático colombiano mediante el uso de tecnologías disruptivas.

1. Problemas de legitimidad del sistema democrático y su legitimación *ex post* a través de la IA

Entre los rasgos característicos de nuestro actual Estado social de derecho se encuentra la primacía de un texto constitucional rígido, integrado por una parte dogmática y otra orgánica, las cuales parten de la separación de poderes, el reconocimiento de un catálogo de derechos, los mecanismos para hacerlos efectivos y un aparato estatal dedicado a garantizar el interés general, en el marco de la legalidad y la seguridad jurídica, principios democráticos que requieren de legitimidad al interior de la sociedad.

Desde un punto de vista sociológico, el sistema democrático goza de legitimidad en la medida en que los destinatarios de sus decisiones compartan la creencia social de que estas son legítimas.⁴

Siguiendo a Weber,⁵ este concepto de legitimidad, en las relaciones de dominación, está supeditado a la creencia de los ciudadanos en la legitimidad del Estado, y de dicha convicción social dependerá su grado de obediencia.

Por lo anterior, la legitimidad depende del tipo de relación de poder del que se trate, en función de lo cual el propio Weber estructuró tres tipos de dominación: i)

² “En su forma más simple, se puede describir como una relación entre las cosas (productos, servicios, lugares, etc.) y la gente, que resulta posible mediante tecnologías conectadas y plataformas varias”. Klaus Schwab, *La Cuarta Revolución Industrial* (Barcelona: Debate, 2018) 34.

³ Barona, *Algoritmización del derecho y de la justicia*, 59.

⁴ Vincenzo Ferrari, *Funciones del derecho* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014), 291.

⁵ Max Weber, *Economía y sociedad* (México: Fondo de Cultura Económica, 2014), 327.

una dominación de carácter racional, que se centra en la legalidad del orden establecido y en el ejercicio del poder a partir del derecho; ii) una dominación tradicional, fundada en la creencia en la santidad de las tradiciones y en la legitimidad de las autoridades que ejercen el poder en razón de estas, y iii) una dominación carismática, que se funda en las condiciones de heroísmo o cualidades de un individuo particular y a las órdenes emanadas de este.⁶

En ese orden de ideas, con la expedición de la Constitución Política de Colombia se organizó el país como un Estado social de derecho, es decir que, en principio, la legitimidad de las autoridades parte del orden jurídico, el respeto por las garantías fundamentales y la creencia de los ciudadanos en dicha legitimidad, lo que constituye la legitimidad formal o positiva de la que habla Weber.

Sin embargo, el concepto de legitimidad expuesto por Weber ha sido ampliamente cuestionado, en cuanto estaría condicionarlo por una visión iuspositivista puramente formal. De acuerdo con una noción más cercana al pensamiento de Habermas, la legitimidad parte del consenso social obtenido gracias a los procesos de comunicación tendientes a concretar los contenidos materiales de justicia en un determinado grupo social.⁷

Siguiendo a Rúa,⁸ existe una legitimidad material, que se refiere al cumplimiento de los fines definidos por el modelo de Estado, es decir, “la satisfacción de los postulados contenidos en la parte dogmática de la Constitución por el aparato orgánico definido en el mismo texto superior”;⁹ para el caso colombiano, desde el texto superior, se creó una organización administrativa dotada de las competencias necesarias para cumplir los objetivos del Estado social de derecho.

Sin embargo y siguiendo a Ferrari,¹⁰ legitimar el sistema democrático (entendido como el sistema electoral y la acción del Estado) a partir del derecho implica justificar su existencia en razón a la adhesión de los ciudadanos al modelo normativo reconocible, es decir, un ordenamiento jurídico claro que identifique derechos, deberes y los mecanismos idóneos para hacerlos efectivos, lo cual significa que dicho proceso de legitimación debe realizarse *ex ante* y no *ex post*, puesto que una máxima del Estado de derecho es que las normas rigen hacia el futuro, como paradigma del principio de legalidad en el cual se sustenta.

Pero la creencia de la ciudadanía en la legitimidad estatal de la que habla Weber se ve disminuida cuando, a título enunciativo, esa barrera de irretroactividad de las normas se ve desconocida en el actuar estatal: así por ejemplo, en los eventos en que

⁶ Weber, *Economía y sociedad*, 374-375.

⁷ Rafael del Águila, “La política: el poder y la legitimidad”, en *Manual de ciencia política*, coord. por Rafael del Águila (Madrid: Trotta, 2000), 29-34.

⁸ Carlos Rúa, “La legitimidad en el ejercicio del poder político en el Estado social de derecho. Una revisión desde el caso colombiano”, *Ius et Praxis* 19, n.º 2 (2013), <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122013000200004>.

⁹ Rúa, “La legitimidad en el ejercicio del poder político en el Estado social de derecho”, 97.

¹⁰ Ferrari, *Funciones del derecho*, 294.

los jueces, al momento de resolver casos particulares iniciados por *actores sociales comunes*, deben interpretar el ordenamiento jurídico, adaptándolo al caso concreto, y hacen incansables esfuerzos argumentativos para desconocer dicho principio en favor de intereses privados. Situación que también ocurre en el proceso legislativo, donde se expiden normas ambiguas de forma que se puedan modelar sus efectos a las necesidades del momento o en función de la satisfacción de intereses políticos.¹¹

Por otra parte, existe una acentuada y constante tensión entre el sistema capitalista y la democracia, lo que crea un riesgo para los mecanismos democráticos, tales como el modelo representativo y el interés general como un fin del Estado, los cuales se ven progresivamente disminuidos como producto del crecimiento de los intereses económicos.¹²

La globalización también ha contribuido a esta problemática, pues, con la creación de instituciones multilaterales y normas supranacionales, la vida de los ciudadanos y las políticas públicas han venido a ser, cada vez con mayor frecuencia, impuestas por organismos técnicos extranjeros carentes de legitimidad democrática, la cual reside exclusivamente en los órganos de elección popular, los cuales se han visto gravemente deteriorados debido a su desconexión con los electores, la corrupción y la omisión en el cumplimiento de su obligación de expedir normas encaminadas a hacer realidad los postulados del Estado social de derecho, dejando así en manos de los jueces la efectividad de los derechos constitucionalmente reconocidos.¹³

Tales prácticas, sumadas a fenómenos sociales como la corrupción, la captura del Estado por parte de grupos de interés, el clientelismo y demás prácticas similares, han minado la creencia de los ciudadanos en que las autoridades toman sus decisiones a partir de intereses altruistas, con la intención de lograr el bien común y en aras de materializar los fines esenciales del Estado, previstos en el artículo 2.º de la Constitución Política de Colombia.

Estos fenómenos sociales, que a nuestro modo de ver tienen una relación de causalidad con la pérdida de legitimidad del sistema democrático y del Estado, han sido estudiados desde la economía por la escuela de pensamiento conocida como *public choice* o elección pública. Según esta, los políticos solo obedecen a sus intereses particulares y sus decisiones son el producto de las presiones propias del mercado político que invaden todas las ramas del poder público,¹⁴ lo cual hace que los electores partan de la premisa de que su voto no tiene injerencia alguna en la elección de un determinado candidato y pierdan, por tanto, el interés en el proceso democrático.

¹¹ Ferrari, *Funciones del derecho*, 302-303.

¹² Floralba Padrón, "Presentación", a: *¿El Estado constitucional en jaque?* Tomo I. *Los retos del componente democrático* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018), 17-25.

¹³ Padrón, "Presentación", 19-20.

¹⁴ Mario Pinzón, *Aproximaciones al Análisis Económico del Derecho* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010), 110.

Para Lafont,¹⁵ actualmente los ciudadanos se sienten abandonados y no reconocen a las instituciones políticas como órganos de representación popular, hecho que no es otra cosa que la pérdida de legitimidad del sistema democrático y no corresponde a una situación desconocida para los gobernantes, quienes han utilizado múltiples estrategias a fin de lograr, entonces, una legitimación *ex post*.

En efecto, al resquebrajarse la creencia en la legitimidad estatal por parte de los ciudadanos, como consecuencia de fenómenos sociales como los mencionados, el Estado ha intentado superar tales desafíos legitimando el sistema *ex post*, entre otras cosas, a través de reacciones exacerbadas en el ejercicio del *ius puniendi*. Tal es el caso de la creación de múltiples organismos dirigidos a combatir la corrupción y mantener la imagen de control al interior de la administración pública, así como de la adopción de múltiples regímenes de responsabilidad de los servidores públicos y particulares que ejercen funciones o administran recursos públicos.

Otra de las herramientas utilizadas para legitimar el sistema *ex post* es la excesiva garantía del debido proceso, en virtud de la cual se generan actuaciones judiciales y administrativas en las que, con la bandera de la protección del debido proceso, se disponen instancias y oportunidades procesales tendientes a implantar en el imaginario colectivo la creencia de que existe pleno respeto de sus garantías fundamentales afectadas por los problemas de base del sistema democrático y del Estado en general.

Por otra parte, los gobiernos se han servido de los avances técnicos para facilitar ese proceso de legitimación del Estado, intentando dar soluciones tecnológicas a los problemas de base de la sociedad, con herramientas disruptivas como la IA y el *big data*, así como con estrategias de gobierno abierto y canales de transparencia a través de redes sociales, a fin de mejorar la percepción ciudadana sobre las instituciones públicas.

Respecto a la utilización de la ciencia y los avances tecnológicos como una forma de legitimar el sistema democrático, Habermas¹⁶ ha sostenido que la racionalización de la sociedad está supeditada a la instrumentalización de las nuevas tecnologías, pues en la medida en que la ciencia y la técnica avanzan, sus logros penetran en todos los ámbitos institucionales, cambiando las creencias de legitimación; cambio de creencias que también se produce con la secularización y el desencadenamiento de las cosmovisiones.

El hecho es que la aplicación de la razón técnica a un sistema social significa la institucionalización de un dominio político irreconocible,¹⁷ y que, en las relaciones de dominio, cuando se presentan situaciones que generan la pérdida de legitimidad del sistema democrático o del Estado mismo, las soluciones tecnológicas y la racionalidad de las acciones ciudadanas buscan alcanzar la legitimación *ex post*.

¹⁵ Cristina Lafont, *Democracia sin atajos* (Madrid: Trotta, 2021), 18.

¹⁶ Jürgen Habermas, *Ciencia y técnica como "ideología"* (Madrid: Tecnos, 2007), 54.

¹⁷ Habermas, *Ciencia y técnica como "ideología"*, 55.

En ese contexto y según informe de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE),¹⁸ Colombia es el principal referente en la región en materia de implementación de la IA, con la expedición del documento Conpes 3975 de 8 de noviembre de 2019,¹⁹ el cual recoge la política pública de transformación digital de los sectores público y privado a partir de la utilización de herramientas tecnológicas, en particular la IA. En el referido documento se resaltan los avances del país en materia de aplicación de esta tecnología en áreas como la administración de justicia, resaltándose a la Corte Constitucional y su sistema de digitalización denominado *PretoriA*, el cual lee y analiza datos de más de dos mil procesos de tutela en un máximo de treinta y seis minutos, siendo el primer tribunal supremo en utilizar la IA en el mundo.²⁰

Asimismo, la OCDE resaltó la aplicación de la IA en la digitalización de los procesos que se adelantan en la Superintendencia de Industria y Comercio, con el algoritmo *Justicia Digital*,²¹ el cual permite digitalizar en expedientes las audiencias adelantadas dentro de los procesos judiciales a cargo de dicha entidad, con la finalidad de buscar mayores índices de eficiencia en la toma de decisiones.

El informe continúa resaltando los casos de utilización de la IA en el sector público en Colombia, particularmente el caso del Departamento Nacional de Planeación, entidad responsable del Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales (Sisben),²² que utiliza una tecnología de aprendizaje automático denominada *Quantile Gradient Boosting*, que hace perfiles automáticos de las personas a partir de un índice de prosperidad diseñado por el Estado, y determina los beneficiarios de programas sociales.

La OCDE finaliza su estudio del caso colombiano con la experiencia de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado,²³ la cual desarrolló, junto con el sector privado, un modelo matemático que utiliza *deep learning*, para estimar la probabilidad de éxito procesal de las acciones judiciales en contra del Estado colombiano y establecer los posibles rangos de las indemnizaciones, así como para determinar la posibilidad de conciliar en un caso particular, a partir del aprendizaje automático

¹⁸ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), *The strategic and responsible use of artificial intelligence in the public sector of Latin America and the Caribbean*, 22 de marzo de 2022, https://www.oecd-ilibrary.org/governance/the-strategic-and-responsible-use-of-artificial-intelligence-in-the-public-sector-of-latin-america-and-the-caribbean_1f334543-en.

¹⁹ Consejo Nacional de Política Económica y Social, República de Colombia, Departamento Nacional de Planeación, Documento Conpes 3975 de 8 de noviembre de 2019, “Política Nacional para la Transformación Digital e Inteligencia Artificial”, <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3975.pdf>.

²⁰ OCDE, *The strategic and responsible use of artificial intelligence*, 36-38.

²¹ OCDE, *The strategic and responsible use of artificial intelligence*, 36.

²² OCDE, *The strategic and responsible use of artificial intelligence*, 37.

²³ OCDE, *The strategic and responsible use of artificial intelligence*, 38.

generado como resultado de la valoración de indicadores financieros, datos sobre las condiciones actuales del país y teoría de juegos.

A la luz de los anteriores avances y reconocimientos, es preciso preguntarse: ¿por qué se considera todavía necesario realizar la transformación digital del Estado en Colombia? Una posible respuesta sería la que se expone en el Conpes 3975 de 8 de noviembre de 2019, donde se resalta que el objetivo de la implementación de tecnologías como la IA en la actividad estatal busca “contribuir en la construcción de un Estado más eficiente, transparente, participativo, y que preste mejores servicios a los ciudadanos, [para lo cual] el Gobierno nacional [ya] ha realizado esfuerzos orientados a la transformación digital en el sector público”.²⁴ No obstante lo anterior, la respuesta al señalado interrogante es mucho más compleja, y no se limita ciertamente al objetivo fijado en esta política pública.

Partiendo de la finalidad perseguida por Colombia con la implementación de la IA en el Estado, es claro el objetivo de mejorar factores de la administración en términos de eficiencia, transparencia, participación y la prestación de servicios a los ciudadanos. Las deficiencias en relación con estos aspectos obedecen, según Ramió,²⁵ al anquilosamiento en que se encuentra la administración pública, pues a pesar de invertir en herramientas ofimáticas que facilitan la modernización de las entidades públicas, sus estructuras organizacionales continúan siendo las mismas, hecho que impide que el Estado se adecúe a los retos de la cuarta revolución industrial.

Pero este fenómeno de “solucionismo” tecnológico no se limita a la administración pública, sino que se ha extendido a la Rama Judicial, donde en aras de la eficiencia en la administración de justicia se han utilizado herramientas basadas en IA. Así, por ejemplo, el juez primero laboral del Circuito de Cartagena, en Sentencia de 30 de enero de 2023,²⁶ invocando lo dispuesto en la Ley 2213 de 2022, resolvió una acción de tutela en segunda instancia basando su decisión en las respuestas dadas por el conocido ChatGPT,²⁷ de propiedad de OpenAI.

Uno de los aspectos destacables de esta sentencia es que el juez les dio a las respuestas emitidas por el Chat GPT la condición de fuente de derecho por encima de la Constitución, la ley, los reglamentos, la jurisprudencia, la doctrina, etc., y ello a pesar de que sus soluciones al caso²⁸ consistieron en respuestas simples sin

²⁴ Consejo Nacional de Política Económica y Social, Departamento Nacional de Planeación, Documento Conpes 3975 de 8 de noviembre de 2019, 11.

²⁵ Carles Ramió, *Inteligencia artificial y administración pública. Robots y humanos compartiendo el servicio público* (Madrid: Catarata, 2019), 6.

²⁶ Acción de tutela, Radicado 13001410500420220045901.

²⁷ <https://openai.com/product/chatgpt>. Véase Juzgado Primero del Circuito de Cartagena, Sentencia de 30 de enero de 2022, Radicado 13001410500420220045901.

²⁸ El objeto de la solicitud de amparo consistía en determinar si un menor con condición de autista y perteneciente a la población catalogada por el Sisben como pobreza moderada podría ser exonerado del pago de las cuotas moderadoras requeridas por el sistema de salud para usar los servicios requeridos por el accionante.

citación de otras fuentes. Así, más allá de nombrar algunas leyes y sentencias de la Corte Constitucional, la decisión judicial se soportó argumentativamente en las conclusiones de ChatGPT, simplemente por tratarse de un sistema basado en IA, y además, a pesar que dicho sistema no tiene conexión a internet y solo cuenta con entrenamiento e información hasta 2021.

Otro caso similar fue la realización de una audiencia inicial en el marco de un proceso contencioso administrativo, donde el Tribunal Administrativo del Magdalena realizó la diligencia en el *metaverso*. Si bien esta vez no se utilizaron herramientas basadas en IA, se usó la plataforma de Facebook para su celebración, identificando a los intervinientes a partir de su perfil en dicha red social y un mensaje de texto; con esto se buscaba mayor eficiencia en el trámite de los procesos judiciales,²⁹ pero enfocándose solo en que la iniciativa mediática funcionó técnicamente, sin hacer un análisis de ventajas reales para la administración de justicia.

La utilización de la tecnología, y especialmente de la IA, como herramienta de eficiencia ha generado una corriente de pensamiento que surgió a partir de los efectos sociales producidos por la segunda revolución industrial, entre finales del siglo XIX e inicios del XX, donde se hizo posible la producción en masa, gracias a las ventajas derivadas de la electricidad y la cadena de producción,³⁰ momento en el que la tecnología irrumpió en la economía y se empezaron a producir máquinas por máquinas.³¹

En el sector público, esta búsqueda de la eficiencia ha encontrado eco debido a situaciones que se han puesto en evidencia tanto en países con democracias débiles como en los que cuentan con democracias consolidadas, en donde los ciudadanos perciben los sistemas de gobierno como caóticos, contradictorios, lentos e ineficientes, y ello en un mundo cada vez más rápido, tecnológico y competitivo.

La respuesta estatal a esta problemática ha sido acudir a la tecnología para buscar la eficiencia y el mejoramiento de sus resultados. En el caso colombiano, en la última década, el Estado implementó estrategias tendientes a obtener una mayor productividad, eficiencia y bienestar social mediante la utilización de la tecnología en el sector público, sin que se pudiera lograr dicho mejoramiento en todos los sectores del país, razón por la cual se implantaron políticas como las de gobierno abierto, *big data* e IA.

A la luz de lo anterior, es claro que los Estados modernos están buscando solucionar sus problemas de ineficiencia, corrupción e inadecuada prestación de los servicios a su cargo con la utilización de la IA y las tecnologías disruptivas, por lo cual surge la pregunta de si las soluciones tecnológicas son realmente el medio idóneo para resolver problemas estructurales del sistema democrático colombiano.

²⁹ <https://www.youtube.com/live/LXi2TX9OBmQ?feature=share>.

³⁰ Marcos López, *Fundamentos para un derecho de la inteligencia artificial. ¿Queremos seguir siendo humanos?* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), 28.

³¹ Günther Anders, *La obsolescencia del hombre*. Volumen II. *Sobre la destrucción de la vida en la época de la Tercera Revolución Industrial* (Valencia: Pre-textos, 2011), 21.

2. Inteligencia artificial, derechos humanos y sesgos algorítmicos

A partir de la utilización de los sistemas de *big data* e IA como herramientas para alcanzar la legitimación *ex post* del sistema democrático, es preciso abordar las consecuencias que su uso ha traído en el pasado cercano, haciendo especial énfasis en los sesgos algorítmicos y la afectación que estos causan a los derechos humanos.

Cuando nos encontramos en ambientes digitales es normal toparnos con términos como políticas de privacidad, recolección de datos, *cookies* necesarias, analíticas de rendimiento, sociales, etc., términos que solo se refieren a los datos, nuestros datos, su protección, divulgación y comercialización.

¿Por qué hablar de datos para referirse a IA y derechos humanos? La respuesta es simple: los datos son el combustible que hace funcionar a la IA, pues uno de los objetivos de esta tecnología es el procesamiento del *big data* o los macrodatos, los cuales pueden definirse como las tecnologías que permiten tratar cantidades masivas de datos obtenidos de diferentes fuentes, con la finalidad de darles una utilidad que genere valor y beneficios a partir de su procesamiento.³²

El procesamiento de datos que alimentan los algoritmos de IA ha generado grandes beneficios para la humanidad, como los sistemas de navegación terrestre o el fármaco capaz de acabar con las superbacterias farmacorresistentes descubierto por Regina Barzilay,³³ profesora de IA en el Massachusetts Institute of Technology (MIT). Esta, junto a su equipo, integrado por biólogos e ingenieros de datos, diseñó y entrenó un algoritmo con más de dos mil trescientos compuestos con propiedades antimicrobianas, a fin de identificar cuál de estos podría inhibir el crecimiento de una bacteria nociva para el ser humano. Cuando se anunció el descubrimiento, el *Financial Times* tituló: “La IA descubre antibiótico para tratar las enfermedades farmacorresistentes”.³⁴

Pero, más allá de ser una victoria para la IA, fue un triunfo para la inteligencia humana, pues el éxito del proyecto radicó en la forma de pensar el problema. En efecto, Barzilay no buscó rasgos moleculares que contrarrestaran las infecciones, lo que hubiera significado usar la misma estrategia de los antibióticos tradicionales a los cuales, precisamente, se resistían las bacterias, sino que enfocó su búsqueda en los rasgos que pudieran matar al microorganismo, cosa que un sistema basado en datos, patrones numéricos o aprendizaje automático no puede llegar a hacer. Por este motivo, es el momento de cuestionarnos si el término IA realmente se refiere o no a inteligencia, sumado al hecho de que tales logros médicos han formado en

³² Antonio Mozo Seoane, *Los límites de la tecnología. Marco ético y regulación jurídica* (Madrid: Reus, 2021), 117.

³³ Viktor Mayer-Schönberger, Kenneth Cukier y Francis de Véricourt, *Framers: la virtud humana en la era digital* (Madrid: Turner, 2021), 13.

³⁴ Mayer-Schönberger, Cukier y de Véricourt, *Framers*, 13.

el imaginario colectivo una creencia sobre la infalibilidad y objetividad de la tecnología, creencia que ha justificado su uso en el ejercicio del poder público, como se expondrá más adelante.

Al margen de esos eventos, que se consideran éxitos tecnológicos, es preciso llamar la atención respecto a nuestra relación con los dispositivos conectados a internet o transmisores de datos y el comercio que se ha creado alrededor de estos. Pues no solo hablamos de datos personales, como el número de identificación o la dirección de domicilio, nos referimos al historial médico, la información morfológica, las rutinas de vida, la capacidad económica o la ubicación constante en tiempo real, información que a través de sistemas de IA genera patrones y tendencias que permiten influir en las decisiones de las personas, sus hábitos de consumo o preferencias políticas, para citar algunos ejemplos, con o sin su consentimiento.

Lo anterior produce el primer riesgo al que haremos referencia en estas líneas: se trata de los derechos a la privacidad, al *habeas data* y a la protección de datos personales, reconocidos como fundamentales por el artículo 15 de la Constitución Política de Colombia.

En los términos de la referida norma, la privacidad es entendida como el espacio privado e íntimo de las personas respecto del cual no pueden tener injerencia o acceso las entidades estatales ni los particulares; por su parte, el *habeas data* es el derecho a conocer, actualizar y corregir la información personal que reposa en bases de datos públicas y privadas; mientras que el derecho a la protección de datos personales consiste en la garantía que tienen los ciudadanos de exigir, a los administradores de repositorios de información personal, el cumplimiento de las reglas y los principios referentes a la adecuada recolección, tratamiento, conservación y eliminación de la información a ellos referida.³⁵

Pero, no obstante la protección estatal de rango constitucional, es claro que en materia de *big data* las compañías tecnológicas recolectan datos en tiempo real, sea con el consentimiento de las personas, generalmente obtenido para la prestación real o prometida de bienes y servicios, o sin este, como en el caso del conocido ChatGPT antes aludido, pues pues al momento de la elaboración del presente escrito OpenAi no ha establecido una política de tratamiento de datos, ni se conoce el uso que le da a la información recaudada, pero es claro que recopila y procesa datos de sus usuarios, quienes deben registrarse y verificar su identidad previo a acceder a la referida herramienta.

En punto de los riesgos generados por los sistemas de IA, es preciso partir de la estructuración de la teoría de Alan Turing,³⁶ quien evidenció la posibilidad de diseñar

³⁵ Sol Calle, "Tecnologías emergentes y su impacto en la privacidad, ¿doctor Jekyll o señor Hyde?", en *Disrupción tecnológica, transformación digital y sociedad*. Tomo II. *Políticas públicas y regulación en las tecnologías disruptivas*, ed. por Juan Carlos Henao y Santiago Téllez Cañas (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021), 670.

³⁶ Alan Turing, "Computing machinery and intelligence", *Mind* (1950): 433-460.

máquinas capaces de pensar por sí mismas, tomar decisiones autónomas y hasta improvisar de acuerdo a su programación. Esta probabilidad teórica se convirtió en la realidad que actualmente vivimos, tanto así que los más diversos comportamientos y actividades de la vida diaria –como la relación de las personas con las entidades financieras, las recomendaciones en temas de entretenimiento, las noticias destacadas en redes sociales, la prestación de servicios de salud, el comercio electrónico, la elección de la ruta para trasladarse o la atención a los ciudadanos por parte de las entidades públicas– se realizan a través de algoritmos diseñados para tomar decisiones y para aprender de sus experiencias con el objeto de resolver situaciones futuras sin la intervención humana.³⁷

Ahora bien, pese a lo inteligente que pueda llegar a ser un sistema de IA,³⁸ una de las problemáticas producto de su utilización y que ha generado todo un debate ético se centra en los denominados sesgos algorítmicos, los cuales ponen en jaque la garantía y protección de los derechos humanos más sensibles, como son la dignidad humana, la igualdad, la no discriminación por razones de género, raza o condición socioeconómica, así como el acceso a la administración de justicia y a la libertad.

Para abordar el tema y siguiendo a Belloso,³⁹ un sesgo es *una desviación o inclinación hacia algo*, un preconceito inconsciente fundado en aspectos personales como las preferencias o los prejuicios sociales, económicos o culturales, que han sido aprendidos e interiorizados y nos permiten tomar decisiones automáticas de forma más rápida y minimizando los procesos mentales.

Sin embargo, algo tan natural de la mente humana como son las preferencias y los prejuicios son errores sistemáticos producidos en un muestreo cuando se prefieren unas respuestas sobre otras. Pero, tal como lo plantea Belloso,⁴⁰ ¿por qué se presentan estos sesgos humanos en las decisiones tomadas por la IA?

No es una pregunta fácil de responder, por cuanto los sesgos se pueden producir desde la etapa de diseño, esto es, en la programación del algoritmo, pero también en su entrenamiento; pues, por ejemplo, si se le enseña a identificar rostros humanos con solo un segmento de la población, quienes no cumplan con esas características no serán identificados como seres humanos.

En la etapa de uso y aplicación, los algoritmos hacen sus predicciones a partir de la búsqueda de correlaciones entre los datos disponibles, momento en el cual se pueden producir sesgos por estar implícitos en los datos computados o debido a errores en el entrenamiento que no pueden ser superados por la programación inicial.

³⁷ Alfonso Delgado de Molina Ruis, “Inteligencia artificial, machine learning y deep learning”, en *Regtech y Legaltech: fundamentos y desafíos regulatorios*, dir. por Nydia Remolina (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), 97-114.

³⁸ Piénsese en el ya recordado *Chat GPT* de OpenAI, o en *Bard* de Google o *Copilot* de Windows.

³⁹ Nuria Belloso, “La problemática de los sesgos algorítmicos”, en *Inteligencia artificial y filosofía del derecho*, dir. por Fernando Llano Alonso (Murcia: Laborum, 2022), 47.

⁴⁰ Belloso, “La problemática de los sesgos algorítmicos”, 47.

Finalmente, en las etapas restantes, conocidas como la de validación y la de presentación a los promotores, se pueden generar sesgos financieros, estadísticos o de *marketing*, prefiriendo que el algoritmo tome unas decisiones respecto a otras, a fin de optimizar los resultados perseguidos por quienes financiaron su elaboración.

De acuerdo con Mark Coeckelbergh,⁴¹ la necesidad de discutir estas implicaciones parte de casos puntuales, tal como ocurrió en Estados Unidos, en el sector justicia, con el algoritmo denominado COMPAS, programado para predecir las personas que tenían altas probabilidades de reincidir en la comisión de delitos. Se evidenció que las predicciones identificaban con mayor probabilidad de reincidencia a personas afrodescendientes, situación que también ocurrió en casos de solicitudes de créditos o empleos por parte de esta última población, sin que se pudiera determinar una razón diferente al origen étnico para justificar las decisiones tomadas por la IA.

Adicionalmente, se conoció el caso de la policía predictiva en Estados Unidos y en Bélgica, donde un algoritmo se utilizó para predecir los lugares de mayor probabilidad de ocurrencia de delitos, lo que condujo a que ciertas áreas urbanas fueran estigmatizadas. Idéntica situación ocurre con el reconocimiento facial empleado para vigilancia, entre otras cosas violando la privacidad de las personas y hasta prediciendo sus preferencias sexuales.⁴²

También se ha materializado un riesgo político, pues los algoritmos en redes sociales han difundido discursos de odio, como en el caso de Chatbot Tay de Microsoft en 2016, diseñado para tener charlas lúdicas en Twitter y que, una vez empezó a decidir de forma autónoma, esparció mensajes racistas en esa red social⁴³ y llegó a incidir en las elecciones presidenciales en Estados Unidos en ese mismo año.

En materia administrativa y a pesar de la evolución tecnológica, Miranzo⁴⁴ llama la atención respecto a la necesidad de cuestionarnos sobre si este es el momento para que las administraciones públicas implementen el uso de la IA y la ciencia de datos en el cumplimiento de sus funciones, tales como el diseño de procesos de selección, de criterios habilitantes o de evaluación; y respecto de si tales herramientas podrían aumentar el índice de transparencia de los procesos de contratación estatal, no solo poniendo en evidencia actos de corrupción, sino creando alertas tempranas que condujeran a evitarlos.

Por otra parte, se debe resaltar que un sector de la doctrina ha llamado la atención sobre el riesgo de la utilización de este tipo de tecnologías, pues en materia de IA no es posible determinar las razones o motivaciones que tiene en cuenta una máquina

⁴¹ Mark Coeckelbergh, *Ética de la inteligencia artificial* (Madrid: Cátedra, 2021), 18.

⁴² Coeckelbergh, *Ética*, 19.

⁴³ Coeckelbergh, *Ética*, 20.

⁴⁴ Javier Miranzo, "Inteligencia artificial y contratación pública" en *Administración electrónica, transparencia y contratación pública*, dir. por Isaac Martín y José Antonio Moreno (Madrid: Iustel, 2020), 105-142.

para tomar una determinada decisión, ni la lógica que usa para ello,⁴⁵ lo cual genera una tensión inmediata con algunos principios constitucionales de la función administrativa, como el de transparencia y el de publicidad, y hasta con el debido proceso, si la decisión administrativa es tomada por un sistema de IA.

En la misma línea, Sánchez Graells⁴⁶ resalta el riesgo de utilizar la IA y el *block chain* en la contratación pública, pues dicha tecnología opera a través de la recopilación de datos, los cuales no siempre son de buena calidad o confiabilidad, lo cual podría llevar al Estado a tomar decisiones sobre la base de datos inexactos o erróneos, con el riesgo que ello conlleva, si bien resaltando que tanto la IA basada en *Deep Learning* como el adecuado proceso de recopilación y procesamiento de datos pueden llevar al mejoramiento del proceso de contratación.

Para mitigar esta situación problemática se han propuesto varias metodologías y soluciones, que pasan por regulaciones normativas –como pueden ser leyes, o los reglamentos emitidos por la Unión Europea en la materia–, por propuestas éticas –como las diseñadas por la Unesco y otros organismos multilaterales–, así como por soluciones tecnológicas –como las diseñadas para evitar los sesgos algorítmicos y que pueden incluir hasta la creación de una nueva categoría de derechos fundamentales en el ámbito digital para proteger a las personas potencialmente vulnerables a la discriminación algorítmica–.

Sin embargo, los sesgos algorítmicos se producen principalmente en el momento de su diseño, pues los programadores imprimen sus propias creencias (consciente o inconscientemente); debido a ello, al momento de ser liberados los algoritmos, pueden segmentar o discriminar a individuos pertenecientes a ciertos grupos poblacionales, los cuales pueden notar o no la producción del sesgo. Es lo que ocurre en el caso de los asistentes artificiales *Siri*, *Alexa* y *Cortana*, propiedad de Apple, Amazon y Windows, respectivamente, los cuales tienen nombre y voz femenina, hecho que ha sido catalogado como un sesgo de género imperceptible.⁴⁷ Por las citadas razones es preciso preguntarse: si el avance tecnológico de la IA actual produce esta serie de “errores o mal funcionamiento”, ¿los Estados deberían utilizarla para la toma de decisiones públicas de forma autónoma?

Con ese cuestionamiento en mente, valga proponer un escenario hipotético a fin de invitar al lector a hacer su propia reflexión sobre el particular. En la actualidad existen vehículos autónomos o no tripulados, que tienen como función principal transportar de un punto a otro, de forma segura, a su pasajero sin intervención humana. ¿Qué ocurriría si, durante el trayecto, se atraviesa una persona y el vehículo debe decidir si evita el atropellamiento, con una alta probabilidad de que se lesione

⁴⁵ Coeckelbergh, *Ética*, 16.

⁴⁶ Albert Sanchez-Graells, “Data-driven and digital procurement governance: revisiting two well-known elephant tales”, *Communications Law - Journal of Computer, Media and Telecommunications Law* (2019), <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3440552>.

⁴⁷ Belloso, “La problemática de los sesgos algorítmicos”, 60.

la persona que está en su interior, o arrollar al peatón?, ¿cuáles serían los parámetros éticos que debería valorar el algoritmo? Y si cambiamos el vehículo por un dron que funciona con IA y cuenta con armamento de última tecnología, ¿cuál sería la conclusión ante un dilema ético?

Lo anterior evidencia la necesidad de analizar desde las humanidades el uso seguro de la IA y la conveniencia de someterla a la sociedad, así como la oportunidad de diseñar mecanismos tendientes a la protección de los derechos humanos, cuya lesión puede ocurrir en cualquier momento.

Adicionalmente y como se resaltó líneas atrás, el Estado colombiano está implementando la IA para aumentar sus indicadores de eficiencia en la prestación de los servicios a su cargo, dejando en manos de algoritmos la decisión de asuntos particulares de competencia exclusiva del Estado, sin que se hayan estudiado o siquiera dimensionado los efectos sociales que podría llegar a producir un sesgo algorítmico frente a los ciudadanos; con mayor razón teniendo en cuenta que hablamos de un país diverso, multicultural y pluriétnico, en los términos del artículo 7 de la Constitución, es decir que el universo de personas que se podrían ver afectadas en sus derechos puede ser mayor que en el caso de Europa o Norteamérica.

Por lo anterior, es necesario atender a las experiencias internacionales referentes a posibles situaciones de discriminación, teniendo en cuenta que la tecnología usada en otras latitudes funciona de la misma forma que en Colombia, lo que aumenta el riesgo para los derechos humanos de los ciudadanos destinatarios de las decisiones automáticas.

Además de lo anterior, los sistemas basados en IA, como cualquier otro tipo de propiedad intelectual, se encuentran protegidos por registros y patentes que amparan los derechos de autor de las compañías proveedoras de esta tecnología, razón por la cual la administración pública adquiere licencias de uso mas no la titularidad de los códigos fuente de los algoritmos; esta situación, en la práctica, significa que el Estado paga por entrenarlos y corre con las consecuencias en caso de sesgos algorítmicos o de la producción de daños a terceros, pero la compañía tecnológica propietaria de la IA solo es responsable en los términos del contrato suscrito con la entidad pública contratante, y nada impide que sobre la base del mismo desarrollo cree y comercialice otros sistemas de IA.

3. El enfoque de los derechos humanos frente a los sesgos algorítmicos

Como se ha expuesto líneas atrás, el uso de la IA ha traído consigo una serie de efectos negativos respecto a la garantía y protección de los derechos humanos, pues los llamados sesgos algorítmicos han generado situaciones de discriminación por razones de raza, género, condición social o religiosa, situación que, traída al ejercicio del poder público, implica un riesgo aún mayor, pues no se trata simplemente de

que un grupo poblacional esté siendo discriminado, sino que sería el propio Estado el causante de tal situación.

Bajo esa perspectiva, es necesario analizar cómo, desde el derecho constitucional, se pueden proteger los derechos humanos afectados por las tecnologías disruptivas, poniendo el acento en los sesgos algorítmicos en los cuales hemos centrado esta breve reflexión.

En los términos señalados en los acápites precedentes, el uso de sistemas basados en IA, *big data* e internet de las cosas ha generado una afectación significativa a los derechos a la privacidad, a la intimidad, a la dignidad humana, a la libertad en sus múltiples facetas y al debido proceso. Pues, en efecto y como se afirmó antes, los algoritmos diseñados para determinar si una persona puede acceder a libertad condicional, a un crédito bancario, a beneficios sociales o exenciones de impuestos, en caso de basar sus decisiones en prejuicios de orden racial, étnico, de género o aspectos similares de la esfera individual de las personas, afectan uno o varios de los referidos derechos, situación que se agrava con la dificultad para identificar en tiempo real cuándo se materializa el sesgo; hecho este que, a diferencia del *big data*, aún no puede ser parametrizado o estandarizado a fin de evitarlo o mitigarlo.

En ese sentido, respecto a los efectos producidos por los sesgos algorítmicos, De Asís⁴⁸ propone contrarrestarlos mediante la utilización de la transparencia y publicidad de los datos, la participación en el diseño de aquellos y la formación en ética digital, atendiendo siempre a la diversidad. En esa línea, sostiene que los efectos discriminatorios producidos por el uso de la IA deben abordarse desde la óptica de los derechos fundamentales, más que desde la ética digital, utilizando mecanismos para proteger a los ciudadanos en el entorno digital.

Es preciso resaltar que el estudio de las consecuencias producto del uso de la IA es interdisciplinario, por cuanto estas involucran el derecho, las ciencias computacionales (término que abarca a todas las involucradas) y algunas ciencias sociales como la sociología, la ética y la moral. Así como la solución a la discriminación producto de los sesgos algorítmicos no puede provenir de una sola de estas áreas del conocimiento, y, por tanto, pensar que la discriminación va a desaparecer porque elevemos a una ley positiva algún marco ético o algunas reglas para tratar de eliminarlos es sumamente ingenuo, pues equivale a pensar que la tasa de homicidios se va a reducir a cero por el hecho de tipificar dicha conducta en el Código Penal.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la utilización de la IA para tomar decisiones automáticas es un reflejo de la corriente transhumanista, que aboga por el mejoramiento moral de la especie a través de la utilización de la edición genética del cuerpo

⁴⁸ Rafael de Asís, “Ética, tecnología y derecho”, en *Inteligencia artificial y filosofía del derecho*, dir. por Fernando Llano Alonso (Murcia: Laborum, 2022), 29.

humano y de la tecnología para promover cambios culturales, sociales y políticos, a partir de la IA y el *big data*.⁴⁹

Harari⁵⁰ explica la corriente transhumanista a partir de uno de los postulados defendidos por esta: según dicho postulado, el universo se reduce a flujos de datos, y el valor de las cosas y los fenómenos depende de su capacidad para procesarlos o de su contribución a dicho proceso; la ventaja que ofrece esta línea de pensamiento es la identificación *de los datos* como el común denominador de todas las áreas del conocimiento, lo cual permite analizar con los mismos métodos la *Quinta sinfonía* de Beethoven, la burbuja de la bolsa de valores y el virus de la gripe,⁵¹ teniendo en cuenta que siempre son tan solo flujos de datos. Con lo cual se valoran los hechos y la razón dejando de lado las emociones humanas.

De acuerdo con esta corriente de pensamiento, podemos confiar completamente en los datos y los algoritmos para resolver nuestros problemas y mejorar nuestros resultados por medio de la automatización, prefiriendo la IA sobre las capacidades humanas.

También confían en que la tecnología suministre un proceso de toma de decisiones racional, objetivo, imparcial, que los humanos somos incapaces de realizar, razón por la cual confían en mantener el poder mientras la IA se encarga de las tareas operativas cotidianas.⁵² Bajo esa perspectiva, limitar la solución a esta problemática al diseño de marcos éticos o a la expedición de normas del nivel que sea no va a mitigar la discriminación algorítmica, así dichas reglas busquen el reconocimiento de nuevos derechos y garantías en el ámbito digital; pues, así como la IA es un área interdisciplinaria del conocimiento, la solución debe tener ese mismo enfoque, y no abordar la cuestión desde varias ópticas pone en riesgo la efectividad de los remedios que se intente aplicar.

A título de ejemplo, si se crearan nuevos derechos humanos como única acción correctiva de los sesgos algorítmicos, la sobreproducción de derechos disminuiría su efectividad, así como la de los mecanismos para su protección, pues se produciría un efecto similar a la inflación en términos económicos, tal como lo afirma de Asís.⁵³

Belloso,⁵⁴ a su turno, explica los otros mecanismos que se han propuesto para la supresión de sesgos algorítmicos en sistemas de IA, consistentes en la participación de personas potencialmente susceptibles de ser víctimas de discriminación a fin de evitar que en la etapa de desarrollo se puedan presentar dichos prejuicios.

⁴⁹ Antonio Diéguez, *Cuerpos inadecuados. El desafío transhumanista a la filosofía* (Barcelona: Herder, 2021), 81.

⁵⁰ Yuval Noah Harari, *Homo Deus. Breve historia del mañana* (Barcelona: Penguin Random House, 2021), 400.

⁵¹ Harari, *Homo Deus*, 400.

⁵² Mayer-Schönberger, Cukier y de Véricourt, *Framers*, 26-27.

⁵³ de Asís, “Ética, tecnología y derecho”, 38.

⁵⁴ Belloso, “La problemática de los sesgos algorítmicos”, 53.

Por otra parte, están las contramedidas para combatir los prejuicios algorítmicos, que consisten en incluir las políticas antidiscriminación dentro de las normas del aprendizaje automático, lo que es aplicable a cualquier sistema de IA.

Dichas medidas, también se centran en el proceso de recolección y tratamiento de los datos y en el entrenamiento algorítmico a partir de estos, es decir que, en las etapas de entrenamiento y presentación de los algoritmos, se debe hacer una revisión tendiente a evidenciar la presencia de sesgos, con la participación de los grupos potencialmente susceptibles de ser discriminados.

Ahora bien, teniendo en cuenta que los sesgos se pueden producir en cualquier momento, Belloso propone someter los sistemas de IA a una auditoría algorítmica periódica, tendiente a diagnosticar sesgos y proponer acciones correctivas; que es lo que hace Eticas Consulting, la compañía que diseñó la primera *Guía de Auditoría Algorítmica* con enfoque en los sesgos.⁵⁵

En ese orden de ideas, si bien el ámbito de los derechos humanos es la óptica desde la que se deben abordar los efectos del uso de la IA, al ser estos los afectados con la producción de sesgos, no es posible afirmar que la creación de nuevos derechos, la educación en ética, las metodologías para auditorías algorítmicas, las herramientas antis sesgos, el diseño de políticas u otros remedios tecnológicos sean la solución para mitigar la discriminación algorítmica, pues la IA y los sesgos que se pueden producir cuando ella está en operación no son iguales en todos los casos: en efecto, no es lo mismo una máquina que decide si se otorga un crédito bancario que una que debe resolver un conflicto u otra que fija precios para competir en el mercado.

Es decir que, en la actualidad, la única forma para determinar si un enfoque, una regulación o una herramienta tecnológica puede evitar, o al menos alertar de la producción de un sesgo algorítmico es probarlo directamente en la población destinataria de las decisiones que se pretenden automatizar, lo cual no es otra cosa que experimentar con humanos, generando automáticamente una afectación a la dignidad humana.

Conclusiones y reflexiones finales

A manera de conclusión, valga llamar la atención respecto a la utilización de los sistemas basados en IA para realizar tareas propias de las competencias del Estado, hecho que evidencia la falta de legitimación del sistema democrático en Colombia y el intento de los gobiernos por legitimarlo *ex post*, mediante estrategias basadas en redes sociales, *big data* e IA.

Con el auspicio de organismos multilaterales como la OCDE y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Colombia diseñó la política pública de transformación digital del Estado, con la finalidad de volcar a los sectores público y privado

⁵⁵ Belloso, "La problemática de los sesgos algorítmicos", 53.

a la realización de sus competencias y actividades mediante el uso de tecnologías disruptivas, para lograr mayores índices de eficiencia en su gestión.

La IA ha sido usada en Colombia para la toma de decisiones administrativas y judiciales, sin embargo, no se han realizado estudios o análisis sobre el impacto de dicha tecnología en los ciudadanos, destinatarios de esas decisiones automáticas; pero, eso sí, se ha generado en el imaginario colectivo la creencia de que la IA es segura, confiable, objetiva y más eficiente que los seres humanos, como lo demostrarían sus éxitos en el campo de la medicina, lo que la haría prácticamente incuestionable.

Algunos efectos que estas tecnologías han causado en la población implican la vulneración de sus derechos humanos, pues las garantías mínimas, como la privacidad, la intimidad, el *habeas data*, la dignidad, la igualdad, la libertad, el debido proceso y sus mecanismos de protección, se han visto gravemente afectados por las grandes compañías tecnológicas, las cuales aprovechan la relación entre las personas y los dispositivos digitales para recaudar y procesar sus datos, a fin de comercializarlos e influir en todos los ámbitos de sus vidas, con o sin el consentimiento de los titulares de la información.

Asimismo, los derechos humanos se han venido poniendo en riesgo con el uso de sistemas de IA, pues el uso de dicha tecnología en los sectores públicos y privados ha generado que la toma de decisiones automáticas incluya sesgos raciales, de género y socioeconómicos, entre otros, los cuales han afectado a grupos poblacionales en su dignidad y su patrimonio, por el solo hecho de su pertenencia a ellos.

En el sector público se han puesto en funcionamiento múltiples iniciativas para modernizar y aumentar los índices de eficiencia estatal con el uso de algoritmos, los cuales en algunos casos (como los citados en este escrito) han discriminado a personas consideradas como minorías, situación que se ha intentado explicar por los expertos en la materia señalando que al momento de programar los algoritmos las creencias y los prejuicios de los desarrolladores quedan implícitas en aquellos, dado que, en muchos casos, los desarrolladores pertenecen a grupos poblacionales propensos a excluir a grupos vulnerables.

Otro momento de aparición de los sesgos es el procesamiento de los datos, pues en muchos casos la calidad de la información está permeada por errores que, al momento de generar las parametrizaciones y estandarizaciones necesarias para producir las predicciones, los patrones o tendencias, arrojan conclusiones erróneas y, en consecuencia, la toma de decisiones equivocadas o injustas.

Las vulneraciones de los derechos humanos producto de los sesgos algorítmicos han sido un fenómeno ampliamente estudiado, y sobre esa base se han propuesto múltiples formas de mitigar sus efectos, tales como el diseño de marcos éticos que pretenden evitar los sesgos a partir de un catálogo de reglas y buenas prácticas que deberían seguir los programadores.

Otro mecanismo para evitar los sesgos consiste en vincular a personas pertenecientes a grupos poblacionales potencialmente susceptibles de ser discriminados, a fin de evitar que en el diseño inicial se incluyan prejuicios; así como de la inclusión de

políticas antidiscriminatorias en las reglas de programación y el procesamiento de datos mediante *big data*, y sometiendo su funcionamiento a auditorías periódicas, con la creación de nuevos derechos humanos para la era digital, la educación en ética y la transparencia de los datos, entre otras iniciativas que apuntan al mismo objetivo.

Sin embargo, teniendo en cuenta este panorama, se evidencian situaciones sumamente problemáticas para la sociedad actual, pues se están liberando al público en general, sistemas de IA sin ningún tipo de control o entrenamiento, para ser usados por la población sin siquiera saber cuál es el riesgo que se corre por esta interacción.

El Estado ha venido implementando el empleo de esta tecnología para el cumplimiento de sus funciones, y con la pretensión de hacerlo al margen de los sesgos. Pero el hecho es que, cuando las administraciones públicas usan los sistemas de IA, no son propietarias del código fuente de los algoritmos, pues estos están salvaguardados por registros y patentes que protegen los derechos de autor de las compañías proveedoras de la tecnología; lo cual significa que el Estado paga por el uso y además entrena los algoritmos y corre con las consecuencias en caso de errores técnicos, sesgos o daños a terceros, mientras la compañía tecnológica sigue siendo la única propietaria de la IA, lo cual abre el espacio para otro debate.

Finalmente, es preciso reiterar una de las reflexiones hechas a lo largo del escrito, en el sentido de que, si esta tecnología se encuentra en plena etapa de desarrollo, en la actualidad no es posible determinar todos los efectos que puede producir su uso; además de que las consecuencias conocidas ya han sido en algunos casos nefastas para la garantía y el respeto de los derechos humanos. Así las cosas, ¿no deberíamos cuestionarnos si, a pesar de que se puedan tomar decisiones públicas automáticas desde el punto de vista técnico, es necesario dar primero este debate, antes de usar la IA en el sector público, en atención al riesgo que se genera para los derechos humanos, evitando con ello que el Estado los vulnere de forma automática (siendo tales derechos, dicho sea de paso, el resultado de múltiples luchas sociales y políticas de la humanidad)?

A lo mejor, hasta tanto no se tenga definido el uso seguro de la IA por parte del Estado, se deba considerar que aún no es el momento para emplearla como herramienta en el cumplimiento de las funciones estatales, aun cuando técnicamente sea posible realizarlas en menor tiempo y con menor esfuerzo y costo, puesto que la búsqueda de la eficiencia administrativa y judicial no puede justificar que se ponga siquiera en riesgo la garantía de los derechos humanos de los ciudadanos.

Bibliografía

- ANDERS, Günter. *La obsolescencia del hombre*. Volumen II. *Sobre la destrucción de la vida en la época de la Tercera Revolución Industrial*. Valencia: Pre-textos, 2011.
- BARONA VILLAR, Silvia. *Algoritmización del derecho y de la justicia. De la inteligencia artificial a la Smart Justice*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

- BELLOSO, Nuria. “La problemática de los sesgos algorítmicos”. En *Inteligencia artificial y filosofía del derecho*, dir. por Fernando LLANO ALONSO. Murcia: Laborum, 2022.
- CALLE, Sol. “Tecnologías emergentes y su impacto en la privacidad, ¿doctor Jekyll o señor Hyde?”. En *Disrupción tecnológica, transformación digital y sociedad*. Tomo II. *Políticas públicas y regulación en las tecnologías disruptivas*. Editado por Juan Carlos HENAO y Santiago TÉLLEZ CAÑAS. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2021.
- COECKELBERGH, Mark. *Ética de la inteligencia artificial*. Madrid: Cátedra, 2021.
- CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL, República de Colombia, Departamento Nacional de Planeación. Documento Conpes 3975 de 8 de noviembre de 2019, “Política Nacional para la Transformación Digital e Inteligencia Artificial”. <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3975.pdf>.
- DE ASÍS, Rafael. “Ética, tecnología y derecho”. En *Inteligencia artificial y filosofía del derecho*, dir. por Fernando LLANO ALONSO. Murcia: Laborum, 2022.
- DEL ÁGUILA, Rafael. “La política: el poder y la legitimidad”. En *Manual de ciencia política*, coord. por Rafael DEL ÁGUILA. Madrid: Trotta, 2000.
- DELGADO DE MOLINA RUIS, Alfonso. “Inteligencia artificial, machine learning y deep learning”. En *Regtech y Legaltech: fundamentos y desafíos regulatorios*, dir. por Nydia REMOLINA. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- DIÉGUEZ, Antonio. *Cuerpos inadecuados. El desafío transhumanista a la filosofía*. Barcelona: Herder, 2021.
- FERRARI, Vincenzo. *Funciones del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.
- HABERMAS, Jürgen. *Ciencia y técnica como “ideología”*. Madrid: Tecnos, 2007.
- HARARI, Yuval. *Homo Deus. Breve historia del mañana*. Barcelona: Penguin Random House, 2021.
- LAFONT, Cristina. *Democracia sin atajos*. Madrid: Trotta, 2021.
- LÓPEZ, Marcos. *Fundamentos para un derecho de la inteligencia artificial. ¿Queremos seguir siendo humanos?* Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor, Kenneth CUKIER y Francis DE VÉRICOURT. *Framers: la virtud humana en la era digital*. Madrid: Turner, 2021.
- MIRANZO, Javier. “Inteligencia artificial y contratación pública”. En *Administración electrónica, transparencia y contratación pública*, dir. por Isaac MARTÍN y José Antonio MORENO. Madrid: Iustel, 2020.
- MOZO SEOANE, Antonio. *Los límites de la tecnología. Marco ético y regulación jurídica*. Madrid: Reus, 2021.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE). *The Strategic and Responsible Use of Artificial Intelligence in the Public Sector of Latin America and the Caribbean*, 22 de marzo de 2022. <https://www.oecd-ilibrary.org/governance/>

[the-strategic-and-responsible-use-of-artificial-intelligence-in-the-public-sector-of-latin-america-and-the-caribbean_1f334543-en.](#)

PADRÓN, Floralba. "Presentación". *¿El Estado constitucional en jaque?* Tomo I. *Los retos del componente democrático*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.

PINZÓN, Mario. *Aproximaciones al Análisis Económico del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

RAMIÓ, Carles. *Inteligencia artificial y administración pública. Robots y humanos compartiendo el servicio público*. Madrid: Catarata, 2019.

RÚA, Carlos. "La legitimidad en el ejercicio del poder político en el Estado social de derecho. Una revisión desde el caso colombiano". *Ius et Praxis* 19, n.º 2 (2013). <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122013000200004>.

SANCHEZ-GRAELLS, Albert, "Data-driven and digital procurement governance: Revisiting two well-known elephant tales". *Communications Law - Journal of Computer, Media and Telecommunications Law* (2019). <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3440552>.

SCHWAB, Klaus. *La Cuarta Revolución Industrial*. Barcelona: Debate, 2018.

TURING, Alan. "Computing machinery and intelligence". *Mind* (1950): 433-460.

WEBER, Max. *Economía y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica, 2014.

Wilson Engelmann (Brasil)*
Raquel Von Hohendorff (Brasil)**
Sérgio Vinícius Grams de Matos (Brasil)***

O meio ambiente como direito fundamental e o princípio do não retrocesso: observações desde o direito brasileiro

RESUMO

O meio ambiente e a Terra estão conectados umbilicalmente e são os meios que possibilitam vida humana digna e saudável. Assim, o artigo examina o Direito Constitucional-Ambiental brasileiro, sustentado pela concepção do “Estado socioambiental de Direito”, como alicerce jurídico para a implementação do princípio do não retrocesso ambiental. Com ações governamentais contrárias a esse princípio, pode-se dizer que o Brasil está caracterizando o retrocesso na proteção do ambiente. Se destaca que os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) são métricas para se avaliar a materialidade do não retrocesso ambiental, pois conectam as decisões internas com as internacionais, já que o ambiente é um bem global, onde se observa uma simbiose entre o local e o global. A pesquisa é bibliográfica e documental. A estruturação jurídico-legislativa existente no Brasil, além da hermenêutica constitucional, basta desde que ocorra a efetiva concretude com ações e decisões, que se encontram, desde 2023, novamente em andamento.

* Doutor e mestre em Direito Público, no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos; realizou estágio de pós-doutorado em Direito Público-Direitos Humanos no Centro de Estudios de Seguridad (Ceseg) da Universidade de Santiago de Compostela, Espanha; professor e pesquisador do Programa de Pós-graduação em Direito, com mestrado, doutorado e mestrado profissional em Direito da Empresa e dos Negócios, ambos da Unisinos; bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq; líder do Grupo de Pesquisa Jusnano; wengelmann@unisinos.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0012-3559>.

** Doutora e mestra em Direito Público Unisinos, pós-doutora em Direito Público da Universidade de Las Palmas de Gran Canaria, Espanha. Professora do Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos; rhohendorff@unisinos.br. Orcid: [0000-0001-7543-2412](https://orcid.org/0000-0001-7543-2412).

*** Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos; advogado; vinicius-grams@hotmail.com. Orcid [0000-0001-4247-0786](https://orcid.org/0000-0001-4247-0786).

Palavras-chave: meio ambiente; princípio do não retrocesso; direito brasileiro.

The environment as a fundamental right and the principle of non-regression: Comments from a Brazilian law perspective

ABSTRACT

The environment and the Earth are connected umbilically and are what make a dignified and healthy human life possible. In this sense, this article examines Brazilian constitutional-environmental law, supported by the concept of the “socioenvironmental rule of law,” as a legal basis to implement the principle of environmental non-regression. Through government actions contrary to this principle, it can be said that Brazil is showing a regression in the protection of the environment. The Sustainable Development Goals (SDGs) are metrics to evaluate the materiality of environmental non-regression, for they connect domestic decisions to international ones, as the environment is a global good where a symbiosis between the local and the global can be observed. The research is bibliographical and documentary. The existing legal-legislative framework in Brazil, along with constitutional hermeneutics, are sufficient, provided they are effectively implemented through actions and decisions, which, starting in 2023, are once again underway.

Keywords: Environment; non-regression principle; brazilian law.

Die Umwelt als Grundrecht und der Grundsatz der Erhaltung bestehender Schutzstandards: Beobachtungen auf der Grundlage des brasilianischen Rechts

ZUSAMMENFASSUNG

Umwelt und Erde sind wie durch eine Nabelschnur miteinander verbunden, sie ermöglichen ein menschenwürdiges, gesundes Leben. Aus dieser Perspektive analysiert der Beitrag das brasilianische Umweltverfassungsrecht, das sich auf die Konzeption des „sozial-ökologischen Rechtsstaats“ als juristischer Grundlage für die Umsetzung des Grundsatzes der Beibehaltung bestehender Schutzstandards stützt. Angesichts von Regierungsvorhaben, die diesem Grundsatz widersprechen, lässt sich feststellen, dass Brasilien beim Umweltschutz Rückschritte macht. Es muss hervorgehoben werden, dass es sich bei den nachhaltigen Entwicklungszielen (SDG) um metrische Ziele handelt, um die tatsächliche Beibehaltung der Umweltschutzstandards evaluieren zu können, indem die Entscheidungen auf nationaler und internationaler Ebene miteinander verknüpft werden; letzten Endes ist die Umwelt ein globales Gut, bei dem eine Symbiose zwischen der lokalen und globalen Ebene zu beobachten ist. Bei der Untersuchung handelt es sich um eine bibliografische und dokumentarische Recherche. Die derzeitige rechtlich-legislative Struktur ist zusammen mit der konstitutionellen Hermeneutik ausreichend, sofern sie mithilfe der Aktionen und Entscheidungen, die seit 2023 wieder getroffen werden, mit Leben erfüllt wird.

Schlüsselwörter: Umwelt; Grundsatz der Erhaltung bestehender Schutzstandards; brasilianisches Recht.

Introdução

Ao longo dos anos, o meio ambiente e a natureza sucessivamente sofreram diversos danos a partir da ação do homem e da sociedade. Na América Latina, as violações ao meio ambiente têm como grande marco inicial a chegada dos europeus, os quais, conforme se conhece da história, passaram a colonizar e explorar o “Novo Mundo”.

Foi especialmente a partir da colonização que, no Brasil, se deu início a um processo (ou cultura) constante de desmatamento e subjugação do meio ambiente, que deveria ser “dominado”. A despreocupação com o meio ambiente e com a sustentabilidade – conceito esse que veio a ser discutido apenas muitos anos mais tarde – ocasionou diversos problemas históricos ao meio ambiente brasileiro, o qual foi total e completamente mercantilizado pelos europeus.¹

Em contrapartida, durante o período do império, no Segundo Reinado,² em meio a crises envolvendo recursos hídricos e até mesmo mudanças climáticas ocasionadas pelo desmatamento, certa “consciência ambiental” foi um dos impulsionadores para uma das maiores ações de reflorestamento já vistas no mundo. Seu objetivo foi recuperar áreas de mata nativa anteriormente devastadas por queimadas para plantio de café no Rio de Janeiro.³ Esse fato é um ponto marcante para a história da proteção da natureza e do Direito Ambiental no Brasil. Doravante, em um constante processo de amadurecimento que dura até os dias de hoje, cada vez mais se estabelece, dentro do Direito Ambiental, limites à ação humana. Reiteradamente buscam-se formas de construir uma sociedade que conviva em harmonia com a natureza, isto é, uma sociedade mais sustentável.

Desde o reconhecimento do meio ambiente como direito fundamental dentro do ordenamento jurídico brasileiro até o seu atual processo de reconhecimento como direito humano fundamental perante a Organização das Nações Unidas (ONU),⁴ grande foi o progresso da sociedade na sua busca por garantir às futuras gerações um planeta minimamente saudável e habitável. Se destaca como marco contemporâneo importante no Brasil a consagração constitucional, em 1988, do chamado “meio

¹ Inclusive, o Brasil veio a assim ser chamado especialmente em razão da mercantilização da árvore “pau-brasil” para a Europa. O espécime, por sua vez, chegou a sofrer risco de extinção em razão de sua exploração desenfreada. José Augusto Drummond, *Devastação e preservação ambiental: Os parques nacionais do estado do Rio de Janeiro* (Niterói: Eduff, 1997), 66-7. Acesso em 10 de abril de 2023. <http://www.eduff.uff.br/index.php/livros/593-devastacao-e-preservacao-ambiental-os-parques-nacionais-do-estado-do-rio-de-janeiro>.

² “Reflorestamento da Flores da Tijuca: Programa comemora 150 anos do reflorestamento e mostra os cuidados”, Portal EBC, 2011. Acesso em 10 de abril de 2023. <https://tvbrasil.ebc.com.br/expedicoes/episodio/reflorestamento-da-floresta-da-tijuca>.

³ Luiza Franco, “O tempo em que o Rio de Janeiro secou após destruir floresta por café”, BBC News Brasil, 2019. Acesso em 16 de abril de 2023. <https://www.bbc.com/portuguese/geral-49530574>.

⁴ Renan Costa Valle Scarano, *Direitos humanos e diversidade* (Porto Alegre: Segah, 2018). <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788595028012/pageid/1>.

ambiente ecologicamente equilibrado”, de “uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”, emergindo um “dever fundamental” endereçado tanto ao Poder Público, quanto a todos os membros da sociedade brasileira, a fim de que se possa assegurar e garantir a vida das atuais e futuras gerações.⁵ Esse dispositivo constitucional instituiu uma verdadeira cláusula ética, permitindo “[...] manter abertas as oportunidades para que as gerações vindouras sejam capazes de tomar decisões em uma situação de liberdade de escolha”⁶ em igualdade de condições com as gerações atuais. Aqui surge, igualmente, a base estruturante do princípio do não retrocesso ambiental. Dentro desse contexto, o objetivo geral do presente artigo é estudar as contribuições jurídicas brasileiras para assegurar a implementação do princípio do não retrocesso ambiental para a preservação da vida saudável e equilibrada das atuais e futuras gerações. A partir disso, o problema de pesquisa deste estudo tem os seguintes contornos: Quais são as contribuições que o Direito Constitucional-Ambiental brasileiro traz para a prática do princípio do não retrocesso em matéria ambiental? Essa concepção jurídica que está no problema de pesquisa se orienta pela noção do “Estado Socioambiental de Direito”, no qual se tem a normatização da atividade econômica, focando no respeito a valores sociais – para o desenvolvimento humano – e ambientais, orientados pelo princípio do não retrocesso.

Para tanto, a pesquisa será desenvolvida a partir do método de revisão bibliográfica e documental, aqui se incluindo as fontes legislativas brasileiras e os documentos internacionais aplicáveis ao tema.

Além disso, em prol de solucionar o problema proposto, bem como atingir o objetivo geral estabelecido, buscar-se-á com a presente pesquisa, especificamente:

- a) estabelecer os elementos que estruturam o paradigma para a proteção da natureza e do meio ambiente no ordenamento jurídico brasileiro nos dias atuais;
- b) conhecer o princípio do não retrocesso no tocante à proteção e preservação do meio ambiente, incluindo os seus desafios e riscos;
- c) analisar a importância dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) como uma métrica para avaliar os avanços ou retrocessos em matéria ambiental no Brasil.

O tema se justifica pela existência da previsão constitucional moderna e inovadora de proteção ao meio ambiente, dado o reconhecimento do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental. Apesar disso, se encontraram na história brasileira recente pontos de retrocesso da tutela ambiental no

⁵ Redação do “caput”, do artigo 225, da CF/88. Brasil. *Constituição de 1988*, Constituição, aprovada em 5 de outubro de 1988. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

⁶ Andreas Joachim Krell, “Comentário ao art. 225, *caput*, da CF de 1988”, em *Comentários à Constituição do Brasil*, ed. J. J. Gomes Canotilho *et al.*, 2.^a ed. (São Paulo: Saraiva, 2018), 2.176-83.

âmbito nacional. Para tanto, será realizada uma análise sobre o (não) cumprimento dos ODS no país, tentando estabelecer o quão grave é a crise ambiental dentro do estado brasileiro.

Ademais, a busca pela resolução do problema da presente pesquisa explica-se em razão do contraste existente entre a proteção jurídica garantida ao meio ambiente no Brasil e a sua prática cotidiana, consubstanciada muitas vezes na omissão ou desídia governamental e na supressão de mecanismos de guarda do direito ao meio ambiente. Fatores estes que podem ser observados desde as tragédias de Mariana e Brumadinho, em que a falta de cuidado Estatal com o princípio da precaução foi um dos motores para a devastação de ecossistemas, evidenciando uma lacuna de efetiva fiscalização por parte do Poder Público e um desrespeito por parte das organizações empresariais às normas constitucionais-ambientais vigentes no Brasil⁷, até as queimadas no Pantanal e ao aumento constante do processo de desmatamento da Floresta Amazônica, que cada vez mais faz observar o agravamento do processo de mudanças climáticas e da precarização da qualidade de vida em nosso planeta.

1. O meio ambiente na Constituição Federal Brasileira de 1988

No Brasil, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88), o meio ambiente é reconhecido como direito fundamental do povo brasileiro. Nos termos do artigo 225 da CF/88:⁸ “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Acerca de tal conceito, inclusive, apraz referir estar o mesmo em constante mudança e evolução, tornando-se a cada dia mais complexo e completo – uma vez que surgiram novas dimensões (ou gerações) de direitos desde que os Direitos Humanos foram reconhecidos pela ONU através da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) em 1948.⁹

Para garantir a dignidade da pessoa humana, é necessário, entre outros aspectos, promover respeito e comunhão entre os seres que “integram a rede da vida” como forma de defesa do ambiente em que vivemos (para que se mantenham as mínimas condições essenciais à vida humana), em certa homenagem também ao princípio

⁷ Beatriz Jucá, “Responsável por fiscalizar barragens, ANM já admitiu falta de verba para vistorias ‘in loco’”, em *El País*. São Paulo, 8 fevereiro 2019. Acesso em 10 jul. 2023. https://brasil.elpais.com/brasil/2019/02/07/politica/1549559820_961591.html.

⁸ *Constituição de 1988*.

⁹ Nações Unidas, *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III), aprovada em 10 de dezembro de 1948. Acesso em 10 de abr. 2023. <https://www.unicef.org/brasil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>.

da solidariedade intergeracional.¹⁰ Dentro de uma das mais recentes dimensões de direitos se encontra o direito ao meio ambiente¹¹ – o qual é de imprescindível proteção: tanto para garantir uma boa qualidade de vida para a geração atual e para as futuras (especialmente na forma do princípio do desenvolvimento sustentável e da solidariedade intergeracional), quanto para garantir a preservação desse patrimônio que é o meio ambiente. Cabe destacar uma decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que deverá servir de modelo para a atuação ambiental no Brasil: a preocupação com as futuras gerações não poderá se limitar a determinado limite temporal, como o caso julgado no primeiro semestre de 2021 contra a Lei Federal sobre Proteção Climática (*Klimaschutzgesetz* – KSG), aprovada no final de 2019. Ao decidir a reclamação constitucional, o tribunal reconheceu a violação aos “deveres estatais de proteção ambiental e climática” no âmbito da Lei Federal sobre Proteção Climática (KSG) de 2019, a qual, segundo o tribunal, teria distribuído de modo desproporcional – entre as gerações presentes e as gerações mais jovens e futuras – o ônus derivado das restrições a direitos fundamentais, em especial ao direito à liberdade. Isso decorreria da regulamentação das emissões de gases do efeito estufa ao prever metas de redução tão somente até o ano de 2030.¹² Será preciso, no presente, atuação efetiva de mitigação da emissão dos gases que provocam o efeito estufa e outras agressões que se praticam contra o meio ambiente, pois, no estado em que se encontra o ambiente, as futuras gerações não teriam condições saudáveis para viver. Aqui ingressa a noção de se preocupar com o equilíbrio ecológico.

Sobre o meio ambiente ecologicamente equilibrado trazido pelas novas dimensões de direitos, Wedy e Moreira¹³ destacam:

O direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é reconhecido pela doutrina e jurisprudência dominantes no Brasil como direito fundamental de novíssima geração ou de terceira geração, no interesse das presentes e futuras gerações, seguindo as veredas de um antropocentrismo alargado. [...] *A Constituição brasileira, portanto, é um diploma moderno que consagra um autêntico Estado Socioambiental de Direito.* (Grifo nosso)

¹⁰ Sobre o princípio da solidariedade intergeracional, Wedy e Moreira aduzem que “a justiça intergeracional, assim, reconhece que todas as gerações humanas – do passado, presente e futuro – possuem igual posição normativa em relação ao sistema natural, e as gerações presentes têm o dever de proteger o ambiente para os ainda não nascidos”. Gabriel Wedy e Rafael Martins Costa Moreira, *Manual de Direito Ambiental: De acordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores* (Belo Horizonte: Fórum, 2019), 49-50.

¹¹ Renan Costa Valle Scarano, *Direitos humanos e diversidade* (Porto Alegre: SEGAAH, 2018). <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788595028012/pageid/1>.

¹² Adaptado a partir de: “O ‘caso Neubauer e outros v. Alemanha’ e os direitos fundamentais”, Consultor Jurídico, 8 de outubro de 2021. <https://www.conjur.com.br/2021-out-08/direitos-fundamentais-neubauer-outros-alemanha-direitos-fundamentais>.

¹³ Wedy e Moreira, *Manual de Direito Ambiental*, 37.

A partir de Sarlet, verifica-se indispensável ao presente estudo trazer à comento o despertar da consciência ecológica no Brasil, que deu ensejo à sua transfiguração para um Estado Socioambiental de Direito. Com efeito, mais do que a busca pelo conservacionismo, o desenvolvimento histórico do país demonstrou ao Brasil a necessidade de integrar a proteção ambiental e a garantia de direitos sociais (saúde, moradia, saneamento básico e outros), uma vez que, na construção da cidadania, a qualidade ambiental deve estar em compatibilidade com o bem-estar social. Isto é, o Estado Brasileiro, enquanto Estado Socioambiental, visa garantir que qualquer institucionalização de demandas ecológicas enfrente os direitos sociais e compatibilize-se com estes com fito de garantir, sobretudo, a dignidade da pessoa humana. Busca-se, portanto, integrar os universos da garantia ambiental e da garantia social¹⁴.

Destarte, ao tratar sobre a nova Constituição Ecológica que está em processo de elaboração no Chile, Jorge Aranda enaltece o direito ambiental brasileiro, dizendo que o constituinte chileno muito tem a aprender com a jurisprudência brasileira – a qual é muito bem sedimentada numa legislação ambiental marcada pela CF/88. Aranda destaca o Brasil como exemplo internacional, ao passo em que as cortes brasileiras possuem decisões favoráveis à ecologia tais quais às do acórdão que tratou sobre as vaquejadas, bem como na que se decidiu sobre o tratamento dado a espécies invasoras (informação verbal).¹⁵

Nesse mesmo viés, o Ministro Herman Benjamin, na condição de relator do REsp nº 650.728/SC, em decisão proferida pelo Colendo STJ,¹⁶ nos diz que:

No Brasil, ao contrário de outros países, *o juiz não cria obrigações de proteção do meio ambiente. Elas jorram da lei, após terem passado pelo crivo do Poder Legislativo. Daí não precisarmos de juízes ativistas, pois o ativismo é da lei e do texto constitucional. Felizmente nosso Judiciário não é assombrado por um oceano de lacunas ou um festival de meias-palavras legislativas. Se lacuna existe, não é por falta de lei, nem mesmo por defeito na lei; é por ausência ou deficiência de implementação administrativa e judicial dos inequívocos deveres ambientais estabelecidos pelo legislador. (Grifo nosso)*

Em que pese a tutela jurisdicional seja imprescindível para a manutenção e garantia do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, é errôneo afirmar que as cortes brasileiras exercem ativismo judicial sobre a tutela ambiental.

¹⁴ Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer, *Curso de Direito Ambiental*, 3.^a ed. (Rio de Janeiro: Forense, 2022), 56-63.

¹⁵ Informação coletada em fala de Jorge Aníbal Aranda Ortega no *webinar* “Ciclo de Diálogos Interacionais: Hablemos de la Constitución Ecológica”, promovido pela Universidade do Chile, via aplicativo *Zoom*, no dia 7 de julho de 2022.

¹⁶ Recurso Especial nº 650.728/SC, Superior Tribunal de Justiça, 23 de dezembro de 2007 (Brasil). https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200302217860&dt_publicacao=02/12/2009.

As cortes notoriamente limitam-se a interpretar e aplicar a lei criada pelo legislador aos casos que lhes são submetidos. É válido lembrar que a tutela ambiental é garantida constitucionalmente de forma ampla, sendo o bem ambiental um direito humano garantido ao povo. Além disso, se pode vislumbrar, através do seu artigo 225, que, além de garantir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a atual CF/88 se propõe a garantir a proteção da fauna e da flora, vedando práticas que coloquem em risco os ecossistemas a que pertencem e constituem.¹⁷ Sobre a menção do dever estatal de proteção ecológica, Sarlet, Marinoni e Mitidiero sublinham que o direito à proteção ambiental se traduz, em meio à sua complexidade, a um dever geral objetivo de proteção ao meio ambiente, além de uma série de outros deveres e garantias específicos.¹⁸

A partir da tutela constitucional, é dever comum do Estado e da sociedade brasileira proteger o meio ambiente e o desenvolvimento sustentável – isto é, o Estado deve se preocupar e buscar implementar medidas de combate ao desmatamento, às queimadas, à caça ilegal de animais silvestres e à emissão excessiva de gases poluentes, por exemplo:

[...] é inequívoco que as políticas públicas a serem adotadas pelo Estado devem ser sustentáveis, visando conciliar o crescimento econômico com a proteção do meio ambiente e com a equidade social. Indubitavelmente resta consagrada a proteção ambiental como um dos objetivos ou tarefas do Estado - Socioambiental - de Direito. (Grifo nosso)¹⁹

Sobre a conciliação do crescimento econômico com a proteção ambiental e a equidade social, verifica-se que a CF/88 é perfeitamente alinhada com os ODS, da Agenda 2030 da ONU, proposta em 2015, de modo que se pode inferir que o Brasil possui um comprometimento constitucional para com o cumprimento de tais objetivos. Dentre os dezessete objetivos interdependentes propostos em âmbito internacional, é notório que todos são voltados à garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, uma vez que visam estabelecer aos países determinados padrões de transformação e desenvolvimento sustentável. Especialmente os ODS 13, 14 e 15 estão comprometidos diretamente com a fauna, a flora e com os ecossistemas naturais, pois cada um deles busca, respectivamente, o combate às alterações climáticas, a proteção da vida debaixo d'água e a proteção da vida sobre a terra. Inclusive,

¹⁷ Constituição de 1988.

¹⁸ Sarlet, Marinoni e Mitidiero, *Curso de direito constitucional*, 10.ª ed. (São Paulo: Saraiva, 2021), 314-5. [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978655593402/epubcfi/6/4/vnd.vs..idref=copyright.html!/4/10/2/3:13\[LAC,QUA\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978655593402/epubcfi/6/4/vnd.vs..idref=copyright.html!/4/10/2/3:13[LAC,QUA]).

¹⁹ Wellington Pacheco Barros, *Direito Ambiental Sistematizado* (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008). 117.

sobre a relação entre a ordem econômica e a proteção ao meio ambiente, legisla o artigo 170, inciso VI, da CF/88:²⁰

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

Além do mais, os ODS, assim como a tutela constitucional brasileira sobre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, também visam garantir a dignidade à pessoa humana, uma vez que demonstram ser imperativa a necessidade de sintonia do ser humano com o seu meio ambiente natural, pois o primeiro depende do segundo não só para sobreviver (no sentido de subsistir), mas para viver com qualidade e garantir o mínimo existencial para as futuras gerações.²¹

Em linha semelhante de ideias, Sirvinskas²² relaciona o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como pilar necessário para atingir importantes objetivos sociais, como a qualidade de vida. Portanto, o Poder Público tem a função de preservar o meio ambiente saudável e equilibrado, a fim de possibilitar a “construção de uma sociedade livre, justa e solidária”, como um pressuposto para assegurar o direito fundamental à vida. Considerada uma vida plena. “[...] Cuida-se de direito ou interesse difuso que deve ser protegido para que ‘todos’ possam usufruí-lo. Assim, os recursos naturais devem ser racionalmente utilizados para a subsistência do homem, em primeiro lugar, e das demais espécies, em segundo.”

Depreende-se com esse cenário que o meio ambiente, após um longo processo histórico, veio a se tornar um direito-dever no Brasil, passando a ser especialmente protegido com a chegada da CF/88, que veio a assim identificá-lo. Isto é, dentro do paradigma brasileiro, mais que um direito fundamental, o meio ambiente é garantido pelo dever geral de proteção, sendo uma obrigação da sociedade e do Estado zelar pela preservação ambiental a fim de se atingir a felicidade e o bem comum social.

2. O desafio de assegurar o não retrocesso do direito ambiental brasileiro na perspectiva atual

Apesar dos avanços na sociedade internacional e nacional a respeito das questões envolvendo o ambiente, ainda (e talvez até mesmo principalmente) nos dias de

²⁰ *Constituição de 1988*.

²¹ José Leopoldo Tiecher Bronfmann, “Do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável à renda básica universal”, em *Justiça socioambiental e mudanças climáticas*, ed. Gabriel Wedy, Cristian Foguesatto e Elisa Maffassioli Hartwig (Blumenau: Dom Modesto, 2022), 88.

²² Luís Paulo Sirvinskas, *Manual de Direito Ambiental* (São Paulo: Saraiva, 2021). <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590623>.

hoje são preocupantes os rumos a que o mundo dirige o tratamento que dá ao meio ambiente. Nesse ponto se pode destacar o princípio da proibição ou vedação ao retrocesso dos direitos fundamentais:

[...] a humanidade caminha na perspectiva de ampliação da salvaguarda da dignidade da pessoa humana, conformando a ideia de um “patrimônio político-jurídico” consolidado ao longo do seu percurso histórico-civilizatório, para aquém do qual não se deve retroceder. Em termos gerais, essa é a ideia consubstanciada na assim garantia (e princípio) constitucional da proibição de retrocesso. [...] A proibição de retrocesso diz respeito a uma garantia de proteção dos direitos fundamentais (e da própria dignidade da pessoa humana) contra a atuação do legislador, tanto no âmbito constitucional quanto – e de modo especial – infraconstitucional (quando estão em causa medidas legislativas que impliquem supressão ou restrição no plano das garantias e dos níveis de tutela dos direitos já existentes), mas também proteção em face da atuação da administração pública.²³

Ao passo em que novas dimensões de direitos são garantidas pela constituição, não se pode regredir com a supressão desses direitos, uma vez que eles passam se tornar imprescindíveis para a garantia da dignidade da pessoa humana. Sobre esse tema, inclusive, há um importante conceito estudado no âmbito dos direitos humanos a que cabe aludir. Com efeito, se pode afirmar a existência de uma interdependência entre os direitos humanos garantidos em sede da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) – englobados também aqueles que surgiram com o passar dos anos. Sobre a interdependência dos direitos humanos, Viana destaca que “todos os direitos humanos estão conectados e interligados, um dependendo do outro para sua concretização”²⁴. Assim, depreende-se que, para a verdadeira garantia dos direitos humanos e dos direitos fundamentais de forma íntegra e completa, não se pode vir a suprimir do povo qualquer de seus direitos, pois isso consistiria em uma violação não apenas ao direito tutelado, mas à dignidade da pessoa humana.

Doravante, a mesma inconstitucionalidade estará presente quando o Estado for omissivo ou impuser medidas que desprivilegiem ou sejam contrárias à defesa do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – que também é um direito humano –, uma vez que estará gerando óbice à garantia da dignidade da pessoa humana. Diversos são os exemplos de violações ao meio ambiente, que ainda ocorrem nos dias de hoje, em que pese todo o arcabouço de tratados, convenções e legislações para assegurar e garantir esse caro direito. Sarlet e Fensterseifer²⁵

²³ Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer, *Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*, 3.^a ed. (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013), 287-8.

²⁴ Viana e Cristina, *Direitos humanos: Aspectos históricos, conceituais e conjunturiais*, 10.

²⁵ Sarlet e Fensterseifer, *Direito constitucional ambiental*, 32-3.

destacam alguns dos problemas observados ao longo do tempo sobre a degradação do meio ambiente natural e a consequente violação aos direitos fundamentais:

Cumpram-se algumas das “pegadas humanas”, como sinônimo de *degradação perpetrada pela ação humana no meio natural, dado que os efeitos negativos de tais práticas resultam, na grande maioria das vezes, em violação direta ou mesmo indireta aos direitos fundamentais do indivíduo, dos grupos sociais e da coletividade como um todo*. Nesse sentido, como exemplo da degradação ecológica, pode-se destacar a contaminação química denunciada por Carson [de que agrotóxicos causavam infertilidade, cânceres e diversos outros problemas], e que, no caso brasileiro, teve em José Lutzemberg, na época à frente do movimento ambientalista brasileiro, um baluarte na luta contra o uso de agrotóxicos. Nessa mesma perspectiva, podem ser referidas a questão nuclear, a destruição incessante das florestas tropicais, a poluição dos rios e oceanos, a poluição atmosférica – especialmente nos grandes centros urbanos –, entre tantas outras formas de desequilíbrio ecológico que comprometem sobremaneira o bem-estar e a qualidade de vida individual e coletiva. (Grifo nosso)

Essas “marcas da passagem do ser humano sobre a Terra” comprometem a vida das atuais gerações e beiram à inviabilização da vida das futuras gerações. Vale dizer, o ser humano parece não compreender que a Terra é sua única casa e fonte de vida, uma vez que vive sobre o globo terrestre como se fosse a última geração a habitá-lo.²⁶ A humanidade (as gerações humanas atuais) recebeu a Terra em comodato (categoria de empréstimo gratuito) e tem a obrigação de deixá-la para as futuras gerações na mesma condição que a recebeu ou melhorada, jamais em estado pior. Se tem, portanto, uma equação jurídica de difícil resolução.

No Brasil atual, não se está nem um pouco distante das realidades das degradações ambientais mencionadas. Muito embora o último momento político brasileiro tenha proporcionado um cenário de falta de transparência à população²⁷, esta pode ter servido de holofote para observar o descaso do Estado Brasileiro para com o meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme se passa a expor.

Segundo o VI Relatório Luz da Sociedade Civil da Agenda 2030,²⁸ o Brasil encontra-se na vanguarda do retrocesso dos direitos e do desenvolvimento sustentável.

²⁶ Genebaldo Freire Dias, *Antropoceno: Iniciação à temática ambiental* (São Paulo: Gaia, 2016), 10.

²⁷ Estudo aponta falta de transparência em 47% dos dados para acompanhamento das ações do Ministério do Meio Ambiente. G1, [São Paulo], 15 dez. 2021. Acesso em 10 jul. 2023. <https://g1.globo.com/meio-ambiente/noticia/2021/12/15/estudo-aponta-falta-de-transparencia-em-47percent-dos-dados-para-acompanhamento-das-acoes-do-ministerio-do-meio-ambiente.ghtml>.

²⁸ Grupo de Trabalho da Sociedade Civil para a Agenda 2030, *VI Relatório luz da sociedade civil da Agenda 2030 do Desenvolvimento Sustentável Brasil* (Brasília, 2022). <https://gtagenda2030.org.br/relatorio-luz/relatorio-luz-2022/>.

O relatório destaca que o país não apenas não evoluiu como regrediu na busca pela concretização dos ODS da Agenda 2030. Além disso, os ODS são elementos para se analisar a materialidade do exercício pleno do princípio do não retrocesso em matéria ambiental. O relatório assim dispõe sobre o contexto brasileiro atual, no ano de 2022:

[...] um país sob uma realidade gravíssima. Num contexto de crise sanitária e climática de ordem global, o aumento da pobreza, da fome, da perda de biodiversidade e da qualidade de vida no Brasil são aqui apresentados com dados que indicam, de forma irrefutável, uma sociedade adoecida não apenas pelos efeitos devastadores da pandemia da Covid-19, mas, também, pelo crescimento das desigualdades. Essa situação resulta das opções de governos que pouco fizeram para reversão do quadro, particularmente devido a *uma gestão federal em curso desde 2019 que é publicamente contrária aos princípios da Agenda 2030 e se nega a cuidar das pessoas e do planeta através de parcerias que nos levem à paz e à prosperidade.* (Grifo nosso)²⁹

Denota-se que o problema do Brasil hodierno vai muito além do contexto ambiental. Com efeito, se vive em um meio a um certo “caos” gerado desde o governo federal anterior e suas políticas para com a sociedade, uma vez que:

a realidade que apresentamos [...] é altamente perigosa: avaliadas as 168 metas originalmente aplicáveis ao país – inclusive as sete que a partir de 2021 passaram a ser consideradas no Painel ODS Brasil como “não aplicáveis” – apenas uma (a 15.8) teve progresso satisfatório. Onze (6,54%) permaneceram ou entraram em estagnação, 14 (8,33%) estão ameaçadas, 24 estão em progresso insuficiente (14,28%) e 110 (65,47%) estão em retrocesso. Sobre oito metas (4,76%) não há dados. Em comparação com o V Relatório Luz, as metas em retrocesso aumentaram de 92 para 110 e as com progresso insuficiente passaram de 13 para 24.³⁰

O relatório observou que o Brasil concretamente regrediu na busca pelos ODS. Não se trata de uma afirmativa leviana, mas de um fato concreto, demonstrado através de números e omissões que por si só caracterizam o descaso do país para com seus compromissos internacionais firmados e reafirmados desde a Convenção de Estocolmo em 1972. Entre os diversos problemas, convém abordar o andamento dos ODS 13 (ação contra mudança global do clima), 14 (vida na água) e 15 (vida terrestre) no Brasil, uma vez que estes voltam-se especialmente ao desenvolvimento

²⁹ Grupo de Trabalho da Sociedade Civil para a Agenda 2030, *VI Relatório luz da sociedade civil da Agenda 2030 do Desenvolvimento Sustentável Brasil.*

³⁰ Grupo de Trabalho da Sociedade Civil para a Agenda 2030, *VI Relatório luz da sociedade civil da Agenda 2030 do Desenvolvimento Sustentável Brasil.*

sustentável a partir da preocupação direta para com o meio ambiente ecologicamente equilibrado: mudanças climáticas, água e terra.

Assim, no que se refere ao ODS 13, segundo o VI Relatório Luz já mencionado, há pelo menos três anos inexistente qualquer avanço do Estado Brasileiro para atingir as metas estabelecidas por esta ODS.³¹ Além disso, o então Governo Federal publicou, em 2022, minuta propondo a revogação da atual Política Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC) a partir de uma lei que instituiria nova política, na qual não haveria participação ampla da sociedade civil, não haveria a possibilidade de expansão de áreas protegidas, bem como seria excluída da legislação a descrição dos compromissos nacionais para com as mudanças climáticas, dentre outros problemas³² os quais enfraquecem a proteção ambiental no aspecto das mudanças climáticas no âmbito brasileiro. O Relatório Luz de 2022 destaca ainda que o país retrocedeu na busca pela educação ambiental (meta 13.3 que visa melhorar a educação, aumentar a conscientização e a capacidade humana e institucional sobre mitigação, adaptação, redução de impacto e alerta precoce da mudança do clima), uma vez que:

*Houve um efetivo esvaziamento da perspectiva de educação ambiental. Após o desmonte do Órgão Gestor da Educação Ambiental (MEC-MMA), não há nenhuma iniciativa em nível nacional para o debate sobre a crise climática no ensino formal. A autonomia das redes de ensino para inserir a educação ambiental em seus projetos político-pedagógicos coloca o tema como algo voluntarista, ao invés de uma política educacional que deveria ter extrema relevância. (Grifo nosso)*³³

Cumprir destacar que, segundo Robinson:

[...] estamos diante de uma realidade preocupante. A Terra está 1,09° C mais quente comparado ao 1,07° C no período pré-industrial. Esse aquecimento, que parece pequeno aos nossos olhos, torna o aumento do nível do mar, o degelo e a mudança nos oceanos movimentos irreversíveis. [...] Um país tão rico e pulsante em biodiversidade e água potável como o Brasil precisa ser protegido. Projeções climáticas sugerem a diminuição de 22% da chuva no Nordeste brasileiro, significando uma importante diminuição de recursos hídricos em função das mudanças climáticas. O desmatamento na Amazônia desregula,

³¹ O governo federal brasileiro não divulgou informações oficiais sobre duas metas da ODS 13 e utiliza números do ano de 2017 para a grande maioria dos dados sobre o cumprimento das demais metas. Grupo de Trabalho da Sociedade Civil para a Agenda 2030, *VI Relatório luz da sociedade civil da Agenda 2030 do Desenvolvimento Sustentável Brasil*.

³² “O tempo fechou”, *Política por inteiro*, 5 de novembro de 2021. <https://www.politicapointeiro.org/2021/11/05/o-tempo-fechou/>.

³³ Grupo de Trabalho da Sociedade Civil para a Agenda 2030, *VI Relatório luz da sociedade civil da Agenda 2030 do Desenvolvimento Sustentável Brasil*.

por exemplo, os rios voadores, que são cursos de água atmosféricos, formados por massas de ar carregadas de vapor de água. Essa corrente de ar invisível, levada pelos ventos, passa por cima de nossa cabeça e carrega a umidade da bacia Amazônica para as regiões Centro-Oeste, Sudeste e Sul do Brasil.³⁴

Sabe-se que, para o desenvolvimento saudável (e sustentável) de um país, é necessário que haja educação de qualidade (tema abrangido, inclusive, pela ODS 4).³⁵ Dessa forma, ao mencionar a importância dos rios voadores e a preocupação com o aumento da temperatura no globo terrestre e suas consequências, as lições de Robison,³⁶ colocadas sob a ótica do que nos traz o VI Relatório Luz da Sociedade Civil sobre a Agenda 2030 no Brasil,³⁷ deixam reflexões sobre a importância da educação ambiental e da necessidade de conscientização da população acerca da influência dos problemas ambientais – *in situ*, das mudanças climáticas – sobre suas vidas.

A respeito da água, é indispensável aludir aos apontamentos tratados no VI Relatório Luz em comento, sobre a meta 6.6:³⁸

A meta 6.6 saiu do retrocesso, mas está ameaçada. Embora a resolução Conama/MMA nº 500/2020 tenha sido revogada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), o governo federal se recusa a proteger e restaurar ecossistemas hídricos, insistindo em revogar legislações de licenciamento e alterar definições e limites de Áreas de Preservação Permanentes (APP) e de APPs de reservatórios artificiais e uso do entorno. Ainda que o STF esteja em processo de votação do “Pacote Verde” e tenha restabelecido a participação da sociedade civil no monitoramento ambiental, a política de liberação de agrotóxicos e de devastação da Amazônia e do Cerrado em prol do agronegócio, assim como a desregulação do mercado de plásticos, são ameaças à essa meta e à vida.³⁹

A Resolução nº 500/2020 do Conama/MMA⁴⁰ assinada durante a gestão do Ministro Ricardo Salles da pasta do Meio Ambiente dispõe sobre a revogação de

³⁴ Robison, *Justiça climática: esperança, resiliência e a luta por um futuro sustentável*, 16-7.

³⁵ Grupo de Trabalho da Sociedade Civil para a Agenda 2030, *VI Relatório luz da sociedade civil da Agenda 2030 do Desenvolvimento Sustentável Brasil*.

³⁶ Robison, *Justiça climática: esperança, resiliência e a luta por um futuro sustentável*, 16-7.

³⁷ Grupo de Trabalho da Sociedade Civil para a Agenda 2030, *VI Relatório luz da sociedade civil da Agenda 2030 do Desenvolvimento Sustentável Brasil*.

³⁸ Meta 6.6: Até 2020, proteger e restaurar ecossistemas relacionados com a água, incluindo montanhas, florestas, zonas úmidas, rios, aquíferos e lagos. O que não se realizou. Grupo de Trabalho da Sociedade Civil para a Agenda 2030, *VI Relatório luz da sociedade civil da Agenda 2030 do Desenvolvimento Sustentável Brasil*.

³⁹ Grupo de Trabalho da Sociedade Civil para a Agenda 2030, *VI Relatório luz da sociedade civil da Agenda 2030 do Desenvolvimento Sustentável Brasil*.

⁴⁰ Brasil, Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), *Resolução Conama/MMA n.º 500*, Declara a revogação das resoluções discriminadas neste ato, aprovada em 19 de outubro

regulamento sobre o licenciamento de empreendimentos de irrigação e de regulamentos sobre os parâmetros, definições e limites de APPs, visando fragilizar a discussão ambiental no Brasil. Inclusive, sobre a gestão do Conama⁴¹ e o enfraquecimento do órgão, apraz referir sobre a redução do seu Conselho no ano de 2019, por iniciativa da Presidência da República, por meio do decreto n.º 9.806/2019,⁴² conforme amplamente noticiado à época⁴³ (atualmente, o referido decreto encontra-se suspenso por decisão proferida pela Ministra Rosa Weber, em tutela liminar, na ADPF 623 que tramita no STF).⁴⁴

A citada decisão do governo em reduzir o conselho do Conama, somada a outros dados, é mencionada também pelo Grupo de Trabalho da Sociedade Civil para a Agenda 2030, no VI Relatório Luz:

*O Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) teve sua composição reduzida de 93 integrantes com direito a voto para 23 integrantes por decreto, a sociedade civil perdeu 6% de seus representantes (de 22 cadeiras passaram a apenas 4) e os estados 13%, enquanto o governo federal aumentou seu peso em 13%. Com esse corte, a sociedade civil perdeu em diversidade e representatividade no conselho. Em 2020, foram editadas 593 normas discricionárias do Executivo de impacto ambiental e climático: 57 delas determinaram reformas institucionais, 32 revisaram regulamentos, 32 promoveram flexibilização das normas ambientais, 19 introduziram mecanismos de desregulação e 10 revogaram integralmente dispositivos consolidados. Em conjunto, essas mudanças fragilizam o arcabouço legal de proteção ambiental, construído nos últimos 30 anos. (Grifos nossos)*⁴⁵

de 2020, *Diário Oficial da União*, 19 de outubro de 2020, 88. <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-conama/mma-n-500-de-19-de-outubro-de-2020-284006009>.

⁴¹ “O Conselho Nacional do Meio Ambiente - Conama é o órgão consultivo e deliberativo do Sistema Nacional do Meio Ambiente - Sisnama, foi instituído pela Lei 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, regulamentada pelo Decreto 99.274/90”. “O que é o CONAMA”, Conama - Conselho Nacional do Meio Ambiente, 2018, <http://conama.mma.gov.br/o-que-e-o-conama>.

⁴² Brasil, *Decreto n.º 9.806*, Altera o Decreto n.º 99.274, de 6 de junho de 1990, para dispor sobre a composição e o funcionamento do Conselho Nacional do Meio Ambiente - Conama, aprovado em 28 de maio de 2019. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9806.htm.

⁴³ Ingrid Soares, “Decreto de Bolsonaro reduz composição do Conama de 96 conselheiros para 23”, *Correio Braziliense*, 29 de maio de 2019. https://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/politica/2019/05/29/interna_politica,758531/decreto-de-bolsonaro-reduz-composicao-do-conama-de-100-conselheiros-pa.shtml.

⁴⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 623, Supremo Tribunal Federal, 17 de dezembro de 2021 (Brasil). <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349293178&ext=.pdf>.

⁴⁵ Grupo de Trabalho da Sociedade Civil para a Agenda 2030, *VI Relatório luz da sociedade civil da Agenda 2030 do Desenvolvimento Sustentável Brasil*.

Nesse mesmo viés de desídia e de fragilização, montado pelo desmanche das políticas, da legislação e dos órgãos ambientais, encontram-se também os ODS 14 e 15, que tratam sobre a vida na água e na terra, respectivamente. Em 2021, o V Relatório Luz da Sociedade Civil sobre a Agenda 2030 no Brasil⁴⁶ já observava o distanciamento do país dos seus compromissos com a Agenda 2030 – em que pese as previsões constitucionais promulgadas em 1988. Segundo o estudo realizado, em 2020 houve diminuição de 30% do já baixo investimento governamental para assuntos relacionados ao Ministério do Meio Ambiente, o que afetou diretamente no cumprimento das metas do ODS 14 sobre a conservação e uso dos oceanos, dos mares e dos recursos marinhos, bem como do ODS 15 sobre a proteção, recuperação e promoção do uso sustentável dos ecossistemas terrestres, sobre a gestão sustentável das florestas, o combate à desertificação e também sobre a reversão do processo de degradação da terra e da perda da biodiversidade.⁴⁷ Inclusive, vale ressaltar que a gestão da pasta do Meio Ambiente entre os anos de 2019 e 2021, realizada pelo ministro Ricardo Salles, foi marcada por polêmicas, com promoção de ações diretas contra a proteção ambiental,⁴⁸ tendo inclusive sido denunciado por órgãos ambientais estadunidenses por suspeita de envolvimento direto em contrabando ilegal de madeira.⁴⁹

Especificamente sobre o ODS 14, o V Relatório Luz destacou diversos retrocessos, dentre os quais:

A meta 14.1 [até 2025, prevenir e reduzir significativamente a poluição marinha de todos os tipos, especialmente a advinda de atividades terrestres, incluindo detritos marinhos e a poluição por nutrientes] retrocedeu, impactada pelo baixo índice de tratamento de esgoto (49,1%), como detalhado no ODS 6 e pelo despejo de resíduos sólidos no mar, como analisado no ODS 11. Com a pandemia, até mesmo as ações não presenciais – mas estruturais de implementação do Plano Nacional de Combate ao Lixo no Mar – foram paralisadas e os R\$ 40 milhões destinados ao Plano não foram utilizados. Além disso, o desmonte dos órgãos de fiscalização e controle, a tentativa de alterar resoluções relacionadas à proteção de manguezais, restingas e à proibição de

⁴⁶ Grupo de Trabalho da Sociedade Civil para a Agenda 2030, *V Relatório luz da sociedade civil da Agenda 2030 do Desenvolvimento Sustentável Brasil* (Brasília, 2021). <https://gtagenda2030.org.br/relatorio-luz/relatorio-luz-2021>.

⁴⁷ Grupo de Trabalho da Sociedade Civil para a Agenda 2030, *V Relatório luz da sociedade civil da Agenda 2030 do Desenvolvimento Sustentável Brasil*.

⁴⁸ Segundo noticiado, a gestão foi responsável pela revogação de resoluções que protegiam restinga e mangue, pela liberação da queima de lixo tóxico, pela paralisação do Fundo Amazônia, pelo desmonte do Ibama e do ICMBio, pela suspensão de multas ambientais e outros. Laís Modelli, “Ricardo Salles: 10 ‘canetadas’ e polêmicas que marcaram a gestão no Meio Ambiente”, *Portal G1*, 23 de junho de 2021. <https://g1.globo.com/natureza/noticia/2021/06/23/ricardo-salles-10-canetadas-e-polemicas-que-marcaram-sua-gestao-no-meio-ambiente.ghtml>.

⁴⁹ Grupo de Trabalho da Sociedade Civil para a Agenda 2030, *VI Relatório luz da sociedade civil da Agenda 2030 do Desenvolvimento Sustentável Brasil*.

artes de pesca regulamentadas; a liberação excessiva de agrotóxicos; e a inexistência de coleta de dados pesqueiros mantêm a meta 14.2 [até 2020, gerir de forma sustentável e proteger os ecossistemas marinhos e costeiros para evitar impactos adversos significativos, inclusive por meio do reforço da sua capacidade de resiliência, e tomar medidas para a sua restauração, a fim de assegurar oceanos saudáveis e produtivos] em retrocesso.⁵⁰

Sobre estas mesmas metas mencionadas, se encontram também os dados publicados pelo VI Relatório Luz, em 2022, no mesmo sentido de retrocesso:

O Programa de Monitoramento da Poluição na costa não se efetivou em 2021, evidenciando a falta de compromisso com a meta. O Brasil continua sendo o maior produtor de lixo marinho da América Latina, tornando urgentes: a mudança do padrão de consumo, especialmente de plástico de uso único (principal poluente); a melhoria da gestão dos resíduos gerados em terra, principalmente nas cidades litorâneas; e avanços na legislação protetiva. [...] A meta 14.2 permanece em retrocesso, ameaçada pela proposta de emenda constitucional 39/2011, que, se aprovada, permitirá que as terras costeiras sejam transferidas à iniciativa privada – colocando em risco a gestão sustentável dos ecossistemas marinhos e as comunidades tradicionais do entorno dessas áreas. Também não há perspectiva de aprovação da Política Nacional para a Conservação e o Uso Sustentável do Bioma Marinho Brasileiro (PNCMar), apesar da urgência da pauta.⁵¹

Praticamente todas as metas para o ODS 14 permanecem em retrocesso ou estagnadas⁵² desde as informações publicadas pelo V Relatório Luz da Sociedade Civil sobre a Agenda 2030 no Brasil, inclusive já se encontravam assim desde pelo menos o ano de 2020.⁵³ Por conseguinte, com relação ao ODS 15, que versa sobre a vida terrestre, também não se verificam progressos significativos. Segundo o V Relatório

⁵⁰ Grupo de Trabalho da Sociedade Civil para a Agenda 2030, *V Relatório luz da sociedade civil da Agenda 2030 do Desenvolvimento Sustentável Brasil*.

⁵¹ Grupo de Trabalho da Sociedade Civil para a Agenda 2030, *VI Relatório luz da sociedade civil da Agenda 2030 do Desenvolvimento Sustentável Brasil*.

⁵² A meta 14.7 [até 2030, aumentar os benefícios econômicos para os pequenos Estados insulares em desenvolvimento e os países menos desenvolvidos, a partir do uso sustentável dos recursos marinhos, inclusive por meio de uma gestão sustentável da pesca, aquicultura e turismo] foi a única relativa ao ODS 14 que registrou progresso, ainda que insuficiente, desde o ano de 2021. Grupo de Trabalho da Sociedade Civil para a Agenda 2030, *VI Relatório luz da sociedade civil da Agenda 2030 do Desenvolvimento Sustentável Brasil*.

⁵³ Em 2021 a meta 14.3 [minimizar e enfrentar os impactos da acidificação dos oceanos, inclusive por meio do reforço da cooperação científica em todos os níveis] foi a única que teve progresso, ainda que insuficiente, em comparação a 2020, naquilo que tange ao ODS 14. Grupo de Trabalho da Sociedade Civil para a Agenda 2030, *V Relatório luz da sociedade civil da Agenda 2030 do Desenvolvimento Sustentável Brasil*.

Luz, em 2021 apenas as metas 15.6 e 15.8 tiveram progressos, ainda que insuficientes.⁵⁴ Outrossim, já em 2022, segundo o VI Relatório Luz, houve uma única meta com progresso satisfatório: a meta 15.8, que busca até 2020 implementar medidas para evitar a introdução e reduzir significativamente o impacto de espécies exóticas invasoras em ecossistemas terrestres e aquáticos e controlar ou erradicar as espécies prioritárias.⁵⁵ Não destoa a realidade atual dos ODS da história brasileira com o meio ambiente. Conforme Dias,⁵⁶ a Mata Atlântica, declarada Patrimônio da Humanidade pela Unesco, perdeu, desde a colonização, 93% de sua área – sendo que os 7% restantes sofrem constante pressão do homem, como bem se observa nos termos apontados pelos relatórios sobre o cumprimento dos ODS da Agenda 2030. Tanto em 2021, quanto em 2022, todas as demais metas para o ODS 15 foram negligenciadas.

A partir desse cenário, verifica-se que, em que pese o Brasil tenha firmado e reafirmado os mais diversos tratados e acordos e se estruturado como Estado de Direito sobre bases socioambientais, o país encontra-se atualmente em um estado crítico de retrocesso sobre as metas de desenvolvimento sustentável. E consequentemente sobre o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito humano ao meio ambiente, uma vez que praticamente a totalidade das metas de desenvolvimento sustentável da Agenda 2030 encontram-se estagnadas, ameaçadas ou em retrocesso.

Apesar desse panorama, no Brasil observa, desde o início de 2023, uma renovada perspectiva de concretizar o princípio do não retrocesso em matéria ambiental a partir da mudança na direção política no Governo Federal.⁵⁷ Se observou a revogação de diversos diplomas legais (em sentido amplo), buscando praticar o não retrocesso, que foi desprezado até esse momento histórico, considerando os últimos quatro anos. Aqui cabe uma pergunta para a reflexão final: Qual deverá ser a medida da atuação da sociedade – considerando os atores públicos e privados – para assegurar que o meio ambiente a ser deixado para as futuras gerações seja suficiente para uma vida saudável e digna? Ao relembrar a mencionada decisão do Tribunal Federal Alemão, apenas a projeção dos ODS até 2030 parece ser insuficiente. E depois desse período? E se tais objetivos não forem atendidos? Cada vez mais se deverá considerar a “natureza” ou sujeitos não humanos como titulares de direitos, tanto judiciais como

⁵⁴ Grupo de Trabalho da Sociedade Civil para a Agenda 2030, *V Relatório Luz da sociedade civil da Agenda 2030 do Desenvolvimento Sustentável Brasil*.

⁵⁵ Grupo de Trabalho da Sociedade Civil para a Agenda 2030, *VI Relatório Luz da sociedade civil da Agenda 2030 do Desenvolvimento Sustentável Brasil*.

⁵⁶ Dias, *Antropoceno: Iniciação à temática ambiental*, 16-17.

⁵⁷ Gabriela Bertolini, “Alterações na legislação ambiental brasileira em 2023”, *Jusbrasil*, 2023. <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/alteracoes-na-legislacao-ambiental-brasileira-em-2023/1730861987>.

extrajudiciais.⁵⁸ Essas perguntas não fecham este artigo. Pelo contrário, mostram que a dialética da pergunta e da resposta abre o tema para futuras contribuições.

Considerações finais

Propondo-se responder ao seguinte problema de pesquisa: Quais são as contribuições que o Direito Constitucional brasileiro traz para a prática do princípio do não retrocesso em matéria ambiental?, se apresentam elementos para uma reflexão no contexto brasileiro.

Para tanto, verificou-se inicialmente, que o Brasil se qualifica como um Estado Socioambiental de Direito pois busca a defesa do ambiente em que se vive, em prol da garantia dos direitos fundamentais das pessoas a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Nesse panorama, constatou-se que tal perspectiva se volta muito mais à garantia da solidariedade intergeracional e da dignidade da pessoa humana e seu arcabouço de direitos interdependentes do que para com a dignidade da própria natureza como igual.

Ao se observar o REsp nº 650.728-SC,⁵⁹ depreende-se que o Brasil, através da interpretação de sua legislação, impõe importar-se com a biodiversidade – mesmo com aquela que já tenha sido considerada como sinônimo do “sujo” e do que deveria ser expurgado da sociedade. Com efeito, à medida que trata o respeito à biodiversidade como imposição legal, independentemente das características naturais de um ecossistema, atribuindo-lhe a mais absoluta proteção, enseja-se, de certo modo, reconhecer o direito ao natural. Identificou-se no Brasil um longo processo de desenvolvimento do direito ambiental, o qual foi fortemente influenciado pela perspectiva internacional de proteção ao meio ambiente, a exemplo da Convenção de Estocolmo de 1972 e diversas convenções que sobrevieram. Tal influência foi fundamental para a sedimentação do país sob o viés antropocentrismo ambientalista.⁶⁰

Ademais, a partir do estudo das condições atuais do direito ambiental no Brasil, especialmente através da análise do cumprimento dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) – identificados como métricas para se aferir o grau de respeito ao princípio do não retrocesso ambiental –, constatou-se um impactante e agressivo processo de retrocesso de direitos no âmbito brasileiro advindo da gestão executiva vigente até o final de 2022, que propôs o desmantelamento de políticas

⁵⁸ Andreas Fischer-Lescano e Alex Valle Franco, *La naturaleza como sujeto de derechos: un diálogo filosófico y jurídico entre Alemania y Ecuador* (El Siglo, 2023).

⁵⁹ *Recurso Especial n.º 650.728/SC*.

⁶⁰ Romeu Faria Thomé da Silva, *Manual de Direito Ambiental*, 7.^a ed. (Salvador: Juspodivm, 2017), 58.

ambientais ao editar quase 600 (seiscentas) normas oriundas do arcabouço de proteção ambiental brasileiro.⁶¹

Além disso, analisou-se sinteticamente que a onda de desinformação e *fake news* somada a uma polarização política extremista colocaram ainda mais em xeque o analfabetismo ambiental da população – isto é, a conscientização sobre as mudanças climáticas, o desmatamento, a poluição e afins,⁶² enfraquecendo o debate sobre a importância do Direito Ambiental em âmbito nacional. Esses ingredientes criam uma cultura antropocêntrica utilitarista que deve ser evitada, pois trata a natureza, a biodiversidade e o meio ambiente como meras fontes de recursos naturais que servem aos desejos, necessidades e prazeres humanos.

Destarte, depreendeu-se que, à medida em que o Brasil volte a avançar no cumprimento de seu dever para com a natureza, a biodiversidade e o meio ambiente de forma integral, englobados os três poderes do governo, a população em geral e o empreendedorismo (incluindo as sociedades empresariais e demais organizações) e retorne na busca pelos ODS e ao cuidado para com a educação ambiental de qualidade, é possível que se desenvolva um novo paradigma ambiental no Brasil, tal qual nos estados plurinacionais. De todo modo, sabe-se que, diante dos retrocessos ambientais brasileiros, há um longo e tortuoso caminho a ser percorrido em nosso país para que enfim se concretize com efetividade e de forma integral o direito a viver em uma sociedade saudável e sustentável.

A fim de se qualificar a implementação das “métricas” definidas nos ODS e, com isso, qualificar positivamente o princípio do não retrocesso em matéria ambiental, se recomenda a implementação da economia verde, a mobilidade verde, a economia circular, a transição energética, a agropecuária de baixo carbono como objetivos a alcançar com custos econômicos razoáveis para as gerações presentes, com o foco naquilo que será deixado às futuras gerações.⁶³ Já se conseguiu avanços consideráveis em um passado recente. Por isso, não se tem dúvidas de que o Brasil tem plenas condições de ser novamente um expoente em questões e ações ambientalmente amigáveis.

Bibliografia

SARLET, Ingo, Gabriel Tedesco WEDY, Tiago FENSTERSEIFER. “O ‘caso Neubauer e outros v. Alemanha’ e os direitos fundamentais”. *Consultor Jurídico*, 8 de outubro de

⁶¹ Grupo de Trabalho da Sociedade Civil para a Agenda 2030, *VI Relatório luz da sociedade civil da Agenda 2030 do Desenvolvimento Sustentável Brasil*.

⁶² Dias, *Antropoceno: Iniciação à temática ambiental*, p. 85.

⁶³ Antônio Cortês, “Blue planet law and ecological sustainability in the twenty-first century”. Em *Blue planet law*, ed. Maria da Glória Garcia e Antônio Cortês (Springer, 2023).

2021. <https://www.conjur.com.br/2021-out-08/direitos-fundamentais-neubauer-outros-alemanha-direitos-fundamentais>.
- ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N.º 623. Supremo Tribunal Federal. 17 de dezembro de 2021 (Brasil). <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349293178&ext=.pdf>.
- BERTOLINI, Gabriela. “Alterações na legislação ambiental brasileira em 2023”. *Jus-brasil*, 2023. <https://www.jusbrasil.com.br/noticias/alteracoes-na-legislacao-ambiental-brasileira-em-2023/1730861987>.
- BRASIL. “O que é o CONAMA”. Conama- Conselho Nacional do Meio Ambiente, 2018. <http://conama.mma.gov.br/o-que-e-o-conama>.
- BRASIL. “O TEMPO FECHOU”. *Política por inteiro*, 5 de novembro de 2021. <https://www.politicaporinteiro.org/2021/11/05/o-tempo-fechou/>.
- BRASIL. *Constituição de 1988*. Constituição, aprovada em 5 de outubro de 1988. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.
- BRASIL. *Constituição de 1988*. Decreto n.º 9.806. Altera o Decreto n.º 99.274, de 6 de junho de 1990, para dispor sobre a composição e o funcionamento do Conselho Nacional do Meio Ambiente - Conama. Aprovado em 28 de maio de 2019. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9806.htm.
- BRONFMANN, José Leopoldo Tiecher. “Do direito fundamental ao desenvolvimento sustentável à renda básica universal”. Em *Justiça socioambiental e mudanças climáticas*. Editado por Gabriel WEDY, Cristian FOGUESATTO e Elisa MAFFASSIOLLI HARTWIG, 79–98. Blumenau: Dom Modesto, 2022.
- CORTÊS, António. “Blue planet law and ecological sustainability in the twenty-first century”. Em *Blue planet law*, editado por Maria da Glória GARCIA e António CORTÊS, 3–19. Springer, 2023.
- DIAS, Genebaldo Freire. *Antropoceno: Iniciação à temática ambiental*. São Paulo: Gaia, 2016.
- DRUMMOND, José Augusto. *Devastação e preservação ambiental: Os parques nacionais do estado do Rio de Janeiro*. Niterói: Eduff, 1997. Acesso em 10 abr. 2023. <http://www.eduff.uff.br/index.php/livros/593-devastacao-e-preservacao-ambiental-os-parques-nacionais-do-estado-do-rio-de-janeiro>.
- FISCHER-LESCANO, Andreas e Alex VALLE FRANCO. *La naturaleza como sujeto de derechos: un diálogo filosófico y jurídico entre Alemania y Ecuador*. El Siglo, 2023.
- FRANCO, Luiza. “O tempo em que o Rio de Janeiro secou após destruir floresta por café”. 2019. Acesso em 16 abr. 2023. <https://www.bbc.com/portuguese/geral-49530574>.
- GRUPO DE TRABALHO DA SOCIEDADE CIVIL PARA A AGENDA 2030. *V Relatório luz da sociedade civil da Agenda 2030 do Desenvolvimento Sustentável Brasil*. Brasília, 2021. <https://gtagenda2030.org.br/relatorio-luz/relatorio-luz-2021>.
- GRUPO DE TRABALHO DA SOCIEDADE CIVIL PARA A AGENDA 2030. *VI Relatório luz da sociedade civil da Agenda 2030 do Desenvolvimento Sustentável Brasil*. Brasília, 2022. <https://gtagenda2030.org.br/relatorio-luz/relatorio-luz-2022/>.

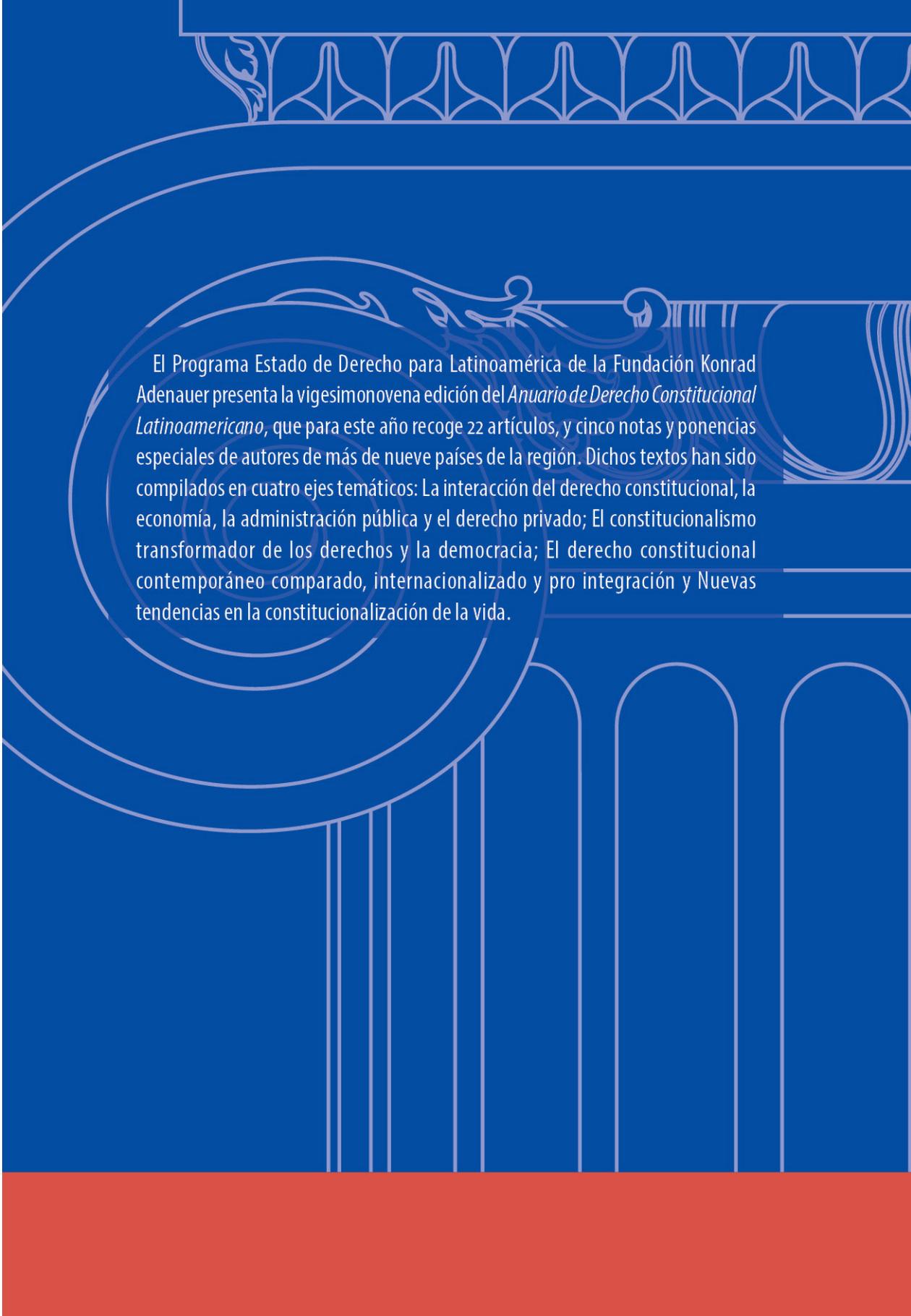
- KRELL, Andreas Joachim. “Comentário ao art. 225, ‘caput’, da CF de 1988”. Em *Comentários à Constituição do Brasil*. Editado por J. J. GOMES CANOTILHO, Gilmar FERREIRA MENDES, Ingo Wolfgang SARLET e Lenio Luiz STRECK, 2176–83. 2.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- MODELLI, Laís. “Ricardo Salles: 10 ‘canetadas’ e polêmicas que marcaram a gestão no Meio Ambiente”. *Portal G1*, 23 de junho de 2021. <https://g1.globo.com/natureza/noticia/2021/06/23/ricardo-salles-10-canetadas-e-polemicas-que-marcaram-sua-gestao-no-meio-ambiente.ghtml>.
- NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III). Aprovada em 10 de dezembro de 1948. Acesso em 10 abr. 2023. <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>.
- PORTAL EBC. “Reflorestamento da Flores da Tijuca: Programa comemora 150 anos do reflorestamento e mostra os cuidados”. 2011. Acesso em 10 abr. 2023. <https://tvbrasil.ebc.com.br/expedicoes/episodio/reflorestamento-da-floresta-da-tijuca>.
- ROBINSON, Mary. *Justiça climática: esperança, resiliência e a luta por um futuro sustentável*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2021.
- SARLET, Ingo Wolfgang e Tiago Fensterseifer. *Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 3.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang, Luiz Guilherme MARINONI e Daniel MITIDIERO. *Curso de direito constitucional*. 10.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021. [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978655593402/epubcfi/6/4\[;vnd.vs..idref=copyright.html\]!/4/10/2/3:13\[LAC,QUA\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/978655593402/epubcfi/6/4[;vnd.vs..idref=copyright.html]!/4/10/2/3:13[LAC,QUA]).
- SCARANO, Renan Costa Valle et al. *Direitos humanos e diversidade*. Porto Alegre: Segah, 2018. <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788595028012/pageid/1>.
- SILVA, Romeu Faria Thomé da. *Manual de Direito Ambiental*. 7.ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.
- SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de Direito Ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2021. <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978655590623>.
- SOARES, Ingrid. “Decreto de Bolsonaro reduz composição do Conama de 96 conselheiros para 23”. *Correio Braziliense*, 29 de maio de 2019. https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2019/05/29/interna_politica,758531/decreto-de-bolsonaro-reduz-composicao-do-conama-de-100-conselheiros-pa.shtml.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n.º 650.728/SC. 23 de dezembro de 2007 (Brasil). https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200302217860&dt_publicacao=02/12/2009.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ (TJPR). “O perigo das fake news”. *Notícias TJPR*, 2020. https://www.tjpr.jus.br/noticias-2-vice/-/asset_publisher/sTrhoYRKnIqe/content/o-perigo-das-fake-news/14797?inheritRedirect=false.

- VIANA, Ana Cristina. *Direitos humanos: Aspectos históricos, conceituais e conjunturais*. Curitiba: Contentus, 2020. <https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/186046/pdf/o?code=/3C/xB38pquZYEGvRKugoN5e4cHoZ7/jQHwVe//BR+ODDKLI54t+h5HRM47iT6Ot9bkGu6Xko5hO9iixeo5IQ==>.
- WEDY, Gabriel e Rafael MARTINS COSTA MOREIRA. *Manual de Direito Ambiental: De acordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

Instrucciones para la presentación de artículos

1. Los artículos estarán escritos en español o portugués. En caso contrario, la posibilidad de traducirlos deberá ser discutida de manera oportuna con el equipo editorial del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*.
2. Se acompañarán de un **resumen** de hasta 900 caracteres (espacios incluidos), 150 palabras, y tres **palabras clave**.
3. El equipo editorial del *Anuario* determinará qué material será publicado. La decisión se comunicará oportunamente a cada autor.
4. El material enviado debe ser original e inédito. Si luego de publicado en el *Anuario*, el autor desea reproducirlo en otro medio, deberá dejarse constancia de la primera publicación.
5. Los artículos se enviarán en formato electrónico (archivo de Word o compatible) a iusla@kas.de
6. La extensión de los trabajos, en principio, no superará los 40.000 caracteres (aproximadamente 25 páginas del *Anuario*). El equipo editorial considerará las situaciones excepcionales.
7. La página 1 contendrá la siguiente información:
 - a) Nombre del autor* y, entre paréntesis, el país de origen.
 - b) En la nota a pie de página correspondiente al * deberá escribir:
 - i) Referencia curricular de hasta 30 palabras.
 - ii) Dirección electrónica (que se publicará).
 - iii) Código orcid.
 - d) Título del artículo.
 - e) Los agradecimientos, aclaraciones o comentarios sobre el origen del texto se incluirán en nota a pie de página junto al título del artículo.

8. El autor deberá enviar su dirección postal para la remisión de los ejemplares del *Anuario*, una vez sea publicado.
9. Para los títulos internos se empleará la numeración decimal (1, 1.1, 1.1.1). Es aconsejable que no haya más de *tres* niveles de títulos internos.
10. No es conveniente usar la numeración automática de títulos y apartados porque puede dar lugar a errores en la etapa de diagramación. Por el mismo motivo conviene evitar las referencias cruzadas.
11. Las mayúsculas se emplearán de acuerdo con las normas ortográficas vigentes. En particular, se escribirán con minúscula los nombres de los meses y días de la semana (*noviembre, lunes*), los cargos, títulos y dignidades, excepto cuando aparezcan abreviados (*magistrado, fiscal, doctor*), así como los nombres *genéricos* de entidades de cualquier clase y jerarquía (*un juzgado de primera instancia, los tribunales constitucionales*).
12. Las **referencias y bibliografía** deben seguir, de manera rigurosa, el *Manual de estilo Chicago-Deusto. Guía breve para citas y referencias bibliográficas*, pp. I-VII (Bilbao: Deusto, 2014), <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/otraspub/otraspubo7.pdf>.



El Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer presenta la vigesimonovena edición del *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, que para este año recoge 22 artículos, y cinco notas y ponencias especiales de autores de más de nueve países de la región. Dichos textos han sido compilados en cuatro ejes temáticos: La interacción del derecho constitucional, la economía, la administración pública y el derecho privado; El constitucionalismo transformador de los derechos y la democracia; El derecho constitucional contemporáneo comparado, internacionalizado y pro integración y Nuevas tendencias en la constitucionalización de la vida.