



JUSTICIA CONSTITUCIONAL
Y DERECHOS FUNDAMENTALES

12

¿Crisis del Estado de derecho en América Latina?

EDITORES ACADÉMICOS

HARTMUT RANK

MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL





Programa
Estado de Derecho
Latinoamérica

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

12

¿Crisis del Estado de derecho en América Latina?

¿Crisis del Estado de derecho en América Latina?

EDITORES ACADÉMICOS

Hartmut Rank

Mônica Clarissa Hennig Leal

© 2025 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 Estado de Derecho para Latinoamérica

Calle 93B n.º 18-12, piso 7

Bogotá, Colombia

Tel.: (+571) 601 743 0947

iusla@kas.de

www.kas.de/iusla

X: KASiusLA

Facebook: /kasiusla

Instagram

© JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES n.º 12

¿Crisis del Estado de derecho en América Latina?

Editores: Hartmut Rank y Mônia Clarissa Hennig Leal

Coordinación editorial: Felipe Franco y Jana Speidel

ISSN: 978-628-7708-02-0 Versión impresa

Octubre de 2025

Impreso en Colombia por: X-press

Diagramación: Marta Rojas

Revisión de textos: María José Díaz Granados

Esta publicación se distribuye en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer. Los textos que se publican son de exclusiva responsabilidad de su autor y no expresan necesariamente el pensamiento de la FKA. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con inclusión de la fuente.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	IX
EL ESTADO DE DERECHO BAJO TENSIÓN, A LA LUZ DE LA EXPERIENCIA ARGENTINA María Sofía Sagüés	1
CRISIS DEL ESTADO DE DERECHO EN AMÉRICA LATINA. UNA PERSPECTIVA DE LA SITUACIÓN EN BOLIVIA José Antonio Rivera S.	35
AMENAZAS AL ESTADO DE DERECHO Y A LA DEMOCRACIA EN BRASIL: <i>FAKE NEWS, POLARIZACIÓN POLÍTICA Y ATAQUES A LAS INSTITUCIONES.</i> EL STF ENTRE EL ESTATUS DE “GUARDIÁN” Y “VILLANO” DE LA DEMOCRACIA Mônica Clarissa Hennig Leal Rogério Gesta Leal	85
LA REGRESIÓN AUTORITARIA O LA AMENAZA DE UNA DEMOCRACIA AUTORITARIA EN CHILE Claudio Nash	135
LA PROTECCIÓN JUDICIAL DE LA DEMOCRACIA Y DEL ESTADO DE DERECHO: AMENAZAS Y REACCIONES PARA ENFRENTAR LA DERIVA AUTORITARIA Y EL POPULISMO CONSTITUCIONAL Jorge Ernesto Roa Roa Juan José Aristizábal	155
CRISIS DEL ESTADO DE DERECHO EN AMÉRICA LATINA. CONTEXTO Y DESAFÍOS PARA GUATEMALA Aylín Ordóñez Reyna	191
ESTADO DE DERECHO EN MÉXICO: NORMAS INEFECTIVAS Y REALIDADES PREOCUPANTES Alfonso Herrera García	227
DESAFÍOS POPULISTAS AL ESTADO DE DERECHO EN EL PERÚ César Landa	269

PROBLEMAS Y DESAFÍOS DEL ESTADO DE DERECHO URUGUAYO

301

Martín Riso Ferrand

EL ESTADO DE DERECHO EN VENEZUELA: CUANDO LA LEGALIDAD AUTORITARIA

ES FACTOR ESENCIAL DEL PROBLEMA

319

Jesús María Casal

PRESENTACIÓN

América Latina viene atravesando una transformación profunda en su contexto regional. El surgimiento de la “nueva izquierda” latinoamericana es quizás uno de los factores más prominentes dentro de este nuevo entorno. Desde 2018, líderes progresistas y ubicados a la izquierda del espectro político han llegado a la presidencia de México, Bolivia, Perú, Honduras, Chile, Colombia y, más recientemente, Brasil, removiendo administraciones con un enfoque más identificado con la derecha. Solo en tres de los países latinoamericanos que tuvieron elecciones presidenciales en los últimos años se produjo un cambio en la dirección inversa: Uruguay, Ecuador y Costa Rica.

Expertos y expertas de la región ven las razones principales del triunfo de la izquierda en el sufrimiento económico y, en consecuencia, el aumento de la desigualdad, la mala gestión de la pandemia por los gobiernos de derecha, los escándalos de corrupción, el deterioro de la infraestructura y la ausencia crónica de fondos en los sistemas de salud y educación, lo que ha producido “un sentimiento generalizado de indignación”.

Se ha evidenciado como, en los últimos dos años, la democracia latinoamericana se ha deteriorado seriamente. En su más reciente informe sobre el Estado de la democracia liberal, The Economist Intelligence Unit reveló que, por séptimo año consecutivo, la región de Latinoamérica y el Caribe experimentó un declive en el índice de democracia.¹ También, el Instituto V-Dem, en su Informe

¹ The Economist Intelligence Unit, *Democracy Index 2022, 2022*, <https://bit.ly/439mt1K>.

Anual de Democracia Liberal de 2023,² indicó que en 2022 el nivel de democracia de la región volvió a los niveles de finales de la Guerra Fría.³

La corrupción permanece en sus índices más altos, representada por una permanente baja en la percepción, de acuerdo con la última medición del Índice de Percepción de la Corrupción de Transparencia Internacional realizada en 2022.⁴ Los países con la clasificación más baja dentro de la región, y que se perciben como más corruptos, son Venezuela, Haití, Nicaragua, Honduras y Guatemala, que no solamente tienen los peores resultados a nivel regional, sino globalmente. Estos resultados resaltan que los líderes regionales, a ojos de la ciudadanía, no han tomado medidas audaces y decisivas, ni para luchar contra la corrupción ni para fortalecer sus instituciones públicas.

La suma de los anteriores factores ha generado lo que podría llamarse como una “crisis del Estado de derecho”. Esta conceptualización se ve incluso demostrada por los resultados del Índice de Estado de Derecho 2022 del World Justice Project que, con base en ocho indicadores medidos, destaca que la adherencia al Estado de derecho cayó en 21 de los 32 países de América Latina y el Caribe, con El Salvador descendiendo 7 puntos en el Índice de este año, seguido por Colombia y Brasil que descendieron 5 y 4 puestos respectivamente.⁵

Este escenario de aparente crisis tiene serias implicaciones en la garantía de derechos y en la estabilidad de los órdenes legales ya establecidos en la región, lo cual genera la inquietud de quién debe entrar a resolver dicho balance. De manera anticipada podemos ver cómo la rama judicial, en plena manifestación del poder público del Estado, puede estar llamada a contrarrestar los efectos de esta tendencia política negacionista a través de la aplicación de los mandatos legales que emanan de las constituciones y las leyes, de la mano también de los estándares internacionales que cobijan la protección de los derechos fundamentales.

Las expertas y expertos del Grupo de Estudios sobre Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, se complacen en presentar una nueva edición de la serie temática que desde hace más de diez años explora las nuevas

2 V-Dem Institute, *Democracy report 2022: Autocratization Changing Nature?*, 2022, https://www.v-dem.net/documents/19/dr_2022_ipyOpLP.pdf.

3 Hay coincidencia en los índices en cuanto a los tres países más y menos democráticos de la región: Uruguay, Costa Rica y Chile, que destacan entre las democracias más fuertes del mundo, y Venezuela, Haití y Cuba, que se consideren autocracias.

4 Transparency International, *Corruption Perception Index*, 2022, <https://www.transparency.org/en/cpi/2022>.

5 World Justice Project, *Rangkings*, 2022, <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/global/2022/table>.

realidades jurídicas y políticas que cuestionan o, quizás aquejan, el mantenimiento de los ordenamientos democráticos tradicionales que se sientan en el Estado de derecho como concepto y como principio. Bajo el telón de fondo que hemos señalado, el Grupo analiza si, en efecto, la región latinoamericana se encuentra en un momento de crisis del Estado de derecho, ahondando en el contexto nacional de los países representados en el grupo. A partir de esta cuestión, los autores exponen cuáles podrían ser las causas estructurales de esta crisis, y de qué maneras los tribunales, y en esencia los gobiernos, pueden llegar a solucionarla.

Como veremos a lo largo de la obra, esta aparente crisis se manifiesta a partir de factores diversos, en los que no solamente se encuentra el cumplimiento de la ley, sino también la estabilidad económica de cada país. El crecimiento elevado de la inflación ha generado un impacto negativo en la credibilidad de las instituciones, lo cual ha llevado consecuentemente a que se erosione la confianza pública en ellas. Las economías nacionales continúan enfrentando serias problemáticas de aumento de la pobreza, el crecimiento de los índices de precios y una acelerada expansión de los mercados que compiten de manera desbalanceada en los escenarios doméstico e internacional. Para los autores de esta obra, la aparente inseguridad económica que se viene viviendo en América Latina crea un clima de incertidumbre social y conlleva un decrecimiento del desarrollo que, como ya se ha anotado, genera desconfianza y falta de legitimidad en las autoridades lo cual, a su turno, motiva la manifestación social que trae como resultado la percepción de crisis sociales de mayor envergadura.

La crisis social implica el reclamo de causas sociales que se encuentran fundamentadas también en la capacidad de los Estados para responder a sus mandatos legales de protección, los cuales encuentran asidero en los textos constitucionales. A partir de ellos, las acciones recientes de los tribunales constitucionales han llevado a un aumento de la judicialización de la política, entendida como el proceso por el cual la rama judicial llega a transformar o dominar el proceso de elaboración de políticas públicas que previamente eran del dominio de los poderes legislativo y ejecutivo. La judicialización de la política representa, desde el punto de vista teórico, una respuesta del poder judicial a las demandas sociales no atendidas por los gobernantes; no obstante, se ha observado que dicho proceso entra en conflicto con la legitimidad del mismo gobierno y del orden político. Este ha sido el caso del reciente ejercicio de la figura de juicio político por parte del parlamento peruano, y sobre el cual no se ha evidenciado un debido control por parte del Tribunal Constitucional. La judicialización, como bien notan los autores, puede llevar también a intentos directos de politizar el aparato judicial, en donde la clase política busque limitar el poder de los tribunales, como ha sido el caso de la restricción de la selección de jueces y magistrados en Guatemala.

Las amenazas a la independencia judicial y al trabajo de los fiscales y abogados ha sido un tema de especial preocupación en el ámbito regional. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe anual de 2022 sobre la situación de garantías fundamentales en las Américas, expuso cómo los operadores de justicia latinoamericanos han sido víctimas de amenazas de diferentes niveles y formas, como intimidación y hostigamientos, cuando estos procesan a implicados en violaciones de los derechos humanos. En un llamado a los Estados a garantizar la seguridad de los operadores de justicia frente a toda clase de presiones externas, el informe enfatiza que, si fallan, “el ejercicio de la función jurisdiccional puede ser gravemente afectado, frustrándose así el acceso a la justicia”.

Por otro lado, la expansión del crimen organizado, alimentada por el narcotráfico y la explotación de los flujos migratorios, ha generado una agudización de la violencia en la región. Según el más reciente Índice de Paz Global para el año 2022, publicado por el Instituto para la Economía y la Paz, Uruguay, Chile y Argentina se ubicaron como los países más seguros de Latinoamérica, en los puestos 46, 55 y 69 de ese *ranking* que mide el nivel de paz y de violencia en 163 países. Venezuela y Colombia ocupan los peores puestos, el 148 y 144 respectivamente. En el contexto de una creciente producción de cocaína, una continuada fragmentación de grupos criminales y un incremento del flujo de armas en la región, las tasas de homicidios en América Latina siguen siendo altas, sobre todo en Venezuela y Honduras.

Las causas que han sido identificadas y analizadas por las expertas y expertos del Grupo obedecen a elementos comunes que se destacaron dentro de las conversaciones preliminares que se tuvieron para la preparación de esta investigación. No obstante, como lo podrán notar los lectores en los capítulos de esta obra, cada contexto nacional viene acompañado de aspectos de distinta índole y magnitud, por lo cual se distinguen conceptos o factores que, si bien no pertenecen a elementos comunes dentro de la región, tienen un comportamiento particularmente grave en su país.

En esta medida, los lectores encontrarán un análisis del rol que ha tenido el tribunal o corte constitucional de cada país en afrontar este contexto de crisis. Las decisiones que han tomado los tribunales, así como los impactos que estas han tenido respecto de las causas estructurales, permiten confirmar la afirmación de crisis con la cual ha partido esta obra, sin desconocer cómo estas decisiones han tenido algún efecto frente al contexto de crisis nacional.

Destacamos esta nueva edición de la serie como un aporte interdisciplinario en donde las expertas y expertos del Grupo introducen una perspectiva política a un tema de análisis jurídico, ofreciendo valoraciones valiosas que, leídas en su conjunto, brindan una hoja de ruta acerca de cómo sobrellevar este contexto

de crisis. Valga la pena destacar que este tema ha sido parte de las conversaciones sostenidas por el Grupo desde su creación, y que, ante los hechos ocurridos en los últimos años, ha ameritado una especial atención y énfasis en aras de ser abordado desde una base comparada. Queremos destacar así el compromiso del Grupo en adentrarse a estudiar una cuestión sensible, con múltiples aristas y repercusiones en su estudio, pero que resulta especialmente relevante para la región.

Esta obra reafirma el objetivo esencial del Grupo de abordar las preocupaciones que se presentan frente al alcance de la protección constitucional y de los derechos humanos ante escenarios de especial trascendencia como el que se esboza en esta nueva edición, lo cual nos llama a continuar observando atentamente la evolución y complejidad de estas cuestiones con un lente crítico e informado. Sea esta, nuevamente, la oportunidad de reafirmar el compromiso de nuestro Programa y del Grupo con este objetivo, y de seguir impulsando debates sustanciales que enriquezcan la formación de todos los actores sociales.

Hartmut Rank

Director del Programa Estado de Derecho

para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer

Felipe Franco

Coordinador de Proyectos del Programa Estado de Derecho para

Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer (hasta enero de 2025)

Jana Speidel

Coordinadora de Proyectos del Programa Estado de Derecho

para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer

EL ESTADO DE DERECHO BAJO TENSIÓN, A LA LUZ DE LA EXPERIENCIA ARGENTINA

María Sofía Sagüés*

UN ESCENARIO QUE CONVOCA A LA REFLEXIÓN: ¿EXISTE UNA CRISIS DEL ESTADO DE DERECHO Y DE LA DEMOCRACIA EN ARGENTINA?

Aproximarse en la actualidad al Estado de derecho en Argentina nos enfrenta directamente a una doble lectura entre “norma” y “realidad”, que evidencia una aciaga brecha cuya superación resulta imperiosa.

El primer diagnóstico nos da muestra de una Constitución robustecida en una reforma que tuvo lugar en 1994, que ha cumplido más de 30 años de vigencia y ha sido receptora de amplios principios democráticos y tutivos de derechos fundamentales, en sintonía con el orden internacional de los derechos humanos. Asimismo, encontramos un robustecimiento de su impronta democrática que, en el plano orgánico, introdujo importantes modificaciones institucionales en pos de concretar mayor dinámica en un sistema de control recíproco interpoderes.

En efecto, la reforma constitucional de 1994, dotada de amplia legitimidad en Argentina, marcó un hito significativo en un proceso transformador democrático, institucional y respetuoso de derechos fundamentales. Gestada a partir de un acuerdo entre los líderes políticos del momento en el país, consolidó un amplio consenso y se proyectó en un caudal normativo de suma trascendencia tanto institucional y axiológica, como en materia de derechos y garantías.¹

* Doctora en Derecho, Universidad Católica Argentina. Actualmente se desempeña como secretaria letrada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. mssagues@gmail.com.

¹ En torno al punto ver Antonio María Hernández, “A 30 años de la reforma constitucional de 1994”,

<https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/18768/1/reforma-constitucional-hernandez.pdf>.

Así, la reforma tuvo un impacto profundo en diversos ámbitos, incluyendo el político, el social, el económico y el jurídico, bajo el protagonismo de la fuerza normativa constitucional.

Tanto en el momento constituyente como en su dinámica posterior, la norma fundamental argentina ha tenido como objetivo directo la consolidación del Estado de derecho, a través del robustecimiento del sistema de control de poder y del reconocimiento de derechos fundamentales.

Sin embargo, un balance de tres décadas posteriores a su sanción nos enfrenta a problemáticas de importante trascendencia. Las instituciones, los mecanismos de control, los órganos extrapoder, e incluso el robusto bloque de constitucionalidad y garantías no han logrado traducir en la práctica un escenario de fortalecimiento del Estado de derecho. A la par, situaciones fácticas generalizadas y sistemáticas de violaciones de derechos reclaman atención.

Así, existen elementos que cohabitan en la idiosincrasia actual del sistema constitucional argentino que se fraguan como tensiones de dicho Estado de derecho y exigen su consideración inmediata.

Esta situación de coexistencia de una Constitución formal, fortalecedora del Estado de derecho, y una realidad plasmada de tensiones y de falta de observancia constitucional, presenta matices que pueden conllevar su calificación como “desconstitucionalización”,² “desmontaje constitucional”³ o incluso “desvalorización constitucional”,⁴ consciente o no, de la norma fundamental argentina.

En otras palabras, diversos elementos, tanto institucionales como de derechos fundamentales, confluyen articuladamente en la presentación de un “Estado de derecho bajo tensión”.

Desde el punto de vista institucional, se pueden verificar dos líneas o corrientes de tirantez. En primer lugar, un escenario generalizado de debilitamiento del sistema democrático, por la profunda polarización de la sociedad, resquebrajamiento de la representación política, inoperancia de los mecanismos de democracia participativa y una fuerte crisis de la democracia representativa, en particular de sus protagonistas: los partidos políticos.

A ello se suma, desde la perspectiva específica de las instituciones constitucionales, un debilitamiento o marcada inercia de los órganos constitucionales, en particular, la abulia del órgano legislativo en el no cumplimiento de mandatos

2 Néstor Pedro Sagüés, “El concepto de desconstitucionalización”, Dialnet.

3 Werner Kägy, *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado. Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho constitucional* (trad. Sergio Díaz Ricci y Juan José Reyven), Madrid, Dykinson, 2005, pp. 140-141.

4 Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*, 2^a. ed. (trad. por Alfredo Gallego Anabitarte), Barcelona, Ariel, 1976, pp. 222 ss.

constitucionales, tanto a nivel institucional, orgánico, como regulatorio de derechos, que repercute en el detraimiento de los derechos en sí, y en la calidad institucional, por la frustración de mecanismos de control entre poderes.

Por otro lado, en lo que se refiere a los derechos fundamentales, se identifica la confluencia de un marco generalizado y cristalizado de exclusión social y económica, que se traduce en la discriminación estructural de diversos sectores, y que coexiste con la profundización de la violencia social y la narcocriminalidad. En este escenario, la protesta social se ha agudizado, lo que ha generado la necesidad de ponderar un potencial escenario de criminalización y de restricción de derechos tales como la libertad de expresión.

Por su parte, también se verifica el recurso acentuado a regímenes de emergencia como justificación para la restricción de derechos, así como el recurso reiterado a instituciones de excepción, como la delegación de competencias legislativas, la “concesión de plenos poderes”, o bien la asunción por el Poder Ejecutivo de potestades no acordes con su rol institucional propio, acompañado por el debilitamiento de los sistemas de control.

DEBILITAMIENTO DEMOCRÁTICO Y POLARIZACIÓN

Si bien la palabra “democracia” tardó en llegar a la norma fundamental argentina, el texto constitucional original de 1853-1860 sentó las bases de un régimen “representativo, republicano y federal”, según el artículo 1 de la Constitución, y diseñó una democracia estrictamente representativa, y no participativa, donde “el pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución” (art. 22, todavía vigente). Sin embargo, dentro del referido esquema constitucional, trágicamente, la genuina vigencia de la democracia en el país fue, hasta la reinstitucionalización producida en 1983, una aguda excepción más que la regla.⁵

5 Originariamente, el cuerpo electoral solamente elegía de manera directa a la cámara de diputados. Los senadores eran nombrados por las legislaturas provinciales, el presidente a través de colegios electorales, mientras que los jueces federales eran designados por el presidente con acuerdo del Senado. Hasta la sanción de la Ley 8871, a comienzos del siglo XX, que implanta el sufragio universal, igual y secreto, los comicios populares padecían de gruesas y continuas falencias en cuanto sus exclusiones, desarrollo y cómputo. También hubo importantes vicios desde 1931 hasta 1942 (tramo llamado “la década infame”, precisamente a raíz del fraude electoral), y severas proscripciones para el justicialismo desde 1957 a 1963. Todo ello sin contar los períodos de gobiernos castrenses y *de facto* en los que hubo, naturalmente, veda electoral. Por lo demás, las mujeres recién pudieron votar, en el orden nacional, a partir de la Ley 13.030 (año 1947). El acceso al derecho al voto

La reforma de 1994 impactó en la fórmula incorporando tres dimensiones de democracia. A la par de mantener la democracia representativa, estatuyó fórmulas de democracia participativa (en la iniciativa popular de leyes y el referéndum previstas por los arts. 38 y 39), así como experiencias de democracia deliberativa, especialmente en materia consumeril (al exigir su participación en la adopción de decisiones sobre servicios públicos) y con referencia a aspectos que afecten a las comunidades originarias, en virtud de la proyección del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Ahora bien, transcurridos ya más de 40 años de restablecimiento del régimen democrático, las instituciones representativas y participativas y, en definitiva, la representatividad del sistema, reciben una concesión insuficiente.

Se presentan fenómenos complejos y multidimensionales de crisis de representatividad política –con un antecedente álgido en 2001–, que exige una lectura desde múltiples perspectivas. Resulta sin duda alarmante cómo la Tercera Encuesta de Cultura Constitucional presentada en 2024⁶ da cuenta de un panorama crítico en relación con la percepción de la ciudadanía en torno a temáticas como la representación política, el funcionamiento institucional, la vigencia de la Constitución y cierta disposición a transgredir la ley.

En efecto, el estudio demuestra que un 72% de la sociedad no está satisfecha con el funcionamiento de la democracia en el país. Incluso, un 23% cree que “en algunas circunstancias, un gobierno no democrático puede ser mejor”, y el 50% de los argentinos dice que no le importaría que llegue al gobierno un régimen no democrático, siempre y cuando dé resultados.

Por su parte, en torno a la ponderación de cada una de las instituciones que componen la república, en particular, las instituciones constitucionales clásicas, por su parte, no son las que reciben mayor credibilidad. Por el contrario, el 87% de la población considera que el Congreso no toma decisiones pensando en la gente, y dos de cada tres personas dicen que no les interesan los temas que se discuten en el Congreso. Con relación a la justicia, el 72% de encuestados cree que los jueces no son independientes para tomar decisiones, y el 65% considera que los jueces de la Corte Suprema de Justicia no son independientes.

Las universidades públicas, cuya sustentabilidad económica ha sido cuestionada, son una de las instituciones con más credibilidad, según el estudio,

para procesados y condenados también se vio restringido, y exigió judicialización para su reconocimiento.

6 Impulsada por el doctor Antonio María Hernández, presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional; Daniel Zovatto, director de IDEA Internacional, y Eduardo Fidanza, director de Poliarquía Consultores.

seguidas por las Fuerzas Armadas y por las fuerzas de seguridad. Al final del *ranking* se ubican los empresarios, los partidos políticos y los sindicatos.

Uno de los actores que presentan mayor grado de desconfianza son los partidos políticos. Si bien la reforma de 1994 les dio estatus constitucional, definiéndolos como “instituciones fundamentales del sistema democrático” (art. 38), y reguló su creación y ejercicio dentro de las siguientes pautas: libertad para formarlos y en su desarrollo, pero respetando la Constitución; organización y funcionamiento democráticos; respeto de las minorías; derecho a postular candidatos para cargos públicos electivos; acceso a la información pública y a la difusión de sus ideas; obligación del Estado al sostenimiento económico de sus actividades y de la capacitación de sus dirigentes; deber de dar publicidad al origen y destino de sus fondos y patrimonio, su contribución al sistema democrático se encuentra en crisis.

A nivel nacional, la Ley 26.571, denominada Ley de Democratización de la Representación Política, la Transparencia y la Equidad Electoral, determinó que la elección de autoridades partidarias se llevará a cabo periódicamente, de acuerdo con sus cartas orgánicas y, subsidiariamente, por la Ley Orgánica de los Partidos Políticos o por la legislación electoral. Ahora bien, para la designación de candidatos a cargos electivos nacionales se aplicará el sistema de elecciones primarias abiertas, simultáneas y obligatorias, en todo el territorio de la nación, para un mismo día y para todos los partidos políticos, de conformidad con lo establecido en la ley respectiva. Este régimen plantea ciertos interrogantes, en particular su compatibilidad con el artículo 38 constitucional citado, en cuanto interfiere en la vida interna de los partidos, permitiendo que no afiliados decidan sobre sus candidaturas.

Sin embargo, los datos estadísticos dan cuenta de una crisis de los partidos políticos en Argentina, donde proliferan alianzas y uniones no siempre dotadas de consistencia en torno a una plataforma compartida, crisis acompañada de la creciente inconformidad de la ciudadanía hacia las estructuras tradicionales, que a menudo son percibidas como desconectadas de las necesidades reales de la población.

Por su parte, el recurso a fórmulas de democracia semidirecta es inexistente, sin experiencias útiles y representativas, a la par que las exigencias de democracia deliberativa también enfrentaron escenarios de incumplimiento que solo fueron superados a instancia de tribunales.⁷

En el ámbito interno, este desencanto generalizado se ha traducido en la disminución de la participación, acompañada de un aumento en los niveles de abstención en las elecciones, dando cuenta de una crisis que no solo refleja un

⁷ *Fallos*: 339:1077, 343:637, 343:749, 340:1695, entre otros.

desgaste en las instituciones políticas, sino también un llamado a la renovación de la política en Argentina.

Lo anterior se enmarca en un escenario latinoamericano donde “la polarización se ha expresado sobre todo en temas de género, aborto, corrupción y Estado, política internacional (en particular en torno a Venezuela y la ‘chavización’) así como en relación con temas internos”.⁸ En este escenario general, el estudio de Edelman⁹ para el Foro de Davos 2023, da cuenta de Argentina como el país más polarizado.

En efecto, el citado informe señala que la división política y social impide acordar políticas de Estado y traba el desarrollo privado. Existe cierto consenso en torno a la idea de que Argentina vive un proceso de polarización política que se enmarca en el ciclo democrático de más larga duración desde inicios del siglo XX.¹⁰

Es importante puntualizar que, en este escenario de polarización, en los diversos momentos políticos se ha denunciado la utilización de mecanismos en conflicto con los pilares del Estado de derecho, como el recurso a afectaciones a la libertad de expresión,¹¹ *fake news, deep fakes* con impacto en contiendas electorales, adoctrinamiento o utilización partidaria de programas televisivos (incluso de la televisión pública), entre otros.

Por su parte, se han reiterado reclamos, sobre todo protagonizados por organizaciones sociales y sindicales, muchas veces caracterizados por conductas que impiden la circulación de sectores masivos de la población, como cortes de rutas y calles, al punto de verificarse un fenómeno de protesta social como alarma permanente, dando lugar en muchos casos a reclamos relativos a su criminalización.

8 Gabriel Kessler y Gabriel Vommaro, *Polarización, consensos y política en la sociedad argentina reciente*, Buenos Aires, Fundación Fundar, 2021, p. 4, <https://fund.ar/wp-content/uploads/2021/11/Fundar-Polarizacion-consensos-y-politica-1.pdf>.

9 Ver estudio de Edelman Trust Barometer, Navegando un mundo polarizado. La confianza en América Latina, 2023, <https://www.edelman.lat/estudios/edelman-trust-barometer-2023-america-latina>. Edelman es una agencia global de estudios públicos y comunicación, una de las más grandes consultoras mundiales de opinión pública.

10 Gabriel Kessler y Gabriel Vommaro, *Polarización, consensos y política en la sociedad argentina reciente*, Buenos Aires, Fundar, 2021, p. 4, <https://fund.ar/wp-content/uploads/2021/11/Fundar-Polarizacion-consensos-y-politica-1.pdf>.

11 Ver el informe “Libertad de expresión en la Argentina 2024”, elaborado por la Federación de Trabajadores de Prensa (Fatpren), el Sindicato de Prensa de Buenos Aires (SiPreBA) y la Carrera de Ciencias de la Comunicación de la Universidad de Buenos Aires. Ver, asimismo, Agustina Ramos, “Cómo afectan las medidas del gobierno de Milei a la libertad de expresión, en retroceso”, Presentes, 2024, <https://agenciapresentes.org/2024/12/13/como-afectan-las-ultimas-medidas-del-gobierno-de-milei-a-la-libertad-de-expresion-en-retroceso/>.

La situación tuvo su punto álgido con los asesinatos de manifestantes en diciembre de 2001, en el Puente Pueyrredón en 2002 y en el Parque Indoamericano en 2010.

En la actualidad, el Ministerio de Seguridad instrumentó un protocolo fijando pautas de actuación policial y estatal, que exigen ponderar su validez a la luz del derecho a la libre reunión y asociación, a la libertad de expresión y de protesta social reconocida en la Constitución nacional y en los tratados internacionales de derechos humanos.

El protocolo establece que cualquier manifestación pública que se realice con cortes de calles o rutas, y que disminuya la “circulación de vehículos, el ancho de las calles, rutas o avenidas” constituye la comisión de un delito en flagrancia, lo que habilitará la actuación de las fuerzas de seguridad para desalojar o dispersar la protesta y para recabar información sobre sus participantes y organizaciones a los fines de perseguirlos penalmente.

Cabe mencionar que desde diversos sectores se ha cuestionado que el protocolo citado no solo implicaría la negación del “derecho a la protesta”, sino que incluso contiene disposiciones para criminalizar, perseguir y estigmatizar a los líderes y participantes de manifestaciones públicas y a las organizaciones políticas, sociales y sindicales.

La polarización política ha dividido al electorado en facciones enfrentadas que claman por soluciones radicales, a menudo a expensas del diálogo y la colaboración. En definitiva, conforme ha señalado el estudio citado, a nivel interno hay una enorme incapacidad de parte de la dirigencia, la población y diferentes instancias de la sociedad para debatir, y, eventualmente, acercar posiciones y acordar políticas en temas centrales para el desarrollo político, económico, social e institucional del país.

Esta dificultad en arribar a un consenso impide la articulación de respuestas cooperativas que, por otra parte, son las requeridas en el diseño institucional constitucional. El círculo, así, se enlaza, desde el debilitamiento democrático y la polarización, la crisis socioeconómica y un escenario generalizado de exclusión, a la insuficiente gestión de las instituciones constitucionales, de manera interrelacionada.

ESCUENARIO GENERALIZADO DE POBREZA Y VIOLACIÓN ESTRUCTURAL DE DERECHOS

En Argentina, la violación estructural de derechos se manifiesta a través de desigualdades persistentes que afectan a los sectores más vulnerables de la población. Las brechas en el acceso a la educación, la salud, la vivienda digna y el empleo formal reproducen la exclusión. Las comunidades indígenas, las

personas en situación de pobreza, las mujeres, niños y niñas, personas discapacitadas y adultos mayores suelen enfrentar barreras adicionales debido a discriminaciones históricas y contemporáneas.

En numerosos casos toma especial prevalencia la afectación estructural de la igualdad como no sometimiento, como sería la afectación sistemática y generalizada de sectores relegados en el derecho de acceso al desarrollo, en virtud de su condición socioeconómica.

En efecto, desde esta perspectiva, Argentina presenta un escenario estructural apremiante de violación generalizada de derechos sociales. El Observatorio de la Deuda Social Argentina de la Universidad Católica Argentina (ODSA-UCA)¹² refleja datos que se proyectan a lo largo de los últimos años y dan cuenta de una situación sistemática de vulnerabilidad y exclusión. Entre ellos, el elemento sintomático más preocupante está dado por el caso de los niños, cuya pobreza se encontraba, en los últimos meses de 2024, en el 65,5%.¹³

Según el ODSA, la pobreza alcanzó al 49,9% de la población¹⁴ y la indigencia al 12,3%¹⁵ en el tercer trimestre de 2024, según estimaciones del Observatorio. Estas cifras representan una baja frente al 51 y 15,8% registrados por el índice en el segundo trimestre, respectivamente. No obstante, son los valores más elevados desde 2004.

En ese marco, en los últimos 20 años, el piso de hogares pobres se mantuvo en 25% y el de indigentes, 6%. Asimismo, disminuyó la cantidad de argentinos que pueden ahorrar, pasando de 11,1% en 2023 a 9,1% en promedio en 2024. Y, al tercer trimestre de 2024, creció la inseguridad alimentaria a 24,3%, en línea con la tendencia ascendente iniciada en 2018.¹⁶

La situación estructural de pobreza y exclusión fue acompañada por fuertes programas sociales que se verificaron en todos los gobiernos, aunque con diversos matices. En efecto, los programas sociales de transferencia de ingresos y asistencia alimentaria se incrementaron en las últimas dos décadas. En la

¹² Observatorio de la Deuda Social Argentina de la Pontificia Universidad Católica Argentina, sitio web de la UCA, Pontificia Universidad Católica Argentina, consultado en la página oficial del observatorio.

¹³ Observatorio de la Deuda Social Argentina – Pontificia Universidad Católica Argentina, “Panel interactivo de indicadores sociales”, Power BI, s. f., <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiOTBmMzdzZGMtM2NkNiooODAzLTkzZDktMGRiMTY5MWY2MWY3liwidCl6ljQ5ZmVkJk3LTAxZmYtNDJkNiihNWEzLTZINjViYTcwZDg5ZSlSmMiOjRq>

¹⁴ *Idem.*

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ *Idem.*

actualidad, el 36,3% de los hogares recibe apoyo directo o indirecto del Estado nacional, provincial o municipal, principalmente a través de la Asignación Universal por Hijo (AUH) y la Tarjeta Alimentar, que en conjunto cubren el 50% de la canasta básica alimentaria y el 25% de la total.

Como surge de los números citados, en relación con niños y niñas, 2 de cada 10 viven en la pobreza extrema. Es alarmante cómo en ese sector social los niveles actuales de indigencia y pobreza se acercan a los más altos de la crisis de 2002. El observatorio precisó que esto implica una fuerte pérdida de capital humano y una desinversión intergeneracional. En efecto, desde 2022 se observa un incremento de la pobreza infantil en los estratos medios.¹⁷

El impacto en el campo del acceso al trabajo resulta marcado. Durante los últimos 20 años, la participación de la fuerza de trabajo en empleos plenos o “decentes” nunca superó el 45%, con un proceso descendente a partir de 2011-2012.¹⁸ En ese marco, disminuyó la desocupación, pero creció el desempleo “oculto” a través de trabajos informales de subsistencia. Ahora solo cuatro de cada diez personas activas cuentan con un empleo pleno. En 2024 subió la precariedad y cayó levemente el subempleo inestable. En consecuencia, el 51,8% de los argentinos ocupados no hace aportes a la seguridad social.¹⁹

A la perspectiva socioeconómica descrita se le suman elementos de exclusión que lesionan el pluralismo y la diversidad, afectando la igualdad como reconocimiento de diversos grupos, en particular mujeres, comunidad LGTBI+, comunidades originarias, entre otros. En especial, la violencia social se encuentra generalizada y también presenta facetas reiterativas y sistemáticas a lo largo del país,²⁰ con énfasis especial en el aumento permanente y geométrico de los casos de violencia contra la mujer y los femicidios.²¹

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ *Idem.*

²⁰ Camila Grigera Naón, “Cuatro de cada diez argentinos presenciaron situaciones de violencia social: las explicaciones detrás de un fenómeno cada vez más frecuente”, *Infobae*, 23 de noviembre de 2023. <https://www.infobae.com/sociedad/2023/11/23/cuatro-de-cada-diez-argentinos-presenciaron-situaciones-de-violencia-social-las-explicaciones-detrás-de-un-fenomeno-cada-vez-mas-frecuente/>.

²¹ Ver el registro nacional de femicidios de la justicia argentina, realizado por la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, https://www.csjn.gov.ar/omrecopilacion/omfemicidio/homefemicidio.html?_gl=1*iw30059*_ga*MTQ4NjYyMjMyMC4xNzMiODM4Mjgo*_ga_EFYj5G9K5T*MTczNTgzODI4NC4xLjAuMTczNTgzODI4NC4wLjAuMA.

La vulnerabilidad específica de ciertos grupos se ve aún más acentuada al coexistir con un escenario generalizado de aumento de la alta criminalidad, en particular en lo que se refiere al narcotráfico.

En Argentina, el narcotráfico ha crecido en las últimas décadas,²² consolidándose como un problema complejo que afecta tanto a la seguridad como a la economía y el tejido social del país. Si bien históricamente Argentina era considerada un país de tránsito para la droga hacia mercados internacionales, en la actualidad también enfrenta un consumo interno creciente.

Zonas como Rosario y otras ciudades del norte del país se han convertido en epicentros de operaciones delictivas, debido a su proximidad con fronteras vulnerables y rutas de tráfico.²³

La narcocriminalidad y la violencia asociada al narcotráfico, como los enfrentamientos entre bandas y los homicidios, han impactado gravemente a comunidades, mientras que la corrupción en sectores policiales y judiciales dificulta los esfuerzos para combatir el problema. Aunque existen planes nacionales para enfrentar la situación,²⁴ la falta de recursos, la pobreza estructural y la desigualdad social complican la implementación de soluciones efectivas y sostenibles.

En definitiva, la confluencia articulada de todos estos escenarios ahonda un cuadro de conflictividad alarmante.

Este vasto escenario de violación estructural de derechos repercute en el sometimiento de sectores de la población, a tal punto, que se ven excluidos, marginados en el ejercicio de sus derechos, es decir, sometidos a discriminación estructural.²⁵ Tal discriminación estructural lesioná las bases mismas del Estado de derecho, ya que implica patrones de desigualdad arraigados, incompatibles con sus exigencias.

²² Ver informes del Observatorio Argentino de Drogas, <https://www.argentina.gob.ar/sedronar/observatorio-argentino-de-drogas>.

²³ Ver informe del Centro de Investigaciones Sociales (CIS), *Narcotráfico y consumo de drogas en la Argentina*, Opinión Pública del CIS UADE-Voices, <https://www.uade.edu.ar/media/uefaik2g/informe-cis-2018-n-5-narcot%C3%ADfico-issn-2618-2173.pdf>.

²⁴ Presidencia de la Nación Argentina, “Cifras récord en la lucha contra el narcotráfico: incremento del 70% en la incautación de drogas”, sitio web Argentina.gob.ar, 1 de agosto de 2023, <https://www.argentina.gob.ar/noticias/cifras-record-en-la-lucha-contra-el-narcotrafico-incremento-del-70-en-la-incautacion-de>.

²⁵ En torno al tema de discriminación estructural, me remito a Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Rogelio Flores Pantoja (coords.), “Discriminación estructural, inclusión y litigio estratégico”, en *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, México, UNAM, 2018, pp. 119-178, entre otros.

FALENCIAS EN EL CUMPLIMIENTO DEL DISEÑO CONSTITUCIONAL, DEBILITAMIENTO DEL CONTROL DEL PODER, Y SU IMPACTO EN EL ESTADO DE DERECHO

La calidad institucional en el Estado de derecho argentino tiene su punto basal en un diseño forjado por la reforma de 1994, donde las instituciones clásicas propias de la identidad constitucional de nuestro país, por ejemplo, la figura de un Poder Ejecutivo fuerte, el sistema federal, entre otros, coexistían con instituciones novedosas, de origen comparado, cuya incorporación tenía como fin robustecer el control recíproco entre poderes, y evitar abusos de los cuales nuestra historia daba fuerte muestra.

Así, si bien tras 1994 se mantiene el sistema tripartito de las ramas de gobierno clásicas, el modelo difuso de control de constitucionalidad bajo el accionar supremo de la Corte de Justicia de la Nación, y el control a través de la descentralización propia del sistema federal (tan ínsito a nuestro ideario constitucional), se han incorporado figuras otrora ajena, como el carácter de órgano extra poder del Ministerio Público (fiscal y de la Defensa), el defensor del pueblo, el jefe de Gabinete de Ministros, el Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento.

Sin embargo, el año 2024 se despidió con un entramado de falencias que repercuten en la obstrucción de las herramientas que se habían pensado para consolidar tal calidad institucional. Podríamos remarcar escenarios múltiples y de diversa naturaleza que coexisten y podrían clasificarse en los siguientes conflictos: a) metamorfosis institucionales; b) omisiones institucionales (en las que las personas a cargo de los órganos constitucionales no son designadas, dejando vacante el puesto por décadas); c) debilitamientos institucionales; d) omisiones legislativas, y e) recurso generalizado a fórmulas de emergencia.

Metamorfosis institucionales

Trascendentes instituciones pilares de nuestro Estado de derecho han sufrido a lo largo de los años metamorfosis por exceso o defecto, desnaturalizando las funciones concebidas originalmente en el diseño constituyente. Es decir, se han robustecido y extralimitado sus funciones, o bien no han desarrollado, en los hechos, el rol institucional que tuvo en mente el constituyente en su creación.

La principal metamorfosis institucional la encontramos en la hipertrofia presidencial propia de nuestro sistema. Si bien la reglamentación del Poder Ejecutivo en la Constitución formal argentina ocupa el segundo término en el orden del diseño por técnica legislativa, en la Constitución material este departamento del Estado ha adquirido particular prevalencia. La historia argentina nos presenta una hipertrofia del Poder Ejecutivo a la par de un frecuente cesarismo

presidencial, engrosados en el plano existencial por la abdicación de competencias y, de vez en cuando, el espíritu de pleitesía de parte del Congreso, que ha llegado incluso al extremo de la omisión en la concesión de mandatos constitucionales por lapsos inconcebibles.

El diagnóstico se ahondó, en particular, frente a estados de necesidad que exigían adoptar medidas urgentes, para lo cual el Congreso resultó tardío e inoperante (como sería el escenario de la pandemia por covid-19), y el fuerte liderazgo de algunos presidentes, exacerbado por la demagogia y el populismo.

La raíz histórica de estas características puede encontrarse en el capítulo XXV de las célebres “Bases” de Juan B. Alberdi, quien sostiene tres ideas-fuerza que van a alimentar al texto constitucional: a) la formación del Poder Ejecutivo “depende la suerte de los Estados Unidos de la América del Sur”; b) es necesario “un Presidente constitucional que pueda asumir las facultades de un rey en el instante que la anarquía lo desobedece como Presidente republicano”; c) “dad al Poder Ejecutivo todo el poder posible, pero dádselo por medio de una Constitución”.

Entre los diversos elementos de especial trascendencia por considerar para arribar a una adecuada ponderación del impacto de la deformación del Poder Ejecutivo en el Estado de derecho, cabe mencionar el acrecentamiento de las potestades del órgano, su proyección sobre la figura del jefe de gabinete de ministros, y el efecto de su mecanismo de selección en los partidos políticos y la representación política.

La Constitución se ha ocupado de la emisión de las decisiones presidenciales, regulando de algún modo los decretos que produce. El artículo 99 inciso 2 norma los decretos reglamentarios, y establece que el presidente expide las instrucciones y los reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la nación, “cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias”.

El inciso 3º del mismo artículo se detiene en los cada vez más numerosos decretos de necesidad y urgencia (DNU). Con una técnica legislativa deficiente, e incluso insuficiencia, señala primero que el Poder Ejecutivo “en ningún caso” y bajo pena “de nulidad absoluta e insanable” podrá dictar disposiciones de carácter legislativo; sin embargo, en el renglón siguiente, con la sibilina expresión “solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes”, autorizar precisamente lo negado antes, vale decir, la expedición de los decretos de necesidad y urgencia (verdaderos decretos-leyes), salvo en materia penal, tributaria, electoral o régimen de partidos políticos.

Agrega la Constitución que esos decretos deben adoptarse en acuerdo general de ministros, junto con el jefe de gabinete, quien personalmente, y dentro de los diez días posteriores, debe comunicarlos a una Comisión Bicameral

Permanente del Congreso, la que a su vez elevará su despacho, en otros diez días, al plenario de cada Cámara, para su expreso tratamiento. Una ley especial, con mayoría calificada de votos, deberá regular el trámite y los alcances de la actuación del Congreso.

El régimen ha sido tardíamente regulado por la Ley 26.122. Se ha puntualizado que esta norma es susceptible de serios reparos en cuanto a los criterios establecidos respecto de los DNU. Así, se ha considerado que representó una oportunidad perdida para mejorar la calidad institucional de nuestro sistema de gobierno y permite convalidar algunos vicios que podría haber contribuido a erradicar.²⁶ En concreto, se ha sostenido que “la práctica institucional desde la sanción de la Ley 26.122 evidencia que el control efectuado tanto por la Comisión Bicameral Permanente como por las propias Cámaras del Congreso ha sido más bien laxo, permisivo y poco riguroso”.²⁷

Uno de los aspectos más cuestionados es la disposición del artículo 24 de la Ley 26.122, que exige rechazo por ambas cámaras para derogar el DNU. Se reclama entonces una manifestación sumamente calificada a fin de lograr la supervisión y fiscalización política que pensaron los constituyentes del año 1994 con el objetivo de limitar este tipo de decretos. En la misma línea, la aprobación de un DNU por una sola de las Cámaras es requisito suficiente para la validez de la norma. En consecuencia, con la anuencia de una de las Cámaras, el Poder Ejecutivo podría recurrir a esta figura de manera generosa, desarticulando la prohibición primigenia constitucional.

Asimismo, en su artículo 76, la Constitución incluye los decretos delegados. Los admite “en materias determinadas de administración o de emergencia pública”, por el plazo que se fije y dentro de las bases de delegación que el Congreso establezca. La cláusula transitoria octava de la reforma de 1994 declaró también que la anterior legislación delegada caducaba a los cinco años de la enmienda, excepto la que se ratificare expresamente. En definitiva, hubo necesidad de sancionar una “ley omnibus” (bajo el número 25645) que prorrogó por dos años toda la frondosa normatividad que se encontraba en tal situación. Tal prórroga fue ampliada por leyes posteriores que rigen hasta la actualidad.

²⁶ Santiago Castro Videla y Patricio D'Acanti, “Una nueva mirada sobre la Ley 26.122: radiografía actual de una norma clave en nuestro sistema institucional y jurídico, EDCO 23-4-14.61419 (1a parte)”, *El derecho constitucional*, 2019.

²⁷ Andrés Santiago, Emiliiano Veramendi y Santiago Castro Videla, *El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo. Decretos delegados, de necesidad y urgencia y de promulgación parcial de leyes. Régimen constitucional, ley 26122 y práctica legislativa y jurisprudencial*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2019, p. 46.

En síntesis, la aptitud “legisferante” del presidente, a pesar de las intenciones del constituyente, permanece en buena parte viable. Por su parte, los hechos dan muestra de un marcado recurso a la figura, sumamente acentuado y en aumento. En efecto, desde la entrada en vigencia de la reforma constitucional en agosto de 1994, hasta principios de noviembre de 2024, se dictaron un total de 927 DNU. De ese total, 503 fueron previos a la sanción de la Ley 26.122 y 424 DNU se dictaron desde agosto del año 2006 –cuando entró en vigencia la ley reglamentaria de la comisión bicameral– hasta nuestros días. De ese total de 424 DNU, solo 6 cuentan con rechazo por parte de alguna de las Cámaras del Congreso y únicamente el DNU 656/24 tuvo recientemente un doble rechazo de ambas Cámaras y, por ello, se vio privado de efectos en los términos de la Ley 26.122²⁸. En cuanto al último año (2024), explica Verónica Nolasco que

... el Presidente ha emitido un total de 51 decretos de necesidad y urgencia (DNU) desde que asumió en diciembre del año 2023. De ese total, 44 DNU fueron dictados en el año 2024 mientras que, durante ese mismo año, el Congreso sancionó 43 leyes. Si bien el Congreso ha estado más activo en comparación con los años anteriores (sancionó 37 leyes en 2022 y 34 leyes en 2023), la cantidad de DNU dictados por Milei superó por un número a las leyes sancionadas por el Poder Legislativo. No obstante, si tomamos en cuenta únicamente el período de sesiones ordinarias del Congreso, entre el 1º de marzo y el 30 de noviembre, son 35 los DNU dictados por el Poder Ejecutivo frente a las 43 leyes sancionadas por el Congreso.²⁹

En síntesis, una hipertrofia de la potestad regulatoria presidencial de términos exponenciales.

La figura del “jefe de Gabinete de Ministros” fue introducida por la reforma constitucional de 1994 como uno de los elementos tendientes a morigerar el hiperpresidencialismo propio de nuestro sistema. Como explicó el miembro informante del despacho mayoritario, respondió primero a la necesidad de moderar la hipertrofia presidencial, dejándole “ejercer la administración general del país”, como dice el artículo 100 inciso 1 de la Constitución, encomendándole la recaudación de las rentas de la nación y la ejecución del presupuesto (art. 100 inc. 7), o el nombramiento de los empleados de la administración, salvo los que correspondan al jefe de Estado (art. 100 inc. 3), más las otras funciones que le

²⁸ Ver Comunicado del 14 de noviembre de 2024 del Observatorio de Decretos sujetos a control Legislativo (ODCL) de la Universidad Austral (UA), <https://www.austral.edu.ar/derecho/observatorio-de-decretos-sujetos-a-control-legislativo-odcl/>.

²⁹ Verónica Nolasco, “Ajustado empate legislativo: casi tantas leyes como DNU en 2024”, *La Nación*, 22 de diciembre de 2024.

delegue el presidente, sin perjuicio de coordinar y convocar las reuniones del Gabinete, presidiéndolas en caso de ausencia del titular del Poder Ejecutivo (art. 100 inc. 5).

Al diseño técnico señalado le acompañaba una determinada sesión desde el ángulo político. Su configuración tenía como fin generar un “puente” (así fue definido en la Convención) entre el Poder Ejecutivo y el Congreso, a raíz de sus visitas e informes al Poder Legislativo; su posibilidad de intervenir en los debates (art. 100 inc. 9); producir las explicaciones verbales o escritas que las cámaras solicitaren al Poder Ejecutivo (art. 100 inc. 11); responder las interpelaciones (art. 101), etc. También se lo dividió por algunos como una suerte de contralor del presidente, ya que su firma era imprescindible para emitir los decretos por delegación legislativa, y los decretos de necesidad y urgencia (art. 100 incs. 12 y 13).

Ahora bien, el jefe de Gabinete de Ministros de Argentina, similar en sus trazos más importantes al “presidente del Consejo de Ministros” del Perú, ha tenido un diagnóstico dispar a lo largo de los treinta años de vigencia de la reforma. A poco de producirse la reforma constitucional de 1994, una abundante literatura redujo notoriamente la figura por entender que el presidente de la nación, aun después de la reforma, seguía siendo “jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país” (art. 99 inc. 1º de la Constitución), por lo que podría darle instrucciones (vale decir, órdenes) al jefe de gabinete, y, asimismo, avocarse a los asuntos que quisiera (salvo aquellos que la Constitución hubiese encomendado en forma exclusiva al jefe de gabinete), a más de poder retomar los que le hubiera delegado. Para legitimar todo ello, traducido incluso en el Decreto Presidencial 977/95 que dispuso en su artículo 1º que el jefe de gabinete “asiste” al presidente de la nación, se dijo que, en materia de la administración de la República, el referido jefe “ejercía” tal trabajo, pero su “titular” continuaba siendo el presidente. A ello se agrega que el jefe de Estado puede deponerlo a su placer, por lo que cierto sector doctrinario ha terminado por calificarlo como un mero auxiliar del jefe de Estado, o en un “simple secretario de lujo”³⁰ o un “sujeto decididamente secundario”³¹.

En definitiva, la institución que fue concebida para morigerar la hipertrofia presidencial no logró el objetivo que la justificaba.

Por su parte, en cuanto al mecanismo de nombramiento, el actual dispositivo constitucional (arts. 96 y 97) contempla la elección del presidente y

³⁰ Miguel Ángel Ekmekdjian, “El Poder Ejecutivo y el gabinete ministerial”, en AA.VV., *Reforma constitucional*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1994, p. 21.

³¹ Néstor Pedro Sagüés, *La Constitución bajo tensión*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), 2016, p. 153, <https://www.iidh.ed.cr/images/Publicaciones/Justicia/La%20Constitucion%20bajo%20tension.pdf>.

vicepresidente en una sola vuelta, si la fórmula del caso obtiene más del 45% de los “votos afirmativos válidamente emitidos” (no se computan en tal cálculo los votos en blanco y los anulados). De no ser así, la Constitución programa una segunda vuelta (o balotaje), salvo que la primera fórmula hubiese logrado un 40% de los referidos votos, y que entre la primera y la segunda fórmula más votadas hubiera una diferencia mayor de diez puntos porcentuales. Conforme a esto, si por vía de hipótesis una fórmula obtiene el 42% de aquellos votos, y la segunda el 30% (encontrándose el resto de los sufragios repartido entre otras fórmulas menores), no habría segunda vuelta.

Las explicaciones de esta alquimia electoral se encuentran, de hecho, en los acuerdos internos habidos entre los dos partidos mayoritarios cuando se realizó la reforma constitucional de 1994 y traducidos en el famoso “Pacto de Olivos” que moduló el escueto margen de acción de la convención reformadora. La versión oficial de la reforma, según las palabras del miembro informante del despacho mayoritario, fue conferir a la fórmula triunfante mayor peso político y respaldo de la ciudadanía, máxime previendo que el país podía adoptar una configuración menos bipartidista que la entonces predominante.

La experiencia nos da muestra de que la fórmula de la segunda vuelta no siempre ha repercutido a favor de la consolidación de la representación democrática, sino que, por el contrario, ha planteado escenarios de debilitamiento de los partidos políticos, generando poderes legislativos poselecciónarios, donde la fragmentación de las fuerzas tiene marcada presencia, lo que dificulta la adopción de decisiones, máxime con relación a aquellas en que son demandados los votos de los dos tercios de los miembros. Ello, a su vez, contribuye con las falencias de cumplimiento de una gran cantidad de mandatos constitucionales.

En definitiva, el diseño constitucional no se plasmó, en los hechos, en la consolidación del control o límite del Poder Ejecutivo que motivara a los constituyentes.

Omisiones institucionales

Paralelamente, muchas de las instituciones diseñadas para control del poder en nuestro Estado de derecho no ven traducida a los hechos su operatividad.

En primer lugar, debe remarcarse una situación de incumplimiento en los procedimientos a fin de poner en ejercicio a personas en cargos de especial trascendencia constitucional, lo que podría denominarse “omisiones institucionales”.

El cargo de defensor del pueblo de la nación (art. 86, CN), cuya “misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas

públicas" (art. 86 CN), se encuentra vacante hace décadas. El último defensor del pueblo de la nación en Argentina fue Eduardo Mondino, quien dejó el cargo en abril de 2009. Desde entonces actuó en su reemplazo el defensor adjunto, pero su cargo también se encuentra vacante desde fines de 2013.

Si bien la institución es de imprescindible necesidad y relevancia a fin de garantizar la efectiva vigencia del Estado de derecho en Argentina, especialmente en lo que refiere al control del poder y el acceso a justicia, en particular de los sectores más vulnerables, las fuerzas políticas no han logrado concretar el mecanismo exigido por la ley vigente para su designación.³² Así las vitales funciones a él otorgadas por el texto constitucional³³ se encuentran "desmontadas" en la actualidad, ante la imposibilidad de la actuación de un subrogante o adjunto.³⁴

Acompañan tal situación otras vacancias de especial trascendencia que también se han cristalizado en el tiempo. El cargo de procurador general de la nación, también se encuentra vacante desde el 31 de diciembre de 2017. Es una de las dos máximas autoridades del primer órgano extrapoder en el diseño constitucional argentino, el Ministerio Público, órgano independiente, con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República, conforme el artículo

³² "Artículo 2º - Titular. Forma de elección. Es titular de ese organismo un funcionario denominado Defensor del Pueblo quien es elegido por el Congreso de la Nación de acuerdo con el siguiente procedimiento:

- a) Ambas Cámaras del Congreso deben elegir una comisión bicameral permanente, integrada por siete (7) senadores y siete (7) diputados cuya composición debe mantener la proporción de la representación del cuerpo;
- b) En un plazo no mayor de treinta (30) días a contar desde la promulgación de la presente ley, la comisión bicameral reunida bajo la Presidencia del presidente del Senado, debe proponer a las Cámaras de uno a tres candidatos para ocupar el cargo de defensor del pueblo.

Las decisiones de la comisión bicameral se adoptan por mayoría simple;

- c) Dentro de los treinta (30) días siguientes al pronunciamiento de la comisión bicameral, ambas Cámaras eligen por el voto de dos tercios de sus miembros presentes a uno de los candidatos propuestos;

d) Si en la primera votación ningún candidato obtiene la mayoría requerida en el inciso anterior debe repetirse la votación hasta alcanzarse;

e) Si los candidatos propuestos para la primera votación son tres y se diera el supuesto del inciso d) las nuevas votaciones se deben hacer sobre los dos candidatos más votados en ella".

³³ Conforme al artículo 86 de la norma.

³⁴ Ver María Eugenia Gago y Tristán Gómez Zavaglia, "El Defensor del Pueblo de la Nación: entre el olvido, la intención y la desidia", en *Constitución de la Nación Argentina a 25 años de la reforma de 1994*, Buenos Aires, Hammurabi, p. 531.

120 de la norma fundamental. Gracias a la actuación del procurador general subrogante, la falencia institucional no repercute en términos prácticos en la disfuncionalidad de la institución, pero contribuye en demarcar este escenario de “omisiones institucionales” que detrae la calidad institucional del Estado de derecho en Argentina.

La Auditoría General de la Nación, regulada por el artículo 85 como órgano encargado del control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, también se ve jaqueada por la ausencia de auditores generales representantes de ambas cámaras del Congreso en la Auditoría General de la Nación.

Finalmente, también se encuentra vacante, desde noviembre de 2021, un cargo de juez en el máximo tribunal argentino, la Corte Suprema de Justicia de la Nación; a ello se sumó otra vacante, a partir de diciembre de 2024. La situación repercute en una doble falencia. En primer lugar, en la detracción de la funcionalidad del órgano; en segundo término, en que la primera vacancia fue generada por la renuncia de quien fuera una de las tres mujeres que integraron dicho tribunal, que, a partir de dicho hecho, se encuentra integrado exclusivamente por varones.

En definitiva, y más allá de los intentos de nominaciones vía genérica y en comisión acaecidos en los últimos meses, ambos sin éxito, el máximo tribunal argentino, cuyo diseño institucional debería estar compuesto por cinco jueces, se encuentra en la actualidad en ejercicio con tres magistrados, todos ellos varones. Cabe mencionar que el órgano instrumentó un mecanismo especial de funcionamiento, a fin de garantizar que tales vacancias no afecten su desenvolvimiento (Acordada 41/24).³⁵

Debilitamientos institucionales

A la exacerbación de potestades del Ejecutivo, y el desdibujamiento institucional de algunos mecanismos de control, se suman diversos debilitamientos institucionales.

Encontramos ejemplos de ello en aquellos supuestos donde el rol institucional de una figura, concebida también como control del poder, no ha encontrado, en los hechos, una satisfacción plena. Por ejemplo, la Comisión Bicameral del Congreso de la nación para el control de los decretos de necesidad de urgencia (art. 99, CN) fue un órgano de especial trascendencia pensado por el constituyente para dar contención normativa a una realidad importante de abusos por

³⁵ En torno al punto, ver a Verónica Nolasco, “Los con jueces y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, otra omisión institucional”, *El Derecho*, vol. 312, n.º 64, s. f., p. 3.

parte de diversos presidentes en la expedición de decretos con contenido legislativo, justificados (o no) en la existencia de emergencia y urgencia. Sin embargo, la figura no solo tardó años en fraguarse (a pesar de la exigencia constitucional de su creación), sino que también presentó importantes críticas.

Se ha explicado anteriormente cómo el tema ha sido tardío y cuestionablemente regulado por la Ley 26.122.

Otro debilitamiento funcional importante se verifica en torno a las disposiciones constitucionales que tenían como objeto robustecer y fortalecer los gobiernos locales, lo que favorece no solo en términos de distribución y, consecuentemente, limitación del poder, sino también en acercar el gobierno a la persona, y así contribuir en términos democráticos. Dos son las protagonistas de este debilitamiento: las municipalidades y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA).

El nuevo artículo 123 de la Constitución, sancionado también en la reforma de 1994, obliga a las provincias a asegurar un régimen municipal autónomo, en cinco órdenes: institucional, político, administrativo, económico y financiero. Esto significaba, de algún modo, una interferencia federal en el seno de las provincias, como se reconoció por el miembro informante del despacho mayoritario, quien agregó que la autonomía institucional de los municipios implicaba que cada provincia debía permitirles acceder al grado mayor de autonomía, “que es el municipio de convención” (en este, dichos entes locales sancionan su propia “carta” local, equivalente a una Constitución comunal). La autonomía política implicaba que los municipios debían elegir a sus propias autoridades, y que la autonomía financiera significaba que podían generar sus propias rentas. Si a esto se suma que el artículo 75 inciso 30 confiere a los municipios poderes de policía “e imposición”, se infiere que también podría establecer impuestos.

La reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación³⁶ ha enfatizado que la reforma de 1994 remarcó la trascendencia del municipio en el diseño institucional argentino en tanto orden de gobierno de mayor proximidad con la ciudadanía. En esa inteligencia, sostuvo que el constituyente dispuso reconocer a los municipios de provincia, sujetos necesarios del federalismo argentino conforme al artículo 5 de la Constitución Nacional, el estatus de derecho público de la “autonomía”,³⁷ diferenciando sus contenidos y sus alcances. Si bien muchas provincias han articulado en sus constituciones reglas autonómicas amplias para los municipios, en consonancia con el artículo 123 de la Constitución federal, ello no ocurre en todas. En las faltantes, hay una situación de inconstitucionalidad

³⁶ *Fallos*: 344:1151, entre muchos otros.

³⁷ *Fallos*: 342:509.

por omisión o por negación, cuya trascendencia ha sido expresada por el máximo tribunal del país.³⁸

El sistema federal argentino incorporó recientemente un novedoso y original sujeto de existencia inexorable, creado por la reforma de 1994 (art. 129): la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. De esta manera, se superó una primera posición histórica que, al concebir a la Ciudad de Buenos Aires como capital del Estado nacional, sometía su funcionamiento a autoridades electas por órganos representantes de los poderes de dicho Estado. Así lo expreso el máximo tribunal, al sostener “los constituyentes reformadores introdujeron a la Ciudad como un actor pleno del sistema federal, modificando radicalmente por esa vía la histórica premisa según la cual la unión nacional requería suspender la participación porteña en el diálogo federal en virtud de su elección como capital federal”³⁹

Finalmente, el diseño consensuado implicó la adopción de una figura *sui generis*, que ha sido definida por la Corte Suprema como una “ciudad constitucional federada”. Así, es ciudad por sus características demográficas; es ciudad constitucional, porque es la única designada expresamente por su nombre y con atributos específicos de derecho público en la Constitución Nacional, a diferencia de las otras ciudades que son aludidas genéricamente al tratar los municipios; y es ciudad constitucional federada, porque integra de modo directo el sistema federal argentino juntamente con los restantes sujetos políticos que lo componen.⁴⁰ Sin perjuicio de ello, en la convención constituyente quedó claro que la Ciudad de Buenos Aires tiene una situación constitucional especial, con menos poderes que una provincia.⁴¹

Ahora bien, la concreción de este mandato constitucional no llegó a buen término, sino que resultó obstaculizada por factores geopolíticos históricos que subyacen a la idiosincrasia de la dinámica del sistema federal argentino. Al ser un distrito electoral que no siempre acompaña el tinte político del Poder Ejecutivo nacional, el consenso en los mecanismos de transferencia de recursos imprescindibles para la transmisión de competencias se quiebra frente a la falta de consenso de ambos sujetos, requisito exigido por el orden federal.

En efecto, si bien se preveía la traslación paulatina de potestades a través de normas legislativas, la tutela especial que diseñó el constituyente tuvo como primer eslabón infraconstitucional, precisamente, la Ley Especial 24.588 que graduó la presencia federal en el territorio capitalino y le delimitó sus competencias.

38 *Fallos*: 345:22.

39 *Fallos*: 344:809.

40 *Fallos*: 342:509 y 533.

41 Néstor Pedro Sagüés, *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2019.

Sin embargo, el progreso del cumplimiento de la concreción de las potestades se paralizó o, en términos de la CSJN se “inmovilizó”,⁴² lo que implicó la intervención del máximo tribunal argentino en pos del reconocimiento pleno de la triple autonomía de la ciudad.

Así, en el marco señalado –y ante el planteo de conflictos concretos–, a partir de 2016 la Corte dictó una serie de pronunciamientos. De esta manera, en 2016 se sostuvo que los jueces nacionales con asiento en la CABA no son equiparables a los jueces federales a los efectos de declarar la admisibilidad del recurso extraordinario cuando media denegación del fuero federal, de lo cual se deriva, “por implicación, que la Ciudad de Buenos Aires tiene una aptitud semejante a la de las provincias argentinas para ejercer plenamente la jurisdicción y, con ello, para realizar la autonomía que le fue concedida por el artículo 129 de la Constitución”.⁴³ En 2019 se acordó que el Tribunal Superior de Justicia de la CABA debía ser el órgano encargado de resolver los conflictos de competencia que se susciten entre dos órganos jurisdiccionales con competencia no federal con asiento en esa ciudad, en cumplimiento “del claro mandato constituyente de conformar una Ciudad de Buenos Aires con autonomía jurisdiccional plena”.⁴⁴ Ese mismo año estableció que la CABA tiene un puesto equiparable al de las provincias en el sistema normativo que rige la jurisdicción de los tribunales federales y, por lo tanto, el mismo derecho a la competencia originaria de la Corte establecida en el artículo 117 de la Constitución Nacional.⁴⁵

Finalmente, en el año 2024 se estableció que el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad debía actuar como máxima autoridad jurisdiccional ante decisiones de los tribunales ordinarios con sede en esa jurisdicción.⁴⁶ En la actualidad, el avance en el cumplimiento del artículo 129 citado se proyecta a nivel jurisprudencial, y las respuestas infraconstitucionales son reticentes, lentas o insuficientes.

Omisiones legislativas

Los mandatos constitucionales argentinos han encontrado en el Poder Legislativo un interlocutor caracterizado por la inercia. Existen predicados que se diluyeron en falencias legislativas ya en el texto histórico de 1853, como la múltiple referencia al juicio por jurados. Sin embargo, fue el artículo 14 bis, y sus

⁴² *Fallos*: 342:509.

⁴³ *Fallos*: 339:1342, 342:533 y 344:809.

⁴⁴ *Fallos*: 342:509.

⁴⁵ *Fallos*: 342:533.

⁴⁶ Competencia CSJ 325/2021/CS1 Ferrari, María Alicia c/ Levinas, Gabriel Isaías s/ incidente de incompetencia.

predicados del constitucionalismo social, los que enfrentaron la mayor inacción legislativa en su reconocimiento, al amparo de la defensa de la discrecionalidad del legislador no solo en torno a la modalidad en la reglamentación de derechos e instituciones constitucionales, sino incluso de su oportunidad. La jurisprudencia impulsó un cambio en tales doctrinas, sobre todo a partir del año 1992, lo que se acentuó tras la reforma de 1994.

En efecto, la nueva Constitución permite un doble análisis. Por un lado, es un texto que recurre en numerosas oportunidades al legislador, para salvar situaciones en que no se logró el consenso necesario, en el marco de la convención, para delimitar con mayor concesión la fórmula (ejemplo de ello sería el recurso al término “equilibrio” para referir a la composición del Consejo de la Magistratura). Ello conllevó que la abulia o “inmovilismo” legislativo repercutiera en numerosas cláusulas e instituciones. Por otra parte, también se ha verificado (sobre todo a partir de 2006), la génesis paulatina de la doctrina jurisprudencial del control de inconstitucionalidad por omisión, en el marco de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.⁴⁷

La omisión del legislador en concretar pautas constitucionales repercute tanto en materia institucional como de derechos y garantías. En torno al primer punto puede mencionarse, en particular, la tardanza en adoptar leyes fundamentales para dotar de marco legislativo a órganos claves como el Consejo de la Magistratura, la Comisión Bicameral de Decretos de Necesidad y Urgencia, o para transferir potestades a la CABA. Sin embargo, resulta especialmente trascendente la omisión en la adopción de la ley convenio de coparticipación a que hace referencia el artículo 75 inciso 2 del texto constitucional nacional, y que requeriría la participación concertada de los poderes legislativos nacionales y provinciales.

A ello se suman las omisiones legislativas que frustran derechos constitucionales, y que pueden predicarse en materia de derechos sociales (en torno al punto ha recibido especial tutela el derecho a la movilidad jubilatoria), en torno a la igualdad y la exigencia de adoptar medidas de acción positiva en la protección de sujetos de tutela constitucional preferente, derechos sociales en general, e incluso el desarrollo legislativo de los procesos necesarios para dotar de efectividad

47 En torno a este punto me remito a María Sofía Sagüés, “El fallo ‘Ekmekdjian c/ Sofovic’ como la génesis del control de inconstitucionalidad por omisión del Poder Legislativo en Argentina”, *El Derecho - Diario*, A treinta años de Ekmekdjian c/ Sofovich, 07-07-2022. Cita digital: ED-III-CCXXXII-960; “El control de la inconvencionalidad por omisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina a la luz de la doctrina de Germán Bidart Campos”, *El Derecho - Constitucional*, Edición Especial. Suplemento en homenaje a Germán J. Bidart Campos, a 20 años de su fallecimiento, 26 de septiembre de 2024. Cita Digital: ED-V-DCCCLXXXII-531.

las garantías tuitivas de derechos colectivos, en los términos del artículo 43 segundo párrafo de la Constitución.

Estos aspectos han recibido un profuso estudio por parte de la jurisprudencia, en muchos casos en que se adoptaron decisiones de control de inconstitucionalidad por omisión del legislador.

El germen original de la doctrina del control de inconstitucionalidad por omisión encontró, de manera discreta, su consagración en el caso “Ekmekdian c/ Sofovich”⁴⁸ de 1992, en el que la idea de la exigibilidad de los derechos constitucionales tomó cuerpo, y se subsanó la omisión legislativa de reglamentar el derecho de réplica, mediante una sentencia aditiva que indicó cómo operativizar un derecho o mandato constitucional. Los años siguientes proyectaron decisiones más aguerridas, procurando una solución amplia a la omisión, al exhortar o instruir al órgano supesor en su acción, incluso aplicando las técnicas de sentencias diferidas. En efecto, existen antecedentes en el control de la inconstitucionalidad por omisión del Poder Ejecutivo, en diversos casos de tutela del derecho a la preservación de la salud, en “Asociación Benghalensis”⁴⁹ y “Campodónico de Beviacqua”.⁵⁰ Un escalón siguiente puede encontrarse en lo decidido por la Corte en los fallos “Badaro I” y “Badaro II”,⁵¹ en los que el Tribunal se ha pronunciado de manera escalonada o diferida, formulando un control de inconstitucionalidad por omisión frente al incumplimiento del legislador en respetar el carácter móvil de las jubilaciones, que se desprende de la operatividad del artículo 14 bis de la Constitución Nacional.

En el año 2009 se verificó un interesante ejemplo de control de inconstitucionalidad por omisión en la instrumentación de remedios procesales idóneos, en la ocasión, para la tutela de derechos colectivos homogéneos en el caso “Halabi”.⁵²

Posteriormente, el tribunal cimero argentino se refirió a las omisiones existentes en materia de sistema federal, tales como el mencionado inmovilismo en la transferencia de potestades a la Ciudad de Buenos Aires,⁵³ la falta de expedición de la ley de coparticipación,⁵⁴ entre otros.

48 *Fallos*: 315:1492.

49 *Fallos*: 323:1339.

50 *Fallos*: 323:3229.

51 *Fallos* 329:3089, 2006 y 330:4866, 2007.

52 *Fallos*: 332:111, 2009.

53 *Fallos*: 338:477; 342:509, Bazán, 2019; 342:533, 2019 y caso “Levinas” ya citado.

54 CSJN, “Santa Fe, Provincia de c. Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, y CSJN 191/2009(45-S)/CSJ, “San Luis, Provincia de c. Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad y cobro de pesos”, *Fallos*: 338:1356, “Provincia de Santa Fe”, 2015.

Finalmente, no es menor la falta de “actualización” de aquella legislación devinida inconstitucional, o incluso convencional, como podría predicarse de la Ley de Amparo (16986, adoptada en un régimen de facto), y la ley que regula el recurso extraordinario federal, que data de 1863, y en consecuencia deviene anacrónica.

A su vez, luego de décadas, la jurisprudencia retomó uno de los primeros aspectos, y a través de la intervención de una clínica de litigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral que cuestionaba la falta de reglamentación de la ley de contrato de trabajo en cuanto exige a determinadas empresas la instrumentación de guarderías, la Corte Suprema de Justicia ha adoptado una decisión que ha implicado el ejercicio del control de la inconstitucionalidad por omisión del Poder Ejecutivo en el fallo dictado en la causa “Etcheverry, Juan Bautista y otros c/ EN s/ amparo ley 16.986”.⁵⁵

A su vez, también pueden encontrarse referencias al control de omisiones en la concreción de los mandatos del bloque de constitucionalidad, lo que podría considerarse control de inconstitucionalidad por omisión.⁵⁶

Recurso generalizado a fórmulas de emergencia

El derecho de emergencia ha recibido un protagonismo inusitado en el sistema jurídico argentino. Pueden identificarse dos vertientes de su eclosión. Por un lado, se ha normalizado la aplicación, por ejemplo, de legislación de emergencia económica vigente por décadas.⁵⁷ Una petrificación inconsistente con su propia definición, que nos ha llevado a vivir en un escenario de “emergencia permanente”.

A su vez, una segunda versión es la presencia de la identificación de una “emergencia generalizada”, donde la utilización de herramientas concebidas para situaciones específicas se realiza de manera excesivamente generosa, a tal punto que se observa la existencia de decretos de necesidad y urgencia sobre los más variados temas (por ejemplo, determinación de días feriados nacionales, DNU 1584/2010, 52/17 y 430/25, entre otros) e incluso abarcadores de un cúmulo innumerable de disposiciones.

En la segunda categoría tomó especial protagonismo el DNU 70/23, titulado “Bases para la reconstrucción de la economía argentina”, cuyo fundamento

55 *Fallos: 344:3011*.

56 Sagüés, “El control de la inconvencionalidad por omisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina a la luz de la doctrina de Germán Bidart Campos”, *op. cit.*

57 Ver, por ejemplo, Juan Ylarri, “La situación de emergencia económica y su control judicial”, *Forum*, n.º 9, 2020, p. 25, entre otros.

expreso es que “se encuentra atravesando una situación de inédita gravedad, generadora de profundos desequilibrios que impactan negativamente en toda la población, en especial en lo social y económico”, cuya severidad “pone en riesgo la subsistencia misma de la organización social, jurídica y política constituida, afectando su normal desarrollo en procura del bien común”. A la par del decreto citado, el Ejecutivo envió un proyecto de ley al Congreso declarando la emergencia en diferentes áreas, solicitando amplias delegaciones de potestades legislativas y proponiendo importantes cambios en todos los sectores del accionar del Estado y la economía.

Como explica Alfredo Vítolo, el recurso acrecentado al derecho de emergencia en términos generales y sistemáticos implica “una modificación copernicana del modo de ver la relación entre el estado y los particulares”⁵⁸ que exige su ponderación por los órganos constitucionales pensados al efecto.

¿TODOS LOS CAMINOS LLEVAN A LA JUDICIALIZACIÓN?

En síntesis, el efecto mariposa de la confluencia de omisiones, metamorfosis y debilitamiento institucionales, en un escenario de polarización social, crisis de representatividad y violaciones estructurales de derechos, en un marco de discriminación interseccional, repercute directamente en el detraimiento de la calidad institucional del sistema de frenos y contrapesos diseñado por la reforma de 1994, y obstaculiza el pleno desarrollo del Estado de derecho en el país.

Los grandes conflictos no han recibido respuesta a través de la interacción entre poderes o fórmulas democráticas, y han generado un escenario de judicialización de alta magnitud.

Como se ha mencionado, se iniciaron procesos de control e inconstitucionalidad por omisión, tanto en torno a la adopción de leyes convenio de coparticipación, ausencia de designaciones, falencias en la instrumentación de políticas públicas, omisiones en torno a la adopción de legislación en pos de la concreción de derechos sociales, control de constitucionalidad de la legislación de emergencia y decretos de necesidad y urgencia, entre otros.

Incluso, en este último tema, los casos judiciales fueron iniciados con anterioridad a que la Comisión Bicameral del Poder Legislativo se pronunciara en torno a la validez, o no, del conocido como “mega decreto” o DNU 70/23, lo cual

⁵⁸ En torno al tema, me remito a Alfredo Vítolo, “La emergencia, la urgencia y la reforma del Estado propuesta por la nueva administración”, *El Dial*, 2 de enero de 2025.

generó amplio debate en la doctrina, y un rechazo por ausencia de caso por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.⁵⁹

Ante ello, no puede dejar de advertirse que numerosos fallos que se volcaron al tratamiento de la problemática, y que son hitos trascendentales en pos del Estado de derecho, no han recibido el nivel de cumplimiento que nuestro orden constitucional exigía.

La naturaleza del conflicto puede llevar a preguntarnos si es la jurisdicción constitucional o puede esta ser un medio de control para garantizar la estabilidad del Estado de derecho, y si la judicialización de los conflictos contribuye al efectivo respeto de los derechos fundamentales. La respuesta a tales preguntas excede el objetivo del presente trabajo.

Sin embargo, su formulación *per se*, nos muestra que en el estado actual de cosas en nuestro país, el Estado de derecho se encuentra jaqueado por una tensión permanente de un conjunto de factores que se nutren de manera recíproca. En definitiva, peligrosamente nos remite a la figura mitológica de los uróboros:⁶⁰ aquella serpiente que se muerde la cola, símbolo antiguo que representa el ciclo eterno de las cosas. Y nos convoca de manera imperiosa a su superación.

UN FINAL ABIERTO

El escenario descrito, no obstante, no nos lleva a un callejón sin salida. Ante la robustez normativa que se vislumbra en los planos constitucional y supranacional, pueden ensayarse líneas de propuestas o medidas institucionales que podrían contribuir a desarticular las tensiones del Estado de derecho en Argentina.

El proceso transformador democrático, institucional y respetuoso de derechos fundamentales en marcha en el país reclama un eslabón superador de las fuerzas centrífugas y centrípetas que condicionan el Estado de derecho, de tal forma que se concreten los mandatos del bloque de constitucionalidad en tal orientación.

Ello exige una respuesta articulada, donde todos los vértices involucrados se fundan en los valores, principios y mandatos constitucionales. La propuesta no es simple ni lineal, pero sí intrínsecamente necesaria a partir de la consistencia de nuestro ordenamiento jurídico y el Estado de derecho.

Como principales líneas de acción, se pueden mencionar las siguientes:

1. El fortalecimiento del sistema democrático mediante:

59 *Fallos*: 347:357 y 329.

60 Transcripción de *oujrobovro*, -on: adjetivo de dos terminaciones que significa “que se muerde la cola”.

- a. La concientización de la ciudadanía en torno al impacto multiplicador de su protagonismo a través de las diversas fórmulas democráticas constitucionales, ya sea representativas (art. 22 CN), participativas (arts. 39 y 40 CN) o deliberativas (art. 42 CN y Convenio 169 de la OIT). En tal orientación, toman protagonismo los mecanismos de educación formal e informal, en particular de sectores vulnerables, comunidades originarias, etc., tanto en lo que refiere a su titularidad de derechos, como los dispositivos que el orden constitucional habilita para canalizar sus intereses.
 - b. La garantía de un escenario de deliberación colectiva que permita superar la profunda polarización de la sociedad, así como la generación de una atmósfera abierta y libre de debate democrático, que involucre tanto a la sociedad civil como a las instituciones constitucionales convocadas al efecto.
 - c. Entre ellas, resulta indispensable la consolidación de las fuerzas políticas, en particular de los partidos políticos, como instituciones básicas del sistema democrático (art. 38 CN). Es necesario garantizar la plena participación de la sociedad en sus áreas, así como brindar el espacio conveniente para su consolidación temporal a largo plazo, más allá de uniones electorales esporádicas.
 - d. El aprovechamiento del potencial democratizador de la inteligencia artificial, con énfasis en las redes sociales, a la par del desarrollo de mecanismos tendientes a evitar su impacto negativo en el debate público, y en particular los procesos electorales, especialmente en lo que se refiere a la desinformación o confusión del electorado mediante *deep fake*.
 - e. El fortalecimiento de otros espacios de deliberación democrática, que permitan oír voces que han encontrado obstáculos en los ámbitos clásicos, por ejemplo, a través de los procesos estructurales y las herramientas de diálogo que ha instrumentado la Corte Suprema de Justicia de la Nación.⁶¹
2. La comprensión de la violación estructural de derechos, y, en particular, de la discriminación estructural como un fenómeno lesivo del derecho a la igualdad, en contradicción con los mandatos constitucionales y del orden convencional de los derechos humanos. Resulta imprescindible visibilizar la efectiva dimensión que determinadas situaciones de hecho naturalizadas y cristalizadas en nuestros países tienen respecto a violaciones estructurales de los derechos fundamentales. En tal sentido, es indispensable:

⁶¹ Me remito en este tema a mi trabajo, “Dimensiones de la jurisdicción dialógica desde una perspectiva comparada latinoamericana”, en *El constitucionalismo transformador en el siglo XXI*, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Tirant lo Blanch, 2022.

- a. Identificar y visibilizar la pluricausalidad policéntrica de la violación estructural de derechos existente, en particular cuando entre ellas tienen especial importancia las omisiones de diversos órganos del Estado en adoptar medidas propias de su incumbencia para su reversión.
- b. Reconocer las obligaciones, positivas y negativas, de los Estados en torno a ellas, y la adopción de medidas con vocación transformadora en pos de su superación. Ello implica no solo políticas públicas, sino también programas de formación o capacitación de personal de áreas estratégicas, a fin de evitar la multiplicación por parte de diversos agentes del Estado de los patrones de discriminación estructural que sostienen la violación generalizada o exponencial de derechos.
3. La proyección de la constitución formal a la constitución material, de tal forma que se vuelvan realidad los mandatos constitucionales. A tal fin, se recomienda:
 - a. El pleno reconocimiento, por los tres poderes del Estado, de la noción de “fuerza normativa de la Constitución” como elemento nuclear de su vigor y vigencia, que evita la atrofia de los mandatos constitucionales ante la inercia o “inmovilidad” de los órganos estatales convocados a concretar sus mandatos.
 - b. La instrumentación de mecanismos jurisdiccionales de control de la inconstitucionalidad por omisión, ya sea institucional, legislativa o reglamentaria, en términos procedimentales respetuosos del sistema de frenos y contrapesos, así como del efectivo respeto de los derechos fundamentales. Se recomienda, en tal sentido, el recurso a sentencias dialógicas que permitan que cada rama de gobierno satisfaga sus obligaciones constitucionales con la efectividad indispensable para el imperio de nuestra constitución, en los términos del artículo 36 de la norma fundamental.⁶²
 - c. La superación de omisiones institucionales mediante la designación de las personas indispensables para el pleno ejercicio de las potestades constitucionales de los órganos constitucionales, en particular aquellos extrapoder, como sería el defensor del pueblo. El efecto multiplicador de estos nombramientos, tanto en lo que se refiere al control del poder como

⁶² Al respecto, me remito a mis trabajos, “Las garantías del control de la inconstitucionalidad por omisión”, en Néstor Pedro Sagüés (dir.), María G. Ábalos (coord.), *Garantías y procesos constitucionales*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003, pp. 389-425, y “El control de la inconvencionalidad por omisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina a la luz de la doctrina de Germán Bidart Campos”, *op. cit.*, así como la doctrina allí citada.

- al acceso a justicia, en particular de sectores vulnerables, reviste especial trascendencia, lo que conlleva su imperiosa necesidad de satisfacción.
4. El fortalecimiento de las instituciones de control del poder, tanto en situaciones de normalidad como frente a situaciones de emergencia o necesidad.
 - a. El efectivo respeto por parte de los poderes del Estado del ámbito propio de sus prerrogativas, a la luz de las fuerzas centrífugas (principio de corrección funcional) y centrípetas (principio de colaboración sin interferencias) que permitan articular un equilibrio funcional.
 - b. La estrictez en el recurso al derecho de emergencia y de necesidad, con especial respeto a las particulares circunstancias que lo habilitan y su efectiva existencia temporal.
 - c. El apego a las fórmulas propias de acción de una jurisdicción constitucional eficaz, a la par que prudente. Es decir, una jurisdicción constitucional que garantice la plena vigencia de los mandatos constitucionales, así como el ámbito de acción propio de cada poder del Estado al respecto.

En definitiva, es en el núcleo normativo de nuestra norma fundamental y el orden regional de los derechos humanos donde se encuentran las herramientas para la superación de las tensiones del Estado constitucional de derecho, por lo que la concreción de su efectivo imperio se demanda como un elemento imprescindible, fundamental, a la par de multiplicador.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

CASTRO VIDELA, Santiago y Patricio D'ACUNTI, "Una nueva mirada sobre la Ley 26.122: radiografía actual de una norma clave en nuestro sistema institucional y jurídico, EDCO 23-4-14.61419 (1a parte)", *El derecho constitucional*, 2019.

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIALES CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIALES (CIS), *Narcotráfico y consumo de drogas en la Argentina*, Opinión Pública del CIS UADE-Voices, <https://www.uade.edu.ar/media/uefaik2g/informe-cis-2018-n-5-narcotrafico-issn-2618-2173.pdf>.

EDELMAN TRUST BAROMETER, *Navegando un mundo polarizado. La confianza en América Latina, 2023*, <https://www.edelman.lat/estudios/edelman-trust-barometer-2023-america-latina>.

EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, "El Poder Ejecutivo y el gabinete ministerial", en AA. VV., *Reforma constitucional*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1994.

GAGO, María Eugenia y Tristán GÓMEZ ZAVAGLIA, “El Defensor del Pueblo de la Nación: entre el olvido, la intención y la desidia”, en *Constitución de la Nación Argentina a 25 años de la reforma de 1994*, Buenos Aires, Hammurabi, 2019.

GRIGERA NAÓN, Camila, “Cuatro de cada diez argentinos presenciaron situaciones de violencia social: las explicaciones detrás de un fenómeno cada vez más frecuente”, Infobae, 23 de noviembre de 2023, <https://www.infobae.com/sociedad/2023/11/23/cuatro-de-cada-diez-argentinos-presenciaron-situaciones-de-violencia-social-las-explicaciones-detrás-de-un-fenomeno-cada-vez-mas-frecuente/>.

HERNÁNDEZ, Antonio María, “A 30 años de la reforma constitucional de 1994”, <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/18768/1/reforma-constitucional-herandez.pdf>.

KÄGY, Werner, *La Constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado. Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho constitucional* (trad. Sergio Díaz Ricci y Juan José Reyven), Madrid, Dykinson, 2005.

KESSLER, Gabriel y Gabriel VOMMARO, *Polarización, consensos y política en la sociedad argentina reciente*, Buenos Aires, Fundación Fundar, 2021, <https://fundar.wp-content/uploads/2021/11/Fundar-Polarizacion-consensos-y-politica-1.pdf>.

LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2^a ed. (trad. Alfredo Gallego Anabitarte), Barcelona, Ariel, 1976.

NOLASCO, Verónica, “Ajustado empate legislativo: casi tantas leyes como DNU en 2024”, *La Nación*, 22 de diciembre de 2024.

NOLASCO, Verónica, “Los con jueces y la Corte Suprema de Justicia de la Nación: otra omisión institucional”, *El Derecho*, año 64, n.º 312.

OBSERVATORIO ARGENTINO DE DROGAS – SEDRONAR, *Informes del Observatorio Argentino de Drogas*, s. f., <https://www.argentina.gob.ar/sedronar/observatorio-argentino-de-drogas>.

OBSERVATORIO DE DECRETOS SUJETOS A CONTROL LEGISLATIVO (ODCL) – UNIVERSIDAD AUSTRAL, Comunicado del 14 de noviembre de 2024, <https://www.austral.edu.ar/derecho/observatorio-de-decretos-sujetos-a-control-legislativo-odcl/>.

OBSERVATORIO DE LA DEUDA SOCIAL ARGENTINA – PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA, “Observatorio de la Deuda Social Argentina”, sitio web oficial de la UCA, s. f., <https://uca.edu.ar/es/observatorio-de-la-deuda-social-argentina>.

OBSERVATORIO DE LA DEUDA SOCIAL ARGENTINA – PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA, “Panel interactivo de indicadores sociales”, Power BI, s. f., <https://app.powerbi.com/view?r=eyJIjoiOTBmMzdjZGMtM2NkNio0DAzLTkzZDkt-MGRiMTY5MWY2MWY3IiwidCI6IjQ5ZmVkNjk3LTAxZmYtNDJkNiihNWEzLT-ZINjViYTcwZDg5ZSIslmMiOjR9>.

OFICINA DE LA MUJER – CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (ARGENTINA), *Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina*, s. f., <https://www.csjn.gov.ar/omrecopilacion/omfemicidio/homefemicidio.html>.

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, “Cifras récord en la lucha contra el narcotráfico: incremento del 70% en la incautación de drogas”, *Argentina.gob.ar*, 1 de agosto de 2023, <https://www.argentina.gob.ar/noticias/cifras-record-en-la-lucha-contra-el-narcotrafico-incremento-del-70-en-la-incautacion-de>.

RAMOS, Agustina, “¿Cómo afectan las últimas medidas del gobierno de Milei a la libertad de expresión?: en retroceso”, *Presentes*, 13 de diciembre de 2024, <https://agenciapresentes.org/2024/12/13/como-afectan-las-ultimas-medidas-del-gobierno-de-milei-a-la-libertad-de-expresion-en-retroceso/>.

SAGÜÉS, María Sofía, “Dimensiones de la jurisdicción dialógica desde una perspectiva comparada latinoamericana”, en *El constitucionalismo transformador en el siglo XXI*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Santiago de Chile, Tirant Lo Blanch, 2022.

SAGÜÉS, María Sofía, “El control de la inconvencionalidad por omisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina a la luz de la doctrina de Germán Bidart Campos”, *El Derecho – Constitucional*, Edición especial en homenaje a Germán J. Bidart Campos, a 20 años de su fallecimiento, 26 de septiembre de 2024, cita digital: ED-V-DCCCLXXXII-531.1.

SAGÜÉS, María Sofía, “Las garantías del control de la inconstitucionalidad por omisión”, en Néstor Pedro SAGÜÉS (dir.) y María G. ÁBALOS (coord.), *Garantías y procesos constitucionales*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003, pp. 389-425.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, *La Constitución bajo tensión*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), 2016, <https://www.iidh.ed.cr/images/Publicaciones/Justicia/La%20Constitucion%20bajo%20tension.pdf>.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Manual de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2019.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, “El concepto de desconstitucionalización”, *Dialnet*, 2007, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27777312>.

SANTIAGO, Andrés, Emiliano VERAMENDI y Santiago CASTRO VIDELA, *El control del Congreso sobre la actividad normativa del Poder Ejecutivo. Decretos delegados, de necesidad y urgencia y de promulgación parcial de leyes. Régimen constitucional, Ley 26.122 y práctica legislativa y jurisprudencial*, Buenos Aires, La Ley, 2019.

VÍTOLO, Alfredo, “La emergencia, la urgencia y la reforma del Estado propuesta por la nueva administración”, *El Dial*, 2 de enero de 2025.

JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, Usuarios y Consumidores Unidos c/ Secretaría de Energía de la Nación y otros s/ Ley de Defensa del Consumidor, *Fallos* 343:637, 2019.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ Amparo colectivo, *Fallos* 339:1077, 2016.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, Negrelli, Oscar Rodolfo c/ Poder Ejecutivo Provincial y otros s/ Amparo, *Fallos* 343:749, 2019.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, Ministerio de Economía y Finanzas Públicas – María Victoria González Cabrera c/ Cavalieri, Deolindo Bruno y otro s/ Ejecución fiscal, *Fallos* 340:169, 2017.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, Shi, Jinchui c/ Municipalidad de la Ciudad de Arroyito s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad, *Fallos* 344:1151, 2021.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, Bazán, Fernando s/ Amenazas, *Fallos* 342:509, 2019.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, Intendente de la Municipalidad de Castelli c/ Buenos Aires, Provincia de s/ Acción declarativa (art. 322 Cód. Procesal), *Fallos* 345:22, 2022.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad, *Fallos* 344:809, 2021.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ Córdoba, Provincia de s/ Ejecución fiscal, *Fallos* 342:533, 2019.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE ARGENTINA, N.N. y Otros s/ Averiguación de delito - Damnificado: Nisman, Alberto y Otros, *Fallos* 339: 1342, 2016.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE ARGENTINA, Ekmekdjian, Miguel Ángel v. Sofovich, Gerardo y otros, *Fallos* 315:1492, 1992.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, Ana Carina Campodonico de Beviacqua V. Ministerio de Salud y Acción Social, Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas, *Fallos* 323, 3229, 2000.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, Adolfo Valentín Badaro V, Anses, *Fallos* 329, 3089, 2006.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, Adolfo Valentín Badaro V, Anses, *Fallos* 330, 4866, 2007.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, Asociación Benghalensis, *Fallos* 323:1339, 2000.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA. HERNESTO ALABI c/ PEN – LEY 25.873 DTO. 1563/04, *Fallos* 332, 111, 2009.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, Etcheverry, Juan Bautista y otros C EN S en Amparo Ley 16.986, *Fallos* 344, 3011, 2021.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, Gil Domínguez Andrés C en S proceso de conocimiento, *Fallos* 347, 357, 2024.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, Rizzo, Jorge Gabriel y Otro c/ EN - DNU 70/23 s/ Amparo Ley 16.98, *Fallos* 347, 329, 2024.

ARTÍCULO PRESENTADO EL 27 DE ENERO DE 2025.

CRISIS DEL ESTADO DE DERECHO EN AMÉRICA LATINA. UNA PERSPECTIVA DE LA SITUACIÓN EN BOLIVIA

José Antonio Rivera S.*

INTRODUCCIÓN

Después de un largo periodo de regímenes de facto, debido a la instauración de dictaduras militares o civiles, a partir de los años ochenta, en los Estados latinoamericanos se ha restablecido la cualidad de Estado democrático constitucional de derecho, al adoptar todos ellos la democracia como régimen de gobierno.¹

* Exmagistrado del Tribunal Constitucional de Bolivia; docente titular de Derecho Constitucional en la Universidad Mayor de San Simón; docente invitado de Derecho Constitucional en la Universidad Real y Pontificia San Francisco Xavier de Chuquisaca; docente de posgrado en varias universidades públicas y privadas de Bolivia. Miembro del Consejo Asesor del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional; presidente de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales; académico de número de la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas; miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional; autor de varios libros y ensayos en derecho constitucional, derecho procesal constitucional y derecho constitucional de los derechos humanos. riverasa@gmail.com.

1 La restauración del régimen democrático de gobierno en los Estados latinoamericanos se dio en un contexto caracterizado por la crisis económica en la región, pues estos enfrentaban una enorme deuda externa impagable, elevados déficits fiscales, hiperinflación y volatilidad en el tipo de cambio; crisis que generó el malestar social, el aumento del desempleo y la pauperización de amplias franjas de la población, debilitando la legitimidad de los regímenes autoritarios. Otro elemento del contexto fue el debilitamiento de las dictaduras militares que, tras años de represión, violaciones de derechos humanos y control absoluto del poder, llevó a que estas perdieran el apoyo tanto interno como externo. Asimismo, el contexto estuvo caracterizado por el cansancio de la población ante la represión, la falta de respeto por las libertades ciudadanas y la ineficiencia en la administración y el manejo de la economía por los gobiernos militares; y, finalmente, la presión internacional, especialmente de Estados Unidos de Norte América, que comenzó a condicionar la ayuda económica a mejoras en la situación de los derechos humanos y a procesos de democratización.

A través de reformas constitucionales y legislativas, algunos Estados han logrado importantes avances en la consolidación y el fortalecimiento de esa cualidad; así, han transitado de la democracia formal electoral hacia una democracia sustancial, aunque no hacia una genuina democracia económica; han fortalecido la positivación de los derechos fundamentales ampliado en sus constituciones el catálogo de derechos fundamentales, incorporando el reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales; incluyendo derechos de grupos sociales vulnerables; y, en algunos casos, derechos colectivos de los pueblos indígenas originarios.² También han adoptado el modelo europeo de control de constitucionalidad,³ con variantes acordes con su propia realidad; han creado

-
- 2 Al respecto se pueden destacar los avances logrados por algunos Estados: i) la República Federativa del Brasil, mediante la reforma constitucional de 1988 y posteriores reformas parciales, incorporó en el catálogo de los derechos fundamentales, los derechos económicos, social y culturales; los derechos sociales de los grupos vulnerables como las familias, niños, niñas, adolescentes y jóvenes, personas adultas mayores; los derechos de los pueblos indígenas, además del derecho colectivo al medio ambiente. ii) Bolivia, en la reforma constitucional de 1994, sentó las bases para el reconocimiento de los derechos colectivos de las naciones y pueblos indígenas originarios; y mediante la reforma Constitucional de 2009, amplió el catálogo de los derechos económicos, sociales y culturales; reconoció los derechos de los grupos sociales vulnerables como las familias, niños, niñas, adolescentes y jóvenes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y personas privadas de libertad; además de reconocer los derechos colectivos de las naciones y los pueblos indígenas originarios. iii) La República de Colombia, mediante la reforma constitucional de 1991 tuvo un avance importantísimo en el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, así como los derechos de grupos vulnerables, ampliando el catálogo de derechos de la Constitución, reconociendo derechos colectivos como el derecho al medio ambiente, al espacio público, al patrimonio público; además de reconocer la diversidad étnica y cultural, con derechos específicos para los pueblos indígenas y afrodescendientes. iv) La República de Ecuador, mediante la reforma constitucional de 1998, avanzó en el reconocimiento de los derechos económicos, social y culturales; derechos de grupos sociales vulnerables; derechos colectivos de los pueblos indígenas, habiéndolos ampliado mediante la Reforma Constitucional de 2008; v) La República Bolivariana de Venezuela, mediante la reforma constitucional de 1999, ha ampliado el catálogo de los derechos económicos, sociales y culturales, además ha incluido el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas.
 - 3 Los Estados que adoptaron el modelo europeo de control de constitucionalidad, con las variantes que se ajustan a su realidad, son: Bolivia, mediante la reforma Constitucional de 1994, creó el Tribunal Constitucional, consolidado mediante la reforma Constitucional de 2009; Colombia, mediante la reforma constitucional de 1991, creó Corte de Constitucionalidad; Ecuador, con la reforma constitucional de 1998, creó el Tribunal Constitucional, y mediante la reforma constitucional de 2008 consolidó el modelo, encomendando la función de control de constitucionalidad a la Corte Constitucional; Perú, mediante la reforma constitucional de 1993, creó el Tribunal Constitucional; República Dominicana, mediante reforma Constitucional de 2010, creó el Tribunal Constitucional.

la Defensoría del Pueblo⁴ para velar por la vigencia de los derechos humanos y defenderlos frente a la administración pública; y han realizado reformas a sus sistemas judiciales.⁵

Sin embargo, en lo que no han avanzado algunos Estados ha sido en resolver problemas estructurales en los ámbitos social y económico, pues la extrema pobreza, la exclusión y la marginación social, los altos índices de desocupación, los elevados índices de la población que no tiene acceso a una vivienda digna y a los servicios públicos de salud y de educación, siguen siendo asignaciones pendientes que cada vez más se profundizan y complejizan.

La ausencia de respuesta a los problemas estructurales mencionados ha traído como consecuencia la irrupción de gobiernos neopopulistas que, en muchos casos, ejercen el poder sin subordinarse al ordenamiento jurídico, y vulneran así derechos humanos y fundamentales, transitan peligrosamente del régimen democrático hacia el régimen autocrático, debilitan la institucionalidad democrática y generan una crisis del Estado democrático constitucional de derecho.

En el presente trabajo se analiza la crisis del Estado democrático de derecho en el Estado Plurinacional de Bolivia, identificando y describiendo sus elementos más significativos.

Una necesaria y breve referencia al sistema constitucional boliviano

Por previsión del artículo 1º de la Constitución, Bolivia es un Estado unitario social de derecho plurinacional comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías; se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico.

Se trata de un modelo de Estado que, en cuanto al ejercicio del poder político, se organiza sobre la base de la unidad política y administrativa, cuya característica es tener un solo centro de impulsión político, concentrando las funciones

4 Mediante reformas constitucionales realizadas en la década de los noventa del siglo XX y principios del siglo XXI, algunos Estados latinoamericanos han creado la figura del defensor del pueblo. La República de Argentina, por reforma constitucional de 1994, otorgó rango constitucional a la Defensoría del Pueblo de la Nación. Asimismo, Bolivia, mediante la reforma constitucional de 1994; Colombia, por reforma constitucional de 1991; la República del Ecuador, mediante la reforma constitucional de 1998; Guatemala, mediante reforma constitucional de 1994; la República del Perú, por reforma constitucional de 1993; y la República Bolivariana de Venezuela, mediante la reforma constitucional de 1999, crearon el Defensor del Pueblo.

5 Algunos Estados han introducido reformas importantes a su sistema judicial mediante reformas constitucionales, tal es el caso de Argentina en 1994, Bolivia en 1994, Colombia en 1991, Perú en 1993, Chile en 1990, Ecuador en 1998 y 2009, y Venezuela en 1999.

ejecutiva, legislativa, judicial y electoral en órganos del Gobierno central; pero tiene un nivel de distribución territorial del ejercicio del poder político descentralizado, bajo la modalidad de autonomías, a cuyo efecto, a través de la Constitución se han creado las Entidades Territoriales Autónomas, a las que se les reconoce la capacidad de organización, de legislación en el ámbito de sus competencias, la elección de sus autoridades, la administración de sus recursos económicos y el ejercicio del gobierno a través de los órganos reconocidos por la Constitución, en el marco de las competencias distribuidas por esta.⁶

De acuerdo con el texto constitucional, el Estado se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico. En el ámbito axiológico del sistema constitucional, la Constitución proclama los valores supremos y los principios fundamentales.

Como parte del ámbito dogmático del sistema constitucional, los derechos fundamentales están reconocidos en un catálogo amplio, sobre la base de los principios de la inviolabilidad, la universalidad, la interdependencia, la indivisibilidad y la progresividad. Los derechos reconocidos en el catálogo están organizados en cinco grupos en función de la finalidad que se persigue con su reconocimiento: i) derechos denominados fundamentales, cuya finalidad es mejorar la calidad de vida para garantizar la vida digna, a partir del reconocimiento y la garantía de un mínimo esencial de derechos; ii) derechos civiles, cuya finalidad es precautelar y proteger el ámbito de la autodeterminación de las personas; iii) los derechos políticos, cuya finalidad es la de vincular a los ciudadanos y ciudadanas con el ejercicio del poder político del Estado, preservando el ámbito de autodeterminación personal; iv) derechos colectivos de las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos, cuya finalidad es la de garantizar la continuidad y la existencia perdurable de estos colectivos humanos, preservando su identidad cultural, sus creencias religiosas, espiritualidades, prácticas y costumbres, y su cosmovisión, así como su entorno territorial; y v) derechos económicos, sociales y culturales, cuya finalidad es la de eliminar las diferencias y desigualdades sociales, sobre la base de la distribución equitativa de la riqueza social y de la solidaridad.

Por previsión del artículo 11 de la Constitución, el Estado boliviano adopta para su gobierno la democracia participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres. La democracia participativa se ejerce por medio del referendo, la iniciativa legislativa ciudadana, la

6 El artículo 272 de la Constitución prevé: “La autonomía implica la elección directa de sus autoridades por las ciudadanas y los ciudadanos, la administración de sus recursos económicos, y el ejercicio de las facultades legislativa, reglamentaria, fiscalizadora y ejecutiva, por sus órganos del gobierno autónomo en el ámbito de su jurisdicción y competencias y atribuciones”.

revocatoria de mandato, la asamblea, el cabildo y la consulta previa. En tanto que, la democracia representativa se ejerce por medio de la elección de representantes por voto universal, directo y secreto, conforme a ley. La democracia comunitaria se ejerce en las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos por medio de la elección, designación o nominación de sus autoridades y representantes, de acuerdo con sus normas y procedimientos propios, conforme a ley.

De otro lado, el Estado adopta el sistema político de gobierno presidencialista, ya que el centro de gravitación política reside en el Órgano Ejecutivo, ejercido por el presidente del Estado, quien es elegido por voto popular, con un periodo fijo de mandato de cinco años, con derecho a la reelección inmediata y continua por una sola vez; concentra las funciones de jefe de Estado y jefe de Gobierno; al ser elegido por voto popular, no tiene responsabilidad política ante el Parlamento, por lo que este no puede destituirlo ni el presidente puede disolver las cámaras legislativas.

El ejercicio del poder político del Estado se organiza sobre la base de los principios constitucionales de independencia de los órganos de poder, la separación de funciones, la coordinación y cooperación de los órganos del poder constituido, así como la prohibición de concentración del poder en un solo órgano; así está previsto por el artículo 12 de la Constitución. El poder político se ejerce a través de cuatro órganos: i) el Órgano Legislativo, ejercido a través de la Asamblea Legislativa Plurinacional compuesta por la Cámara de Senadores y la Cámara de Diputados; ii) el Órgano Ejecutivo, ejercido a través del presidente y vicepresidente del Estado, los ministros de Estado, viceministros y demás funcionarios; iii) el Órgano Judicial, ejercido a través de la Jurisdicción Ordinaria, mediante el Tribunal Supremo de Justicia (TSJ), Tribunales Departamentales de Justicia, jueces y tribunales de instancia; la Jurisdicción Agroambiental, mediante el Tribunal Agroambiental y los juzgados agroambientales; la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina, mediante las autoridades naturales de las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos aplicando su derecho consuetudinario; y las jurisdicciones especializadas que se crean por ley; y, iv) el Órgano Electoral Plurinacional, ejercido a través del Tribunal Supremo Electoral (TSE), Tribunales Electorales Departamentales, juzgados electorales, notarios electorales y jurados electorales. La Justicia Constitucional, por previsión del artículo 179.II de la Constitución, se ejerce mediante el Tribunal Constitucional Plurinacional.

Además de los órganos de poder descritos, en el ejercicio del poder político del Estado intervienen los siguientes órganos constitucionales: i) la Contraloría General del Estado, que desempeña la función de control gubernamental sobre las entidades públicas y aquellas en las que el Estado tenga participación o interés económico; ii) la Defensoría del Pueblo, cuya función es la de velar por la vigencia, promoción, difusión y cumplimiento de los derechos humanos, individuales

y colectivos, reconocidos por la Constitución, y los instrumentos internacionales; iii) el Ministerio Público, que tiene por función defender la legalidad y los intereses generales de la sociedad, y ejercer la acción penal pública; y, iv) la Procuraduría General del Estado, cuya función es la representación jurídica pública y que tiene como atribución promover, defender y precautelar los intereses del Estado.

Con relación a la distribución territorial del ejercicio del poder político, como ya se ha comentado, Bolivia mantiene su calidad de Estado unitario, pero con una descentralización política, administrativa y económica, bajo la modalidad de las autonomías conferidas a las entidades territoriales.

En el marco de la capacidad de autogobierno, que les reconoce la Constitución, cada Entidad Territorial Autónoma cuenta con su propio gobierno que es ejercido de la siguiente manera: i) el Gobierno Autónomo Departamental se ejerce a través de un Órgano Legislativo que reside en la Asamblea Legislativa Departamental, integrada por asambleístas elegidos mediante voto popular; y un Órgano Ejecutivo ejercido a través del gobernador departamental, elegido por voto popular, el gabinete secretarial y demás servidores públicos; ii) el Gobierno Autónomo Regional se ejerce a través de una Asamblea Legislativa Regional, integrada por asambleístas elegidos por voto popular; y un Órgano Ejecutivo ejercido por el gobernador regional y los servidores públicos definidos en su normativa; iii) el Gobierno Autónomo Municipal se ejerce a través de un Órgano Legislativo que reside en el Concejo Municipal integrado por concejales municipales elegidos por voto popular; y el órgano Ejecutivo ejercido por el alcalde municipal, el gabinete secretarial y demás servidores públicos; y v) el Gobierno Autónomo Indígena Originario Campesino que es ejercido a través de sus autoridades naturales.

CRISIS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

El Estado democrático constitucional de derecho, definido por el constituyente en la Constitución promulgada el 7 de febrero de 2009, muy pronto entró en crisis; debido, entre otras causas, a la falta de lealtad constitucional de quienes detentan y ejercen el poder político;⁷ pues estos no cumplen los mandatos constitucionales.

⁷ A meses de haberse promulgado la Constitución de 2009, el presidente del Estado, Evo Morales Ayma, mediante Decreto Supremo 138 de 20 de mayo de 2009, determinó la centralización en la ciudad de La Paz, como ámbito de jurisdicción procesal para el juzgamiento de los delitos de terrorismo, sedición o alzamientos armados contra la Seguridad y Soberanía del Estado, infringiendo el principio de reserva de ley y vulnerando el derecho al debido proceso en su garantía mínima del derecho al juez natural, para luego, utilizando ese Decreto Supremo, desplegar una persecución judicial con fines políticos en contra de

les; al contrario, infringen los valores supremos y principios constitucionales, vulneran los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, incumplen y, en su caso, infringen las normas orgánicas que regulan el ejercicio del poder político, debilitando peligrosamente la institucionalidad democrática.

La crisis que se inició en la anterior década, hoy se encuentra en un estado avanzado que afecta la calidad y las bases mismas de la democracia.

La infracción del principio de alternancia en el ejercicio del poder

Según dispone el artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana, de la Organización de los Estados Americanos (OEA):

Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa. La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al Estado de Derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia.⁸

Conforme a la norma antes señalada, una de las bases esenciales de la democracia representativa en un Estado constitucional de derecho es el gobierno limitado, vale decir, que los gobernantes ejerzan el poder político, desde su acceso a la función, con estricta subordinación a las normas, reglas y principios pre establecidos. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en su Opinión Consultiva OC 28/21, ha señalado:

En una democracia representativa es necesario que el ejercicio del poder se encuentre sometido a reglas, fijadas de antemano y conocidas previamente por todos los ciudadanos, con el fin de evitar la arbitrariedad. Este es precisamente el sentido del concepto Estado de Derecho. En esa medida el proceso democrático,

líderes cívicos y políticos de oposición, como el gobernador del departamento de Pando. De otro lado, por Decreto Presidencial 432 de 17 de febrero de 2010, designó magistrados del Tribunal Constitucional, infringiendo las normas previstas por el artículo 198 de la Constitución. La Asamblea Legislativa Plurinacional, mediante la Ley 381 de 20 de mayo de 2013, Ley de Aplicación Normativa, reformó la Disposición Transitoria Primera de la Constitución, para viabilizar una segunda reelección continua del presidente Evo Morales, infringiendo los artículos 168 y 411 de la Constitución.

⁸ Asamblea General de la OEA, Carta Democrática Interamericana, Resolución AG/RES. 1 (XXVIII-E/01) de 11 de septiembre de 2001, https://www.oas.org/charter/docs_es/resoluciones_es.htm.

requiere de ciertas reglas que limiten el poder de las mayorías expresado en las urnas para proteger a las minorías. Por lo tanto, las reglas de acceso al ejercicio del poder no pueden ser modificadas sin ningún límite por quienes temporalmente se encuentren ejerciendo el poder político.⁹

Refiriéndose a la obligación de realizar elecciones periódicas como fundamento de la democracia representativa, la Corte IDH ha señalado:

Esta obligación de celebrar elecciones periódicas implica indirectamente que los mandatos de cargos de la Presidencia de la República deben tener un período fijo. Los Presidentes no pueden ser elegidos por plazos indefinidos. Este Tribunal resalta que la mayoría de los Estados Parte de la Convención incluyen en su legislación limitaciones temporales al mandato del Presidente.

Esta prohibición de mandatos indefinidos busca evitar que las personas que ejercen cargos por elección popular se perpetúen en el ejercicio del poder. En este sentido, la Corte resalta que la democracia representativa se caracteriza por que el pueblo ejerce el poder mediante sus representantes establecidos por la Constitución, los cuales son elegidos en elecciones universales. La perpetuación de una persona en el ejercicio de un cargo público conlleva al riesgo de que el pueblo deje de ser debidamente representado por sus elegidos, y que el sistema de gobierno se asemeje más a una autocracia que a una democracia. Esto puede suceder incluso existiendo elecciones periódicas y límites temporales para los mandatos.¹⁰

El sistema constitucional boliviano recoge esta prohibición en el artículo 168 de la Constitución que estipula un periodo fijo de mandato para el presidente y vicepresidente del Estado de cinco años con derecho a la reelección por una sola vez de manera continua.

Sin embargo, infringiendo el principio democrático de la alternancia en el ejercicio del poder y el límite a la reelección presidencial previsto por la norma constitucional, la Asamblea Legislativa Plurinacional expidió la Ley 381 de 20 de mayo de 2013, Ley de Aplicación Normativa, cuyo artículo 4 reformó la Disposición Transitoria Primera de la Constitución, en su párrafo segundo,¹¹

9 Corte IDH, La figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC 28/21 de 07 de junio de 2021, párr. 71, https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/serie_28_esp.pdf.

10 *Ibid.*, párrs. 72-73.

11 El párrafo segundo de la Disposición Transitoria Primera de la Constitución prevé que: “Los mandatos anteriores a la vigencia de esta Constitución serán tomados en cuenta a los efectos del cómputo de los nuevos períodos de funciones”.

para habilitar una segunda reelección continua al entonces presidente del Estado, Evo Morales Ayma, y al vicepresidente, Álvaro García Linera, para el periodo constitucional 2015-2020; a pesar de que los referidos mandatarios ya se habían beneficiado de la reelección continua en el periodo 2010-2015.¹²

El artículo 4 de la Ley de Aplicación Normativa prevé lo siguiente:

- I. De conformidad a lo establecido en el Artículo 168 de la Constitución Política del Estado, el Presidente y Vicepresidente elegidos por primera vez a partir de la vigencia de la Constitución, están habilitados para una reelección por una sola vez de manera continua.

La prescripción contenida en la Disposición Transitoria Primera, Parágrafo II, de la Constitución Política del Estado, es aplicable a las autoridades que después del 22 de enero de 2010, continuaron ejerciendo cargos públicos, sin nueva elección, designación o nombramiento.

Como queda en evidencia, la Asamblea Legislativa Plurinacional (ALP), mediante una Ley ordinaria, reformó la Disposición Transitoria Primera de la Constitución, atentando gravemente contra el Estado constitucional de derecho. Con el propósito de dotarle de una aparente legitimidad constitucional, la ALP, antes de sancionarla, la sometió a control preventivo de constitucionalidad, planteando una consulta sobre la constitucionalidad del proyecto de ley. El Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP), demostrando una carencia total de independencia y desconociendo su función de guardián y último intérprete de la Constitución, mediante la Declaración Constitucional Plurinacional 0003/2013, de 25 de abril, convalidó la infracción constitucional, al declarar la constitucionalidad del artículo 4 del Proyecto de Ley de Aplicación Normativa.

Para justificar su determinación, el TCP esgrimió el irrazonable argumento de que: “El Poder Constituyente ha refundado el Estado”, es decir que con la reforma constitucional se ha producido la refundación del Estado y se ha creado un nuevo orden jurídico-político,¹³ lo que significa que se desecha y deja sin

¹² Los ciudadanos Evo Morales Ayma y Álvaro García Linera fueron elegidos para ejercer los cargos de presidente y vicepresidente por el periodo 2006-2010; habiendo sido reelegidos para el periodo 2010-2015.

¹³ En la referida Declaración Constitucional, Fundamento Jurídico F.3.9, se afirmó lo siguiente: “El nuevo orden es diferente al preexistente, el nuevo orden implica una nueva era jurídico política basada en la refundación del Estado, por ello se concluye que es absolutamente razonable y acorde con la Constitución, realizar el cómputo del plazo para el ejercicio de funciones tanto del Presidente como del Vicepresidente del Estado Plurinacional de Bolivia, desde el momento en el cual la función constituyente refundó el Estado y por ende creó un nuevo orden jurídico-político” (DCP 0003, 2013).

efecto absolutamente todo el ordenamiento jurídico anterior, incluida la Constitución; abandonando con ello una anterior tesis respecto a los efectos de la reforma constitucional,¹⁴ sin exponer fundamentos jurídicos razonables y suficientes para justificar ese cambio de criterio.

Con base en la mencionada Ley de Aplicación Normativa, en las elecciones generales de 2014, la organización política oficialista Movimiento Al Socialismo (MAS), postuló a una segunda reelección continua al presidente y al vicepresidente en ejercicio, Evo Morales Ayma y Álvaro García Linera, quienes obtuvieron la victoria para ejercer esas funciones por el periodo constitucional 2015-2020.

Otra infracción al principio democrático de la alternancia en el ejercicio del poder político, que afectó al Estado constitucional de derecho debilitando la institucionalidad democrática, fue la pretensión de la organización política oficialista MAS y del presidente del Estado de reformar parcialmente la Constitución en su artículo 168, para habilitar al presidente y vicepresidente del Estado, Evo Morales Ayma y Álvaro García Linera, a una nueva reelección continua (la tercera).

La ALP, en la que la organización política oficialista tenía más de dos tercios de votos, sancionó irregularmente la Ley de reforma parcial de la Constitución.¹⁵ Conforme al procedimiento, antes de su promulgación el Proyecto de Ley sancionado fue sometido a control preventivo de constitucionalidad por vía de consulta sobre la constitucionalidad de procedimiento de reforma parcial de la carta.¹⁶

El TCP, mediante Declaración Constitucional 0193/2015, de 21 de octubre, declaró la constitucionalidad del procedimiento y del Proyecto de la Ley de

¹⁴ Hasta ese momento, en sus diferentes sentencias, acogiendo la teoría de la Escuela Alemana, el Tribunal Constitucional sostuvo que las reformas no cambian la Constitución ni el sistema constitucional, solamente cambian las normas. Puntualmente señalaba lo siguiente: “La Constitución, al ser reformada o sustituida por una nueva, mantiene su naturaleza jurídica, toda vez que ontológicamente sigue siendo la misma norma suprema y fundamental dentro de un Estado [...] es necesario aclarar que existen preceptos en la Constitución Política del Estado vigente, que por su propia naturaleza no pueden ser aplicados de manera inmediata, pues requieren el establecimiento de las nuevas instituciones creadas por la misma Constitución y de acuerdo a los requisitos y fines perseguidos, es por esta razón que existe un régimen de transición en el que los órganos e instituciones preexistentes a la reforma deben continuar funcionando, mientras la configuración orgánica establecida en la Constitución vaya siendo paulatinamente desarrollada y por ende los nuevos órganos e instituciones vayan reemplazando a los preexistentes” (SCP 0070/2010, de 03 de mayo, FJ.III.1).

¹⁵ El Proyecto se discutió y aprobó en sesión conjunta de ambas cámaras legislativas, sin haber pasado por las cuatro discusiones y aprobaciones previstas en el procedimiento legislativo establecido por el artículo 163 de la Constitución.

¹⁶ Según dispone el artículo 149 del Código Procesal Constitucional: “La consulta tiene por objeto declarar la constitucionalidad del procedimiento de reforma parcial de la Constitución Política del Estado”.

Reforma Parcial de la CPE, consumando la infracción a la Constitución, con el manifiesto propósito de habilitar al presidente y vicepresidente del Estado a una tercera reelección consecutiva.

En cumplimiento de lo previsto por el artículo 411.II de la Constitución, el referido Proyecto de Ley fue sometido a referendo constitucional aprobatorio, con la siguiente pregunta:

¿Usted está de acuerdo con la reforma del artículo 168 de la Constitución Política del Estado para que la Presidenta o Presidente y la Vicepresidenta o Vicepresidente del Estado puedan ser reelectas o reelectos por dos veces de manera continua?

Por Disposición Transitoria de la Ley de Reforma Parcial de la Constitución Política del Estado, se considera como primera reelección al período 2015-2020 y la segunda reelección de 2020-2025.¹⁷

En el referendo constitucional aprobatorio, realizado el 21 de febrero de 2016, los resultados finales oficiales proclamados por el Órgano Electoral Plurinacional fueron: por la opción Sí, 2.546.135, que representó el 48,70%; y por la opción NO, 2.682.517, que representó el 51,30%; por lo que, por mayoría absoluta de votos, se rechazó la reforma parcial de la Constitución; es decir, las y los ciudadanos bolivianos rechazaron la pretensión de introducir en el texto constitucional la permisión de más reelecciones continuas para presidente y vicepresidente del Estado, y rechazaron la pretensión de perpetuación en el poder, defendiendo el principio democrático de la alternancia en el ejercicio del poder político.

Durante la campaña para la realización del referendo constitucional aprobatorio, el entonces presidente del Estado en numerosas oportunidades afirmó que acataría la voluntad ciudadana, así la diferencia entre los votos por el Sí frente a los votos por el No fuese de un solo voto; sin embargo, una vez publicados los resultados oficiales de la consulta popular cambió de posición. En una conferencia de prensa realizada el 24 de febrero de 2016 afirmó que el oficialismo ha perdido una batalla, “pero no la guerra”;¹⁸ posteriormente, Evo Morales Ayma anticipó una segunda oportunidad para conocer si el MAS seguiría en el poder luego de 2020, y en declaraciones a la prensa manifestó lo siguiente: “ya estamos diez años de Presidente, tenemos unos tres años y medio. En el área rural, hemos aprobado

¹⁷ Tribunal Supremo Electoral, Pregunta consignada en la papeleta de la consulta popular, https://www.oep.org.bo/wp-content/uploads/2017/01/afiche_referendoconstitucional.pdf.

¹⁸ Boris Miranda, “Cómo se explica y qué significa para Bolivia la derrota de Evo Morales en el referendo por su cuarto mandato”, *BBC News Mundo*, 2016, https://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/02/160222_significado_derrota_evo_morales_referendo_reeleccion_bolivia_bm.

con amplia mayoría con el Sí (en el referendo constitucional); con la ciudad, hemos perdido. Como todos dicen: es el segundo tiempo, ahora viene el segundo tiempo; en el segundo tiempo, veremos quién es quién".¹⁹

No resignados al rechazo ciudadano a la pretendida reforma parcial de la Constitución, un grupo de senadores y diputados de la bancada del MAS plantearon ante el Tribunal Constitucional Plurinacional una acción de inconstitucionalidad abstracta, impugnando los artículos 156, 168, 285.II y 288 de la Constitución, solicitando se declaren inaplicables, y demandando se declaren inconstitucionales los artículos 52.III, 64.d), 65.b), 71.c) y 72.b) de la Ley 026, con el argumento de que esas disposiciones constitucionales y legales son contrarias a las normas previstas por los artículos 26 y 28, concordantes con los artículos 13, 256 y 410.II, todos de la Constitución, y los artículos 1.I, 23, 24 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), alegando que existe una contradicción entre las normas de la Constitución impugnadas y el artículo 23 de la CADH; en consecuencia, solicitaron que, en cumplimiento de lo previsto por el artículo 256 de la CPE, se declarare la inaplicabilidad de las normas de la Constitución y la inconstitucionalidad de las normas de la Ley del Régimen Electoral.

Pese a que la acción planteada era manifiestamente improcedente por carecer de objeto y materia, debido a que el Tribunal Constitucional Plurinacional no tiene competencia para resolver una acción de inconstitucionalidad sobre normas de la propia Constitución, tampoco para realizar un control abstracto de convencionalidad, fue admitida, sustanciada y resuelta mediante Sentencia SCP 0084/2017 de 28 de noviembre, en la que se resolvió lo siguiente:

- 1º Declarar la *aplicación preferente* del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por ser la norma más favorable en relación a los Derechos Políticos, sobre los arts. 156, 168, 285.II y 288 de la Constitución Política del Estado, en las frases: 'por una sola vez de manera continua' de los arts. 156 y 168 y 'de manera continua por una sola vez' de los arts. 285.II y 288. 2º Declarar la *inconstitucionalidad* de los arts. 52.III en la expresión 'por una sola vez de manera continua'; 64 inc. d), 65 inc. b), 71 inc. c) y 72 inc. b) en el enunciado 'de manera continua por una sola vez' de la Ley del Régimen Electoral –Ley 026 de 30 de julio de 2010–.²⁰

¹⁹ Declaraciones del presidente del Estado, Evo Morales Ayma, difundidas por el medio *Urgente.Bo. Tu país, tus noticias*, <https://www.urgente.bo/noticia/evo-%E2%80%99Cen-el-segundo-tiempo-veremos-qui%C3%A9n-es-qui%C3%A9n%E2%80%99D>.

²⁰ Sentencia Constitucional Plurinacional, SCP 0084/2017 de 28 de noviembre, parte resolutiva.

Con la determinación adoptada, el Tribunal Constitucional Plurinacional materialmente modificó la Constitución, infringiendo lo previsto por los artículos 411 y 196 de la misma, quebrantando una vez más la vigencia del Estado democrático constitucional de derecho.

Para sustentar su determinación, el Tribunal Constitucional Plurinacional arguyó que uno de los contenidos del derecho de ser elegido, reconocido por el artículo 26 de la Constitución y el artículo 23.1.b de la CADH, ¡es el derecho a la reelección indefinida! Lo cual significa, según los magistrados que emitieron la sentencia, ¡que la reelección indefinida es un derecho humano! Todo un despropósito. Un segundo argumento expuesto en la Sentencia es que el derecho político de ser elegido no puede ser limitado o restringido sino exclusivamente por las razones establecidas por el numeral 2) del artículo 23 de la CADH, lo cual tampoco es correcto. Un tercer argumento expresado en la Sentencia es que la limitación de la reelección a una sola vez de manera continua es una medida de exclusión, restricción o distinción de quienes en determinado momento se encuentran ejerciendo cargos electivos, por lo que se constituye en una discriminación que infringe la norma prevista por el artículo 24 de la CADH, que reconoce el derecho a la igualdad.

Cabe señalar que la determinación adoptada en la SCP 0084/2017 provocó una grave infracción del sistema constitucional y el Estado democrático constitucional de derecho, al declarar la ineficacia de normas constitucionales que limitan la reelección presidencial; ello por dos razones centrales. La primera, por la infracción del principio de soberanía popular, la violación del derecho al voto y a que se respete la voluntad política de las y los ciudadanos que fue expresada a través del voto en el referendo constitucional de 21 de febrero de 2016. La segunda, por haber trastocado el núcleo esencial del régimen de gobierno democrático representativo, infringiendo el principio de la alternancia en el ejercicio del poder político.

El desconocimiento de la voluntad ciudadana expresada en las urnas motivó que las y los ciudadanos organizados en plataformas ciudadanas protagonizaran permanentes protestas pacíficas bajo el lema: “Bolivia dijo No”, exigiendo el respeto del resultado del referendo constitucional.

Ante la agudización de las referidas protestas ciudadanas, el TSE, el 19 de octubre de 2018, en cumplimiento de lo dispuesto en la nueva ley de partidos políticos, convocó a elecciones primarias para que los partidos políticos, las agrupaciones ciudadanas, los frentes o alianzas políticas conformaran sus respectivos binomios de candidatos a presidente y vicepresidente del Estado, para las elecciones generales de octubre de 2019. Esa convocatoria fue desatinada ya que, de un lado, todas las organizaciones políticas que anunciaron su participación en las elecciones generales de 2019 ya tenían definidos sus binomios, por lo

que no era necesario realizar elecciones primarias; y, de otro, fue innecesariamente anticipada, y agravada con la adopción de un calendario electoral con plazos muy cortos, que perjudicaron a las organizaciones políticas de oposición en la conformación de alianzas políticas.²¹ De esta manera, la mencionada convocatoria no tuvo como finalidad garantizar una definición democrática de las candidaturas para la elección de presidente y vicepresidente del Estado, sino que respondió a una estrategia política en función de los intereses del gobierno para aplacar las protestas ciudadanas que se acrecentaban, y cerrar el debate sobre la procedencia o no de la habilitación del presidente y vicepresidente del Estado en ejercicio para una nueva reelección, pese –insisto– a la prohibición constitucional expresa.

Lamentablemente, el TSE habilitó la candidatura de Juan Evo Morales Ayma y Álvaro García Linera, presidente y vicepresidente en ejercicio, a las elecciones primarias para definir el binomio presidencial de la organización política en función de gobierno, infringiendo la norma prevista por el artículo 168 de la Constitución y la voluntad ciudadana expresada en el referendo constitucional. Para justificar su errada determinación, el TSE arguyó dar cumplimiento a la Sentencia SCP 0084/2017 de 28 de noviembre. Ese argumento fue carente de sustento jurídico constitucional, ya que, por previsión del artículo 14 del Código Procesal Constitucional, las sentencias emitidas en la acción de inconstitucionalidad no tienen efecto retroactivo, siendo solo aplicables a futuro.

En otras palabras, los efectos de la mencionada sentencia solo se aplicaban para las y los ciudadanos que serían elegidos a partir de las elecciones generales de octubre de 2019 y asumirían el cargo en enero de 2020, sin limitación alguna a la reelección; pero no eran aplicables para el presidente y el vicepresidente del Estado en ejercicio, porque ellos fueron elegidos con la regla establecida por el artículo 168 de la Constitución, que limita la reelección a una sola vez de manera continua, pues fue bajo ese marco jurídico y reglas vigentes que las y los ciudadanos votaron por ambos ciudadanos y los invistieron del mandato popular.

En consecuencia, el TSE infringió el principio de seguridad jurídica y afectó el Estado constitucional de derecho, que proclama el artículo 1º de la Constitución, al habilitar el binomio oficialista, además de desconocer la voluntad ciudadana, que es la base esencial del régimen democrático, al permitir la participación del presidente y vicepresidente del Estado en este nuevo proceso electoral para el período constitucional 2020-2025.

²¹ Como ejemplo, cabe señalar que en el Calendario Electoral se fijó como plazo límite para que los partidos políticos hagan entrega de los libros de militantes el día 24 de octubre de 2018, a tan solo 5 días de haberse emitido la convocatoria.

Pese a todos estos antecedentes, las elecciones se realizaron en octubre de 2019 en medio de una serie de acciones y decisiones ilegales del Órgano Electoral Plurinacional, que presentaron graves irregularidades, denunciadas –incluso– por las misiones de observadores electorales de la ONU y la OEA, lo que provocó una lamentable crisis política caracterizada por la movilización pacífica de ciudadanas y ciudadanos, jóvenes principalmente, crisis administrada erróneamente por el gobierno a través de una respuesta violenta de grupos sociales afines, cuyo resultado final fue la anulación de las elecciones, la renuncia del presidente y vicepresidente del Estado al cargo, la cesación de funciones de los vocales de los organismos electorales y la convocatoria a nuevas elecciones generales.

Se trató de acciones y decisiones ilegales adoptadas para favorecer la candidatura oficialista en desmedro de los candidatos de oposición, reflejando la falta de independencia del Órgano Electoral, visiblemente parcializado hacia la candidatura oficialista. Entre las principales irregularidades nos referiremos a la ilegal autorización a una organización política para que sustituya sus candidatos a la presidencia fuera de todo plazo; o a la sustitución del candidato a la vicepresidencia de otra organización política con un ciudadano que no fue elegido en las elecciones primarias, infringiendo la norma prevista por el artículo 29.XII de la Ley de Organizaciones Políticas.²²

Otra notoria transgresión fue el no saneamiento del Padrón Electoral, omisión que significó que no se excluyeran a las y los ciudadanos fallecidos, no se depuraran las dobles inscripciones, no se investigara y corrigiera el incremento desproporcional de partidas de inscripción de ciudadanas y ciudadanos en el padrón electoral en 70 municipios rurales y de residentes bolivianos en el extranjero, principalmente en Brasil y Argentina, por lo que el día de las elecciones aparecieron como votantes personas ya fallecidas y ciudadanos que tenían

²² El artículo 29, parágrafo XII de la Ley 1096 de 01 de septiembre prevé lo siguiente: “Los resultados de la elección de candidaturas del binomio presidencial, serán vinculantes y de cumplimiento obligatorio para los partidos políticos o alianzas y para las elecciones generales. Las únicas causales que pueden revertir el carácter vinculante de estos resultados son la muerte o una enfermedad gravísima sobreviniente debidamente probada de alguna o alguno de las o los miembros del binomio elegido”. En el caso del candidato a la presidencia del Partido Demócrata Cristiano, elegido en las primarias, este renunció a la candidatura y fue sustituido por un ciudadano no elegido; y el candidato a la vicepresidencia de la Alianza “Bolivia Dice No” también renunció y fue sustituido por una ciudadana no elegida en las primarias, sustitución que estaba prohibida por la norma transcrita, pero el TSE, con la finalidad de favorecer a la candidatura oficialista, validó esas sustituciones infringiendo la ley.

doble registro.²³ Con esa omisión se infringió la norma prevista por el artículo 99 de la Ley del Régimen Electoral.

Otra falta grave del TSE fue su reticencia a adoptar medidas para evitar el uso irrazonable de la estructura y los recursos del Estado por parte de los candidatos oficialistas durante la campaña electoral, uso expresamente prohibido por la normativa electoral vigente.

A pesar de todas las transgresiones y violaciones descritas, el 20 de octubre de 2019 se realizaron las elecciones generales. Concluida la jornada de emisión de votos, el TSE inició el cómputo y la transmisión de datos preliminares a través del sistema informático denominado Transmisión de Resultados Electorales Preliminares (TREP). Sin embargo, sin explicación o justificación técnica o jurídica razonable, al promediar las 20:10 horas, se produjo la abrupta interrupción de la divulgación de dichos resultados preliminares.

Para ese momento, ya se habían escrutado más del 80% de las actas, cuyo resultado reflejaba una diferencia inferior al 10% entre los votos obtenidos por el candidato oficialista, ubicado en primer lugar, y el candidato de oposición, resultado que obligaba a realizar una segunda vuelta electoral; seguidamente a la interrupción de la transmisión del TREP, a las 20:30 horas, el candidato oficialista, en contacto con los medios de prensa, se proclamó ganador en primera vuelta.

Los hechos ilegales descritos dieron lugar a una protesta social pacífica en las calles, protagonizada originalmente por jóvenes a los que se fueron sumando gradualmente las y los vecinos de las principales ciudades, denunciando el accionar del Órgano Electoral Plurinacional como parte de un fraude electoral. En los primeros días de la protesta, la población movilizada exigió el respeto de su voluntad expresada en las urnas, rechazando el resultado del cómputo nacional anunciado por el TSE, y exigiendo la realización de una segunda vuelta electoral. Lamentablemente, la respuesta del gobierno no fue la adecuada: inicialmente, el presidente del Estado la minimizó, manifestando que se trataba de “una protesta de universitarias y universitarios realizada con pititas y por platita”, asimismo, manifestó que él podría dar cátedra en organizar y ejecutar la protesta social.

En la medida en que la protesta social en las calles continuó se fue masificando –lo que provocó la paralización de actividades públicas y privadas en las ciudades capitales de departamento y ciudades intermedias–, la demanda ciudadana se fue modificando, pues ya se exigió la anulación de las elecciones.

²³ Registro de denuncias enviadas al correo de la Auditoría de Integridad Electoral de las elecciones generales en Bolivia, como Anexo 7 al Informe Final – Análisis de Integridad Electoral Elecciones Generales en el Estado Plurinacional de Bolivia, elaborado por la OEA, <https://www.oas.org/es/sap/deco/informe-bolivia-2019/7%20-%20Registro%20de%20Denuncias.pdf>.

La respuesta del gobierno fue, de un lado, movilizar a las organizaciones sociales afines para contrarrestar la protesta ciudadana, lo que generó enfrentamientos con lamentables resultados,²⁴ y, de otro, solicitar a la OEA la realización de una Auditoría sobre el Cómputo Electoral, anunciando que el resultado de la Auditoría sería vinculante, suscribiendo para ello un convenio entre el Ministro de Relaciones Exteriores y el Secretario General de la OEA, pero excluyendo al Órgano Electoral Plurinacional y a la población movilizada.

A pesar de estas medidas, la movilización permanente de la ciudadanía en las calles seguía masificándose y ante los lamentables resultados de los enfrentamientos generados por los grupos afines al gobierno que pretendían romperla, la demanda ciudadana se incrementó. Ahora, además de exigir la anulación de las elecciones, la población movilizada exigía la renuncia del presidente del Estado.

La masiva protesta social, que abarcó las ciudades principales, intermedias y varias pequeñas poblaciones del país, tuvo una duración de 21 días, interrumpiendo actividades económicas, laborales, así como las actividades gubernamentales, con lastimosas consecuencias. El día 08 de noviembre se produjo un motín en la Policía Boliviana, que se negó a seguir reprimiendo a la población que hacía uso de su derecho a la legítima protesta pacífica. El día 10 de noviembre, una vez conocido el informe de la auditoría electoral realizada por la OEA, cuya conclusión fue que hubo irregularidades en el cómputo nacional, el presidente del Estado, a través de los medios de comunicación, exhortó a la población movilizada

²⁴ Las organizaciones sociales afines al gobierno del municipio de Yapacaní se movilizaron hacia la ciudad de Montero, en el departamento de Santa Cruz, con el objetivo de levantar los bloqueos, se produjo un enfrentamiento en el que dos personas del grupo de ciudadanos movilizados perdieron la vida por disparos de armas de fuego, y varias personas resultaron con heridas de la misma fuente. El Estado no investigó, no identificó ni sancionó a los autores. En la ciudad de Cochabamba, integrantes de la Confederación Nacional de Mujeres Campesinas Indígenas Originarias de Bolivia Bartolina Sisa, organización que forma parte del partido en función de gobierno Movimiento Al Socialismo, marcharon por la ciudad de Cochabamba para respaldar al presidente Evo Morales, pedir el respeto del voto del área rural y denunciar supuestos actos de discriminación en su contra; las marchistas se enfrentaron con las personas movilizadas que pedían la anulación de las elecciones, provocando graves daños personales. En otro hecho luctuoso, en el municipio de Quillacollo, del departamento de Cochabamba, se produjo un enfrentamiento entre grupos afines al gobierno y las personas movilizadas, con el lamentable resultado de la muerte de un joven del grupo de personas movilizadas que pedían la anulación de las elecciones. En otro hecho violento, un grupo de dirigentes cívicos y estudiantes universitarios que se trasladaban en buses desde las ciudades de Potosí y Sucre a la ciudad de La Paz para formar parte de la movilización que exigía la anulación de las elecciones y la renuncia del presidente, fue emboscado cerca de la ciudad de Oruro, por grupos afines al gobierno, con el resultado de varios ciudadanos movilizados heridos.

a levantar las protestas, ofreciendo tomar de inmediato las siguientes medidas: 1) anular las elecciones generales; 2) renovar totalmente las cortes electorales; y 3) la convocatoria a nuevas elecciones generales en las que participaran solamente los candidatos que participaron en las elecciones anuladas. La oferta del presidente del Estado fue rechazada por la población que insistió en exigir la renuncia del mandatario.

El presidente y el vicepresidente del Estado presentaron renuncia a sus cargos en horas de la tarde del día 10 de noviembre de 2019; también lo hicieron la presidenta y el primer vicepresidente de la Cámara de Senadores, así como el presidente de la Cámara de Diputados. El día 12 de noviembre de 2019, antes de que la Asamblea Legislativa Plurinacional considerase las renuncias presentadas,²⁵ los mandatarios renunciantes abandonaron el territorio del Estado con destino a la ciudad de México, cuyo gobierno les otorgó asilo político.

Al quedar acéfalos los cargos de presidente y vicepresidente del Estado por ausencia definitiva del cargo, debido al abandono del territorio del Estado, y debido a que la presidenta de la Cámara de Senadores, el presidente de la Cámara de Diputados y el primer vicepresidente de la Cámara de Senadores, quienes se encontraban en la cadena de sucesión presidencial, también renunciaron a sus cargos, la segunda vicepresidenta de la Cámara de Senadores, que se encontraba en funciones, en aplicación de lo previsto por el artículo 41.a) del Reglamento General de la Cámara de Senadores reemplazó a la presidenta y al primer vicepresidente y asumió la Presidencia de la Cámara de Senadores;²⁶ sobre esa base se aplicó la sucesión presidencial, de manera que la ciudadana Jeanine Añez Chávez asumió la Presidencia del Estado el día 12 de noviembre de 2019, para completar el periodo constitucional que terminaba el 21 de enero de 2020, garantizando la realización de las elecciones generales que serían convocadas ante la anulación de las realizadas en octubre de 2019.

Ante la renuncia del presidente y del vicepresidente, organizaciones sociales integrantes del MAS nuevamente tomaron las calles con la consigna “ahora sí, guerra civil”, protagonizando actos de violencia, como la quema de más de 64 buses de servicio público de propiedad del Gobierno Autónomo Municipal de La

²⁵ Por previsión del artículo 161.3 de la Constitución, “Las Cámaras se reunirán en Asamblea Legislativa Plurinacional para ejercer las siguientes funciones, además de las señaladas en la Constitución: 3. Admitir o negar la renuncia de la Presidenta o del Presidente del Estado, y de la Vicepresidenta o del Vicepresidente del Estado”.

²⁶ El artículo 41, inciso a) del Reglamento General de la Cámara de Senadores dispone lo siguiente: “Son atribuciones de la Segunda Vicepresidenta o Segundo Vicepresidente: a) Reemplazar a la Presidenta o Presidente y a la primera Vicepresidenta o Primer Vicepresidente, cuando ambos se hallen ausentes por cualquier impedimento”.

Paz; la quema de la vivienda de la periodista de Canal 11 Televisión Universitaria de La Paz, Casimira Lema, y la del exdefensor del pueblo, Waldo Albarracín Sánchez; la quema de la Estación Policial Integral de la Zona Sur de la ciudad de Cochabamba; la quema del Comando Provincial de la Policía Boliviana en el municipio de Sacaba; la quema de oficinas del Comando de la Policía Boliviana, de la Unidad Operativa de Tránsito, de la Fuerza Especial de Lucha contra el Crimen, de la Estación Policial Integral 5 de la ciudad de El Alto; la quema de unidades policiales de los municipios de Bulo Bulo, Shinahota, Villa Tunari y Chimoré en la zona del trópico del departamento de Cochabamba, entre otros muchos hechos de violencia y vandalismo.

Como parte de los lamentables conflictos sociales y políticos, los dirigentes de las seis federaciones del trópico de Cochabamba convocaron a una marcha el 14 de noviembre para dirigirse primero a Cochabamba y luego a La Paz, exigiendo el retorno de Evo Morales Ayma a la presidencia del Estado, rechazando la “autoproclamación de la señora Añez”. Tomando en cuenta que las anteriores marchas realizadas por pobladores de la región del trópico de Cochabamba no fueron pacíficas, la convocatoria a la marcha generó en la población de la ciudad de Cochabamba el fundado temor de un ataque a la propiedad privada y a la integridad personal, situación ante la que se activó una operación conjunta de seguridad por la Policía Boliviana con la cooperación de las Fuerzas Armadas. Según se refiere en el Informe del Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes (GIEI – Bolivia), el día 14 de noviembre “partidarios del MAS y productores de hoja de coca del trópico trataron de ingresar en marcha a Cochabamba por Sacaba, el Abra y la zona sur, pero fueron contenidos por la policía y el ejército”. Al día siguiente, 15 de noviembre, desde el trópico nuevamente partió una marcha de más de 3.000 personas con destino a la ciudad de Cochabamba, pero fue retenida por efectivos de la Policía Boliviana con apoyo de efectivos de las Fuerzas Armadas, como parte del operativo de seguridad, en la zona denominada puente Huayllani. Se estableció un diálogo de los representantes de los marchistas con el comandante departamental de la Policía Boliviana, Comando Departamental de Cochabamba, para que la marcha continuara hasta la ciudad.

Desafortunadamente, la negociación no tuvo final feliz; al contrario, se produjo una intervención policial que hizo uso de gases lacrimógenos y balines de goma. Durante estos incidentes hubo disparos de armas de fuego que provocaron la muerte de nueve personas y dejaron al menos 98 heridos.²⁷ Hasta la fecha no se ha investigado con objetividad para individualizar a los autores materiales de dichos

²⁷ Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes - GIEI, “Informe sobre los hechos de violencia y vulneración de los derechos humanos ocurridos entre el 01 de septiembre y el 31

disparos, todo depende de a quién se pregunte respecto estos terribles hechos. Los ciudadanos que se identifican como parte de los marchistas sostienen que fueron los efectivos policiales y de las Fuerzas Armadas los que hicieron uso de armas de fuego letal; por otra parte, hay versiones de diferentes fuentes, entre ellas, oficiales de las fuerzas policiales, de las Fuerzas Armadas y sectores ciudadanos, que sostienen que entre los marchistas había personas que portaban armas de fuego, y que probablemente ellos pudieron haber disparado contra los propios manifestantes.²⁸

Otro hecho extremadamente lamentable, fue el acaecido en la zona de Senkata de la ciudad de El Alto en el departamento de La Paz. En dicha localidad se encuentran emplazados tanques de almacenamiento de combustibles de gran capacidad, de propiedad de Yacimientos Petrolíferos Fiscales (YPFB), planta responsable de la provisión de combustibles líquidos y de gas licuado de petróleo a las ciudades de El Alto y de La Paz. Luego de ocho días de cerco continuo a la salida de camiones transportadores de combustibles, se logró un acuerdo con los vecinos organizados de la Junta Vecinal de Senkata, que sostenían la medida de presión, para permitir la salida de un convoy con 47 carros cisterna y varios camiones cargados de garrafas de gas licuado de petróleo, para paliar el desabastecimiento que venían padeciendo ambos centros urbanos (el segundo y tercero más grandes del país). Ante estos hechos, arribaron al lugar cerca de una centena de personas que se identificaron como militantes y simpatizantes del MAS, quienes procedieron a derribar en tres partes el muro perimetral de la planta de YPFB, quemaron cuatro vehículos que se encontraban en las inmediaciones, e intentaron ingresar a la planta por la parte sur con la supuesta intención de prender fuego a los depósitos de combustible del lugar; frente a esas acciones de violencia extrema, las fuerzas de seguridad, presentes en el lugar, procedieron a reprimir a los manifestantes usando armas de fuego letal. En este desgraciado incidente diez personas perdieron la vida y más de 70 resultaron heridas.

Una vez el conflicto social dio señales de ser superado, mediante Ley 1266 de 24 de noviembre, las elecciones generales realizadas el 20 de octubre de 2019 y

de diciembre de 2019”, de 23 de julio de 2021, p. 84. Disponible en: https://gieibolivia.org/wp-content/uploads/2021/08/informe_GIEI_BOLIVIA_final.pdf.

28 El Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes (GIEI), en su “Informe sobre los hechos de violencia y vulneración de los derechos humanos ocurridos entre el 01 de septiembre y el 31 de diciembre de 2019”, emitido el 23 de julio de 2021, sobre la base de informes recogidos de los protagonistas de la marcha y del delegado departamental de la Defensoría del Pueblo, quien fue y es un connotado militante del MAS, y hoy oficia como abogado defensor de Evo Morales Ayma, afirma que las muertes y los heridos fueron causadas por los efectivos de las fuerzas policiales y la Fuerzas Armadas, https://gieibolivia.org/wp-content/uploads/2021/08/informe_GIEI_BOLIVIA_final.pdf.

sus resultados quedaron sin efecto legal, y se dispuso la realización de nuevas elecciones generales para elegir presidente y vicepresidente del Estado, senadores y diputados, así como representantes ante organismos parlamentarios supraestatales para el período constitucional 2020-2025; estas elecciones debían realizarse en un plazo máximo de 120 días a partir de la emisión de la convocatoria. Asimismo, mediante la referida Ley se cesó de sus funciones a todos los vocales del TSE y de los Tribunales Electorales Departamentales, disponiendo que la Asamblea Legislativa procediera a la inmediata designación de los nuevos vocales en cumplimiento de las atribuciones asignadas por la Constitución.

Designados los miembros de los tribunales electorales, el TSE emitió la convocatoria para las elecciones generales, fijando como fecha de realización el 3 de mayo de 2020. Sin embargo, debido a la inmovilización social decretada por el Gobierno nacional para enfrentar la pandemia de covid-19, la realización de las elecciones en la fecha fijada no fue posible, habiéndose postergado en dos ocasiones, lo que generó una protesta social de los sectores sociales afines al MAS. Finalmente, las elecciones se realizaron el 18 de octubre de 2020, en las que resultaron elegidos los ciudadanos Luis Arce Catacora como presidente del Estado y David Choquehuanca Céspedes como vicepresidente del Estado, ambos postulados por el MAS.²⁹

La determinación de dejar sin efecto las elecciones generales de 20 de octubre de 2019 generó una situación de anormalidad constitucional extrema, ya que, el período de mandato constitucional del presidente y vicepresidente del Estado, y el de los senadores y diputados de la Asamblea Legislativa Plurinacional concluía el 21 de enero de 2020, y no era posible realizar nuevas elecciones generales antes de esa fecha. Ante esta situación, la Asamblea Legislativa, con control de constitucionalidad preventivo, expidió la Ley 1270, a través de la cual se prorrogó excepcionalmente el mandato de la presidenta del Estado, de los y los senadores y diputados de la Asamblea Legislativa, y de las autoridades electas de las Entidades Territoriales Autónomas.

La crisis social y política descrita debilitó considerablemente la institucionalidad democrática del Estado boliviano, poniendo en riesgo la democracia.

El debilitamiento de la independencia de los órganos de poder

Una de las formas en que se manifiesta la crisis del Estado constitucional de derecho en Bolivia es la afectación de la institucionalidad democrática, originada,

²⁹ Según registra el Acta del Cómputo Oficial realizado por el TSE, los candidatos del MAS obtuvieron un 55,11% de los votos, <https://www.oep.org.bo/wp-content/uploads/2020/11/Acta-de-computo-2020.pdf>.

entre otras causas, por el debilitamiento de la independencia de los órganos de poder con una tendencia a concentrar el poder político en el presidente del Estado.

La afectación a la independencia del Órgano Legislativo

Por previsión del artículo 12.I de la Constitución, el poder político del Estado se ejerce mediante cuatro órganos de poder: Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Electoral, sobre la base del principio de independencia de los órganos, separación de funciones, pesos y contrapesos, coordinación y cooperación de los órganos. Sin embargo, infringiendo la norma y los principios constitucionales referidos, el gobierno ha adoptado medidas legislativas y ha desplegado acciones políticas para debilitar la independencia de los órganos Legislativo, Electoral y judicial, concentrando peligrosamente el poder en el órgano Ejecutivo y, más propiamente en el presidente del Estado.

Desde el Órgano Ejecutivo y el Tribunal Constitucional Plurinacional, se han desplegado acciones y tomado decisiones que han debilitado y continúan debilitando la independencia del Órgano Legislativo.

Entre febrero y marzo de 2020, el Parlamento convocó al ministro de Defensa a prestar informe oral, pero el informe presentado no satisfizo a los parlamentarios peticionantes de la bancada del MAS. En consecuencia, los legisladores accionantes plantearon un Pliego de Interpelación en contra del señalado ministro, quien fue convocado a asistir a un acto de interpelación fijado para el 13 de marzo; pero luego, de manera irregular, adelantaron la realización de dicha interpelación para el día 6 de marzo, cambiando inclusivo el lugar donde debía celebrarse dicho acto.³⁰ Ante la no comparecencia del ministro, y pese a que este presentó notas de justificación, el MAS, haciendo uso de los dos tercios del total de miembros del parlamento, consideró injustificada la excusa para no comparecer al acto de interpelación, por lo que tomó la determinación de censurar al ministro de Defensa.

Conforme a lo previsto por el artículo 158, numeral 8 de la Constitución, la censura tiene como efecto jurídico la obligatoria destitución del ministro por el presidente del Estado.³¹ Si bien es cierto que la presidenta del Estado remo-

³⁰ El Pliego Interpelatorio se refería al pedido de renuncia del entonces presidente del Estado, Evo Morales Ayma, efectuado por el entonces comandante de las Fuerzas Armadas.

³¹ El artículo 158.18 de la Constitución dispone: “Son atribuciones de la Asamblea Legislativa Plurinacional, además de las que determina esta Constitución y la ley: i8. Interpelar, a iniciativa de cualquier asambleísta, a las Ministras o los Ministros de Estado, individual o colectivamente, y acordar la censura por dos tercios de los miembros de la Asamblea. La

vió de su cargo al ministro censurado, no es menos cierto que, en una conducta de desconocimiento de la potestad de fiscalización del Órgano Legislativo y los efectos de las determinaciones adoptadas en el procedimiento de fiscalización, al día siguiente de haberlo removido, volvió a designarlo en el mismo cargo.³² Hecho similar aconteció en octubre de 2020, cuando el Parlamento censuró a los ministros de Gobierno y de Educación, quienes fueron removidos de sus cargos, y luego de pasado un día volvieron a ser designados en el mismo cargo.

Ante la conducta referida, la Asamblea Legislativa Plurinacional expidió la Ley 1350 de 16 de septiembre de 2020, en la que, por una parte, precisa los efectos de la censura de un ministro de Estado; y, de otra, establece la prohibición para la o el presidente de designar como ministro de Estado a la o el ciudadano que hubiere sido censurado por la Asamblea Legislativa Plurinacional en los tres años posteriores a su destitución.³³

La referida ley fue impugnada mediante acción de inconstitucionalidad abstracta por un diputado suplente del MAS del bloque afín al gobierno actual. El Tribunal Constitucional Plurinacional, mediante Sentencia SCP 0020/2023 de 05 de abril, ha declarado la constitucionalidad del artículo 3.II de la Ley sobre los efectos de la censura; y la inconstitucionalidad de las normas previstas por el artículo 4 de la ley (que prohíbe la designación de dicho ciudadano en cualquier cargo público por un período de tres años); lo que significa que, si bien la o el presidente del Estado estará obligado a destituir al ministro censurado, no es

interpelación podrá ser promovida por cualquiera de las Cámaras. La censura implicará la destitución de la Ministra o del Ministro”.

³² El Parlamento censuró al ministro de Defensa, Luis Fernando López, por no haber concurrido al acto de interpelación en tres ocasiones reiteradas; la censura fue por la inconcurrencia, no como desaprobación de la política pública; en principio, la presidenta del Estado expresó su rechazo a la censura y negativa de destituir al ministro, argumentando que la censura fue incorrecta; pero ante la amenaza de juicio de responsabilidades, procedió a destituir al ministro para luego volver a designarlo en el mismo cargo, <https://diputados.gob.bo/noticias/alp-censuro-al-ministro-de-defensa-decision-que-implica-su-destitucion/> y en: <https://erbol.com.bo/nacional/vuelve-l%C3%B3pez-a%C3%B3Biez-lo-designa-nuevamente-como-ministro-de-defensa>.

³³ El artículo 4 de la Ley 1350, dispone expresamente lo siguiente: “I. La Presidenta o el Presidente del Estado, no podrá designar como Ministra o Ministro a la ciudadana o ciudadano que hubiera sido censurada o censurado por la Asamblea Legislativa Plurinacional, en los tres (3) años posteriores a su destitución. II. La autoridad encargada de la designación de las Máximas Autoridades Ejecutivas de las instituciones y empresas públicas, no podrá designar en este cargo a la ciudadana o ciudadano que hubiera sido objeto de censura por la Asamblea Legislativa Plurinacional, en los tres (3) años posteriores a su destitución. III. La inobservancia de lo señalado en los Parágrafos anteriores, será susceptible de proceso penal por incumplimiento de deberes”.

menos cierto que válidamente podría volver a designar en el cargo al ciudadano removido de este.³⁴

Siguiendo el antecedente referido, cuando en junio de 2024 la Asamblea Legislativa Plurinacional censuró al ministro de gobierno, el presidente Luis Arce Catacora lo destituyó, para luego volver a designar en el mismo cargo al censurado.

Otra afectación severa a la independencia del Órgano Legislativo tuvo lugar en 2023, a raíz de una Acción de Amparo Constitucional planteada por el ministro de Economía en contra de la Asamblea Legislativa Plurinacional, a la que se sumaron otros siete ministros de Estado; la Sala Constitucional Primera del Tribunal Departamental de La Paz aplicó la medida cautelar disponiendo la suspensión de los actos de interpelación que estaban programados en contra de ocho ministros de Estado, hasta que el Tribunal Constitucional Plurinacional resuelva en grado de revisión la referida Acción de Amparo Constitucional.

Otro caso grave se dio cuando, ante el viaje del presidente del Estado a Rusia, por la sucesión presidencial prevista por el artículo 169 de la Constitución, el vicepresidente del Estado asumió la presidencia interina, lo que provocó su ausencia en la función de presidente nato de la Asamblea Legislativa Plurinacional, razón por la que el presidente de la Cámara de Senadores, que es el primer vicepresidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional, asumió y ejerció la función de presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional,³⁵ y en fecha 5 de junio de 2024, emitió la Convocatoria a la sesión de la Asamblea Legislativa Plurinacional (sesión conjunta de ambas cámaras).

La convocatoria fue impugnada por vía de Recurso Directo de Nulidad³⁶ presentado el 6 de junio por un diputado del MAS, del grupo de legisladores afín al presidente del Estado. En cuestión de horas, el Tribunal Constitucional emitió el Auto Constitucional 0254/2024-CA de 06 de junio,³⁷ admitiendo el Recurso, disponiendo la remisión de los antecedentes relativos al caso y la suspensión de la competencia de la autoridad recurrida respecto al acto de convocatoria. La

34 Para conocer los fundamentos jurídicos la sentencia, ver: [https://buscador.tcpbolivia.bo/\(S\(j5s3hp2nofpqlmxl4jyp35jgo\)\)/WfrExpedientes.aspx](https://buscador.tcpbolivia.bo/(S(j5s3hp2nofpqlmxl4jyp35jgo))/WfrExpedientes.aspx).

35 Por disposición expresa del artículo 39.2 del Reglamento General de la Cámara de Senadores, “Son atribuciones de la Presidenta o Presidente de la Cámara: b) Ejercer la Presidencia de la Asamblea Legislativa Plurinacional en ausencia o impedimento del Presidente nato”.

36 Por previsión del artículo 143 del Código Procesal Constitucional, “El recurso directo de nulidad tiene por objeto declarar la nulidad de los actos de Órganos o autoridades públicas que usurpan funciones que no les competen, así como ejercer jurisdicción o potestad que no emane de la Ley”.

37 Ver el Auto en: [https://buscador.tcpbolivia.bo/\(S\(j5s3hp2nofpqlmxl4jyp35jgo\)\)/WfrExpedientes.aspx](https://buscador.tcpbolivia.bo/(S(j5s3hp2nofpqlmxl4jyp35jgo))/WfrExpedientes.aspx).

sesión convocada fue presidida por el presidente de la Cámara de Senadores en ejercicio de la función de presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional; en esta sesión se aprobaron proyectos de ley; sin embargo, ante la denuncia planteada por el diputado recurrente de no haberse dado cumplimiento a lo dispuesto por el Auto Constitucional 0254/2024-CA³⁸ referido a la suspensión de competencia del recurrido, el Tribunal Constitucional emitió el Auto Constitucional 0041/2024 de 19 de junio, en el que declaró nulos de pleno derecho todos los actos legislativos efectuados por la autoridad recurrida.

El debilitamiento de la independencia del Órgano Judicial y del Tribunal Constitucional Plurinacional

Con la adopción de disposiciones legales, acciones y decisiones desde los órganos Legislativo y Ejecutivo, se ha debilitado al extremo la independencia del Órgano Judicial y del Tribunal Constitucional Plurinacional.

En enero de 2006, el presidente del Estado obligó que los magistrados de las altas Cortes de justicia a reducir sus salarios, al determinar, mediante Decreto Supremo, luego convertido a ley, un tope salarial equivalente al sueldo cobrado por el presidente del Estado, prohibiendo a todo otro servidor público percibir un salario por encima de dicho tope. Al mismo tiempo, el presidente del Estado formuló acusaciones públicas por supuesta corrupción en el Órgano Judicial, sin individualizar a los supuestos funcionarios corruptos e instaurar acciones penales para determinar la responsabilidad.

El entonces presidente del Estado acusó a los magistrados del Tribunal Constitucional de cometer prevaricato por la emisión de una sentencia constitucional que declaró la constitucionalidad de la designación interina de magistrados de la Corte Suprema de Justicia (hoy Tribunal Supremo de Justicia) realizada por el presidente del Estado, pero dispuso la cesación de funciones de esos magistrados, bajo el argumento de que el cargo interino tiene una duración máxima de 90 días; a raíz de ello, se instauró un juicio de responsabilidades en contra de los magistrados del Tribunal, cuya tramitación fue muy irregular y que, si bien fue desestimado, fue el principal motivo para que cuatro de los cinco magistrados de dicho tribunal renunciaran a sus cargos, ocasionando que el Tribunal Constitucional dejara de desarrollar sus labores jurisdiccionales entre noviembre de 2007 hasta diciembre de 2009, ocasión en la que recién se repuso las vacancias de los cuatro magistrados.

³⁸ Ver el Auto en: [https://buscador.tcpbolivia.bo/\(S\(j5s3hp2nofpqmxl4jyp35jgo\)\)/WfrExpedientes.aspx](https://buscador.tcpbolivia.bo/(S(j5s3hp2nofpqmxl4jyp35jgo))/WfrExpedientes.aspx).

Teniendo en cuenta que uno de los factores importantes para garantizar la independencia judicial, en su faceta institucional, es la autonomía económica-financiera, presupuestaria y la consiguiente asignación de un adecuado presupuesto, desde el Órgano Ejecutivo, con participación del Legislativo, se ha optado por reducir la asignación presupuestaria del Judicial. En los últimos quince años, la asignación de presupuesto para el Órgano Judicial fue muy baja; en el Presupuesto General del Estado del año 2012 se destinó el 0,30% del total; en 2013 se redujo al 0,28%; en 2014 se destinó el 0,29%, porcentaje que se mantuvo durante los años 2015 y 2016³⁹; en el año 2018 se asignó el 0,44% y el año 2023 el 0,43%.

La baja asignación presupuestaria genera una insuficiente disponibilidad de recursos económico-financieros para: i) brindar suficiente cobertura del sistema judicial, crear nuevos juzgados; ii) dotar de una adecuada infraestructura y equipamiento para los magistrados y jueces; iii) dotar oportunamente el material y los insumos adecuados y suficientes a los operadores del sistema judicial, con tecnología de punta; iv) sostener programas de capacitación y actualización permanente; v) sistematizar y distribuir oportunamente información; y vi) establecer una escala salarial para los jueces acorde con el nivel de responsabilidad.

El artículo 178.II.1 de la Constitución establece que el desempeño de los jueces de acuerdo con la carrera judicial constituye una garantía, entre otras, de la independencia judicial. Sin embargo, el artículo 215 de la Ley 025 del Órgano Judicial, en contradicción con la norma constitucional referida, ha reducido los alcances del Sistema de Carrera Judicial solamente a los jueces de instancia, cuando dispone: “La carrera judicial comprende a las juezas y jueces”; excluyendo claramente del sistema a los jueces de apelación⁴⁰ y al personal de apoyo jurisdiccional.⁴¹

Esa definición legal niega la estabilidad laboral a los vocales de los tribunales departamentales de justicia, introduciendo un factor que debilita su independencia, ya que, al tener un periodo de funciones determinado y estar sujeto a una sola reelección, estarían subordinados a la voluntad de quienes tienen la potestad de designarlos. Ello atenta contra el ejercicio de la potestad de impartir justicia si se tiene en cuenta que esos vocales son jueces de segunda instancia, ya que conocen y resuelven los recursos de apelación, y también intervienen como

39 Datos del Consejo de la Magistratura.

40 El artículo 46 de la Ley 025 prevé lo siguiente: “Las y los vocales de los Tribunales Departamentales de Justicia, ejercerán sus funciones por un período de cuatro años, computables a partir de su posesión y podrán ser reelegidas y reelegidos por otro período” (Ley 025, 2010).

41 El artículo 63 de la Ley 025 prevé lo siguiente: “Las juezas y los jueces, en el ejercicio de sus funciones, estarán sujetos a la carrera judicial. La evaluación de su desempeño formará parte del sistema de la carrera judicial” (Ley 025, 2010).

jueces de primera instancia para conocer, sustanciar y resolver los procesos contenciosos y procesos contenciosos administrativos.

Según la norma prevista por el artículo 216.I de la Ley del Órgano Judicial: “El Sistema de Carrera Judicial comprende los Subsistemas de ingreso, evaluación y permanencia, capacitación, formación y cesación de funciones”. En tanto que, el artículo 217.I de la misma ley prevé: “El Subsistema de Ingreso a la carrera judicial es el proceso de selección que comprende las fases de concurso de méritos y exámenes de competencia o promoción de los egresados de la Escuela de Jueces del Estado”; y luego, el artículo 218.I dispone: “El Subsistema de Evaluación y Permanencia comprende las normas y los procedimientos para evaluar de manera periódica y permanente a las juezas y los jueces públicos para la continuidad o cesación del cargo”.

Lo lamentable es que no se han implementado íntegramente los diferentes subsistemas que establece esta ley. Así, el subsistema de ingreso no está implementado a cabalidad, pues los postulantes rinden un examen sobre la base de un banco de preguntas que, en el mejor de los casos, comprueba únicamente la idoneidad profesional. La ley prevé exámenes de competencia u oposición, para poder comprobar, entre otras, las idoneidades de: ejercicio, ética, psicológica, gerencial y la social. No existe una definición clara sobre si es un sistema cerrado o semiabierto, aunque en la práctica el Consejo de la Magistratura ha entendido que es lo último, pues ha designado como jueces a abogados en el ejercicio libre de la profesión. En el subsistema de capacitación se ha implementado una Escuela de Jueces, sin embargo, no todos los jueces últimamente nombrados son egresados de la misma. Por su parte, el subsistema de evaluación no se ha implementado, pues no se ha superado la deficiencia que se venía arrastrando y, como en el pasado, los jueces no son evaluados en el desempeño de sus funciones.

Mediante las leyes 003 de 13 de febrero y 040 de 01 de septiembre de 2010, el Órgano Legislativo declaró transitorios todos los cargos de los miembros: la Corte Suprema de Justicia, las Cortes Superiores de Distrito y juzgados dependientes del Tribunal Agrario Nacional y del Tribunal Constitucional, con lo que se ha dejado sin eficacia alguna la Carrera Judicial, y la garantía de estabilidad e inamovilidad de los jueces y magistrados.

Con apoyo en las disposiciones legales referidas, el Consejo de la Magistratura emitió una convocatoria pública para realizar procesos de selección y preparar nóminas para la designación de vocales, desconociendo que los que ejercían esas funciones eran parte de la Carrera Judicial, cesándolos implícitamente en sus funciones con esa determinación.

La decisión del Consejo de la Magistratura fue impugnada por los vocales afectados, por lesionar sus derechos fundamentales; sin embargo, el Tribunal

Constitucional, mediante sentencias: SCP 0504/2015-S1 de 01 de junio y SCP 0499/2016-S2 de 13 de mayo, reconoció la constitucionalidad de las referidas leyes, y declaró que todos los vocales, jueces y servidores de apoyo jurisdiccional y administrativo son transitorios, denegando la tutela solicitada.

En otro acto de discrecionalidad, en el año 2017, el Consejo de la Magistratura destituyó a 88 jueces sin previo proceso ni evaluación de desempeño, bajo el argumento de que los cargos de jueces eran transitorios, sin considerar que estos eran parte de la Carrera Judicial, vulnerando nuevamente la garantía de estabilidad e inamovilidad de jueces y magistrados.

Además, el Consejo de la Magistratura aprobó y puso en vigencia el Reglamento Transitorio de Movilidad Funcionaria de Jueces y Servidores de Apoyo Judicial y, a partir de su aplicación, ha realizado traslados arbitrarios de jueces, probablemente para provocar su renuncia al cargo. Sobre este tema, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sostiene que el traslado de las y los operadores de justicia puede tener un fin legítimo y ser necesaria para la reestructuración y administración eficiente del poder judicial. Sin embargo, cuando está basado en motivos de carácter discrecional, el acto de separación del operador de justicia de los casos que venía conociendo, o de su lugar de trabajo, puede ser una represalia a sus decisiones, por lo que la amenaza de traslado sirve también como un amedrentamiento para el desempeño independiente de sus labores.⁴²

La independencia de los jueces también de vio afectada por el accionar ilegal y arbitrario de representantes del Ministerio Público. Algunos fiscales de materia, al no obtener el resultado requerido –de aplicación de detención preventiva a un imputado–, instauran acciones penales por la comisión de un supuesto prevaricato contra los jueces que se niegan a cumplir con sus muchas veces infundadas exigencias. Entre muchos casos donde se evidencian estos hechos, me referiré al de una jueza a cargo de un juzgado mixto de Pailón-Chiquitos, Santa Cruz, que fue aprehendida en su despacho por agentes policiales y del Ministerio Público acusada de haber cometido los delitos de: prevaricato, uso indebido de influencias e incumplimiento de deberes en el proceso seguido por el fiscal coordinador de la Unidad de Fiscales Especializada en Anticorrupción; imputada formalmente, se ordenó su detención preventiva en la cárcel pública.⁴³

⁴² CIDH, Garantías para la Independencia de las y los operadores de justicia, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44, 2013, párr. 125.

⁴³ La acción ilegal del Ministerio Público se originó porque la indicada jueza, en cumplimiento de sus funciones y aplicando estándares internacionales, dispuso la libertad irrestricta de una persona imputada por haber cometido el delito de transporte de sustancias controladas, ya que el Ministerio Público había realizado un operativo sin control jurisdiccional procediendo a la aprehensión de un piloto de avioneta; acto seguido, había presentado imputación

Otro de muchos casos donde se observa el exceso cometido por los fiscales, fue la instauración de una acción penal en contra de un juez penal cautelar de la ciudad de Cochabamba, acusándolo de haber cometido supuestamente los delitos de prevaricato e incumplimiento de deberes⁴⁴ porque, en la audiencia de aplicación de medidas cautelares, dispuso la detención domiciliaria de la persona imputada por el Ministerio Público por la comisión del delito de legitimación de ganancias ilícitas; una vez instaurada la acción penal, los fiscales del Programa Integral Anticorrupción (PIA), apoyados por unidades policiales, procedieron al allanamiento de las oficinas del juez, lo que motivó el reclamo de todos los jueces cautelares que terminaron renunciando a sus cargos por las acciones de presión ilegales desplegadas por los fiscales hacia los jueces.⁴⁵

Otra decisión que ha debilitado la independencia de los jueces y magistrados fue la implementación del sistema de selección y designación de las autoridades judiciales.

Por previsión de los artículos 182, 188, 194 y 198 de la Constitución, los magistrados del TSJ, del Tribunal Agroambiental y del Tribunal Constitucional Plurinacional, así como los consejeros del Consejo de la Magistratura, son elegidos por voto popular directo mediante sufragio universal de las y los candidatos seleccionados por la Asamblea Legislativa Plurinacional con dos tercios de votos. Los argumentos principales para adoptar este sistema, único en el mundo,⁴⁶ fueron que: a través de este mecanismo se otorgaría legitimación democrática di-

formal por el delito de transporte de sustancias controladas. El Ministerio Público imputó formalmente a la jueza y solicitó la detención preventiva, el juez cautelar, por Resolución de 14 de julio de 2011, dispuso la detención preventiva de la jueza, decisión que fue apelada; el Tribunal de Apelación revocó la determinación del juez cautelar disponiendo que subsanara defectos procesales, ordenando al juez cautelar que en el plazo de 24 horas de recibido el expediente señalara audiencia, pero no dispuso la libertad de la jueza detenida; el expediente fue entregado al juez cautelar el 03 de agosto de 2011; sin embargo, hasta el 11 de septiembre de 2011 el juez cautelar no señaló audiencia y mantuvieron detenida ilegalmente a la jueza mixta de Pailón; razón por la que el Colegio de Abogados de Cochabamba y la Oficina Jurídica para la Mujer presentaron un Informe sobre la violación de la independencia de la jueza ante la Relatora Especial para la Independencia de Magistrados y Abogados de la ONU.

44 La Opinión, “Fiscalía irrumpió en juzgado que liberó de la cárcel al ‘Sépico’”, 09 de agosto de 2011, <https://www.opinion.com.bo/articulo/policial/%EF%BB%BFfiscalia-irrumpe-juzgado-libero-carcel-serpico/20110809204600373178.html>.

45 El Consejo de la Magistratura, en vez de representar esas acciones ilegales de los fiscales y otorgar garantías a los jueces, aceptó las renuncias presentadas por los jueces cautelares en materia penal de la ciudad de Cochabamba.

46 Cabe señalar que, cuando se elaboraba este trabajo, en los Estados Unidos Mexicanos se había aprobado la reforma constitucional que prevé la elección por voto popular, con sufragio universal, de la totalidad de jueces y magistrados.

recta a las autoridades de los máximos tribunales de justicia; que se daría fin con la injerencia política en el sistema judicial del Estado, y que así se contribuiría a enfrentar la crisis judicial, superando la crónica dilación de justicia, la corrupción, la politización y la mala calidad del servicio.

Sin embargo, habiéndose ya aplicado en dos ocasiones esta modalidad de selección y designación (elecciones de 2011 y 2017) y una tercera en curso, el sistema judicial del Estado no ha tenido un cambio positivo; al contrario, se ha agudizado la crisis estructural, pues no se logró dotar de legitimación democrática directa a las y los magistrados. Hoy, el Órgano Judicial está más subordinado que nunca a los órganos Ejecutivo y al Legislativo, no se respeta la independencia de los magistrados y jueces, la dilación de justicia está a la orden del día, los niveles de corrupción se han incrementado, la calidad del servicio judicial es notoriamente más deficiente y el derecho de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva es objeto de una permanente y sistemática violación.

Luego de transcurridos dos períodos con magistrados electos popularmente, ha quedado en evidencia que el sistema de selección y designación establecido en la Constitución de 2009 ha resultado un fracaso. Una de las razones para ese fracaso fue la forma de selección de las y los candidatos a magistrados de los máximos tribunales de justicia y de las y los consejeros del Consejo de la Magistratura, pues la selección realizada por la Asamblea Legislativa Plurinacional no se basó en una comprobación pública de la idoneidad y probidad de los postulantes, sino, más bien, en la afinidad política e ideológica; de manera que frente al procedimiento de designación utilizado en el pasado y criticado por el oficialismo como un “cuoteo político”, en las dos elecciones, en el procedimiento de selección de candidatas y candidatos se impuso la cooptación política de los candidatos por parte del oficialista MAS.

Esa forma de selección motivó el rechazo generalizado de los ciudadanos al sistema que, a pesar de la obligatoriedad de la emisión del voto, se manifestó a través del elevado porcentaje de ausentismo electoral, 20% en las elecciones de 2011 y 16% en las elecciones de 2017, por una parte, así como en la emisión de votos nulos y blancos, pues en las elecciones de 2011 solamente el 33,68% de los votos emitidos fueron válidos, es decir, dirigidos a los candidatos; en cambio, la suma de votos nulos y blancos alcanzó el 66,32%. Esta conducta se repitió en las elecciones de 2017, dado que solamente el 35,32% de los votos emitidos fueron válidos, en cambio, los votos nulos y blancos totalizaron el 64,68%.

El resultado de ambas elecciones demuestra que no se logró el objetivo de dotar de legitimación democrática directa a las y los magistrados de los máximos tribunales de justicia, pues esas autoridades fueron electas con muy baja votación. Así, por ejemplo, en las elecciones de 2011, el candidato a magistrado para

el Tribunal Constitucional Plurinacional que mayor votación obtuvo recibió un total de 276.037 votos válidos, lo que significa que apenas obtuvo el respaldo del 5,29% de los ciudadanos que conforman el padrón electoral; es decir, el 94,71% de ciudadanos no lo respaldaron. Otro ejemplo, la candidata que ingresó como séptima magistrada del Tribunal Constitucional Plurinacional obtuvo un total de 89.370 votos, lo que significa que apenas recibió el respaldo del 1,72% de los ciudadanos del padrón electoral.

En las elecciones de 2017, el magistrado del TSJ electo por el departamento de La Paz, obtuvo el 32,18% de los votos válidos, pero con relación al total de votos emitidos solamente fue el 11,52%, y con relación al padrón electoral recibió el apoyo de solo el 10,12% de los votantes inscritos y habilitados para emitir el voto.

Con relación a la proscripción de la injerencia política, tampoco se logró el objetivo ya que, con la aplicación del sistema de selección y designación adoptada se profundizó el problema, pues como se señaló, las y los candidatos a magistradas y magistrados y a consejeros del Consejo de la Magistratura fueron seleccionados con criterios de afinidad ideológica y política, y luego, los consejeros del Consejo de la Magistratura designaron jueces de instancia con los mismos criterios, seleccionaron a postulantes para jueces de apelación aplicando criterios de afinidad política. Por su parte, los magistrados del TSJ realizaron la designación utilizando la misma fórmula. Finalmente, no se han resuelto los problemas estructurales de la dilación de justicia, los altos índices de corrupción ni la mala calidad del servicio.

Es importante destacar que la CIDH, en su Informe de la visita *in loco* realizada a Bolivia en 2023, ha señalado lo siguiente: “A pesar del reconocimiento normativo la separación y equilibrio entre los distintos órganos del Estado, el Estado enfrenta un proceso de debilidad institucional con especial afectación al poder judicial a causa de la histórica denuncia de su instrumentalización por razones políticas, independientemente del gobierno de turno”.⁴⁷

Las autoridades judiciales seleccionadas y designadas por el sistema descrito han pasado a formar parte de las mayorías, abandonando su papel de racionalizar el ejercicio de poder corrigiendo los desvaríos y excesos cometidos por las mayorías que detentan el poder político.

El sistema judicial del Estado en crisis no realiza un adecuado, oportuno y efectivo control de constitucionalidad, de legalidad y de convencionalidad sobre los actos administrativos y legislativos del gobierno; al contrario, como afirman el Relator Especial de las Naciones para la independencia judicial y la CIDH, en

47 CIDH, Cohesión social: el desafío para la consolidación de la Democracia en Bolivia, OEA/Ser.L/V/II.Doc.1/24, 2024, p. 249.

sus informes de la visita *in loco* realizada a Bolivia, ha permitido la instrumentalización de la justicia para la persecución con fines políticos de líderes cívicos y políticos de oposición, sustanciando procesos judiciales con graves violaciones de derechos humanos.

El Tribunal Constitucional ha tomado decisiones con base en un fraude y falseamiento constitucional y convencional para viabilizar una inconstitucional postulación del presidente y vicepresidente del Estado a una tercera reelección continua, desconociendo la voluntad ciudadana expresada en el referendo constitucional de 21 de febrero de 2016, lo que dio lugar a la grave crisis social y política que enfrentó Bolivia en los meses de octubre y noviembre de 2019.

Las y los magistrados elegidos por voto popular, con una bajísima votación, han judicializado la política y politizado la justicia, neutralizando el ejercicio de la potestad legislativa del parlamento.

La afectación a la independencia del Órgano Electoral Plurinacional

Un importante avance para fortalecer el Estado constitucional de derecho y el régimen democrático de gobierno fue otorgar el estatus de órgano de poder al organismo Electoral; sin embargo, más allá de la proclama de su independencia por el artículo 12 de la Constitución, no se definió correctamente el sistema de selección y designación de los miembros de ese órgano.

Por previsión del artículo 205.I de la Constitución, los componentes principales del Órgano Electoral Plurinacional son: el TSE con jurisdicción y competencia nacional, y los Tribunales Electorales Departamentales con jurisdicción y competencia en el departamento. El artículo 206 de la Constitución, en su párrafo segundo, dispone que el TSE estará conformado por siete vocales, y en su párrafo tercero determina que de los siete vocales seis serán designados por la Asamblea Legislativa Plurinacional con dos tercios de votos y un vocal será designado por el presidente del Estado.

Esa norma constitucional ya compromete la independencia del mencionado TSE ya que, en la práctica, es mal aplicada; de un lado, el presidente del Estado considera que el vocal que designa es su representante ante el referido órgano, por lo que designa, con base en la confianza política, a una o un ciudadano afín ideológica y políticamente; de hecho, así sucedió con el actual presidente del Estado que designó a una ciudadana como vocal del TSE, y luego, sin mediar razón jurídica valedera, la reemplazó con otro ciudadano.⁴⁸ De otro lado, en la

⁴⁸ El vocal del TSE, Salvador Ignacio Romero Ballivián, quien fue designado por la presidenta Jeanine Añez, presentó renuncia al cargo en abril de 2021; ante dicha renuncia, el

Asamblea Legislativa prima el criterio de afinidad política para la designación, especialmente en coyunturas en las que la organización en función de gobierno tiene una representación hegemónica como la que tuvo el MAS.

Sobre la forma de selección y designación de los vocales de los Tribunales Electorales Departamentales, el artículo 206.V de la Constitución prevé lo siguiente:

Las Asambleas Legislativas Departamentales o Consejos Departamentales seleccionarán por dos tercios de votos de sus miembros presentes, una terna por cada uno de los vocales de los Tribunales Departamentales Electorales. De estas ternas la Cámara de Diputados elegirá a los miembros de los Tribunales Departamentales Electorales, por dos tercios de votos de los miembros presentes, garantizando que al menos uno de sus miembros sea perteneciente a las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos del Departamento.

La norma constitucional glosada no otorga atribución alguna al presidente del Estado para designar a vocales del Tribunal Electoral Departamental (TED); sin embargo, la Ley 018, Ley del Órgano Electoral Plurinacional, en su artículo 33.1, prevé que un vocal del TED será designado por el presidente del Estado, infringiendo las normas previstas por los artículos 12.I y 206.V de la Constitución, con lo cual se afecta la independencia de esos órganos electorales. De otro lado, el numeral 2) del artículo 33 de la Ley 18, limita a las Asambleas Legislativas Departamentales (ALD) el ejercicio de la función que les asigna el artículo 206.V de la Constitución, ya que prevé la elaboración de ternas solamente para cuatro vocales, siendo así que la norma constitucional no pone límite alguno; al contrario, prevé que las mencionadas asambleas seleccionarán una terna por cada uno de los vocales para ser designados.

La norma legal fue impugnada por vía de acción de inconstitucionalidad abstracta; infortunadamente, el Tribunal Constitucional Plurinacional, mediante Sentencia SCP 0680/2012 de 02 de agosto, ha declarado la constitucionalidad del artículo 33.2 de la Ley 18.

Aplicando la norma legal referida, el presidente del Estado designa a un vocal de los cinco que integran el TED, designación que tiene su base en criterios de

presidente del Estado, Luis Arce Catacora, designó como vocal a la ciudadana Dina Agustina Chuquimia Alvarado, con un periodo de mandato de seis años; sin embargo, mediante Decreto Presidencial 5141, el presidente designó como vocal al ciudadano Gustavo Antonio Ávila Mercado, lo que significa una destitución implícita, cuando ello no es competencia del primer mandatario, pues este solo tiene la atribución de designar, no de destituir; pues para la remoción del vocal del TSE se tienen que aplicar las normas previstas por la Ley 018 del Órgano Electoral Plurinacional.

afinidad ideológica y política, y no en la comprobación pública de la idoneidad y probidad de los postulantes, salvo honradas excepciones.⁴⁹

El resultado de ello es que la actuación de esos vocales fue notoriamente parcializada con el partido en función de gobierno (MAS), asumiendo acciones contrarias a la Constitución, infringiendo principios democráticos, principios constitucionales y vulnerando derechos fundamentales.

No otra cosa se puede inferir de la emisión de la Circular 71/2014 del TSE, prohibiendo la postulación de exdiputados o exsenadores al cargo de alcaldes o concejales municipales, con la indisimulada finalidad de evitar la candidatura de ex parlamentarios disidentes del MAS.

Aplicando esa Circular, en las elecciones subnacionales de 2015, inhabilitaron la candidatura a alcaldesa de Cochabamba de la ciudadana Rebeca Elvira Delgado Burgoa y la candidatura a alcalde de Potosí, del ciudadano Eduardo Humberto Maldonado Iporre; esto dio lugar a que el Comité de Derechos Humanos de la ONU emitiera un dictamen declarando que los hechos denunciados por los nombrados ciudadanos en contra del Estado Plurinacional de Bolivia ponen de manifiesto la vulneración de los artículos 14.1 y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).⁵⁰

En otra actuación absolutamente cuestionada, mediante Resolución de 21 de marzo de 2015, el TSE anuló la personalidad jurídica de Unidad Democrática (UD) en el departamento del Beni, disponiendo la cancelación del registro de los candidatos a gobernador, asambleístas departamentales, y alcaldes y concejales municipales. En total, a 228 candidatos postulados por ese partido político para las elecciones subnacionales de 2015. El inconsistente argumento del TSE decía que se había infringido el artículo 136 de la Ley 026, porque el jefe de campaña de UD habría difundido resultados de encuestas internas en una conferencia de prensa, cuando el motivo de fondo fue que el candidato de dicho partido al cargo de gobernador encabezaba las preferencias electorales en las encuestas.

De otro lado, las autoridades electorales participaron activamente del fraude electoral que se implementó en las elecciones generales de octubre de 2019,

49 Se podría señalar el caso de Kathya Uriona Gamarra y Carmen Dunia Sandoval Arenas, designadas vocales del TSE, personas no afines al MAS ni al Gobierno nacional.

50 Los referidos ciudadanos, al haber sido inhabilitados por resolución del Tribunal Electoral Departamental, impugnaron la misma ante el TSE, el que, convalidando las ilegalidades cometidas por el inferior, desestimó la apelación, por lo que impugnaron a su turno esa determinación por vía de Acción de Amparo Constitucional, habiendo sido denegada la tutela demandada. Al agotar las vías legales internas, presentaron la Comunicación (demanda internacional) ante el Comité de Derechos Humanos, organismo internacional que, concluidos los trámites de rigor, emitió los dictámenes en fecha 02 de mayo de 2018, mismos que se encuentran a disposición en: <https://bit.ly/3jKsbjE>.

teniendo en cuenta que este se define como toda acción irregular deliberada que se produce en el proceso electoral, con la finalidad de favorecer a una candidatura determinada en desmedro de otras, destinada a alterar la voluntad individual o colectiva de los electores.

En definitiva, legitimando la inconstitucional candidatura a la tercera reelección consecutiva del presidente y vicepresidente en ejercicio, infringiendo la norma prevista por el artículo 168 de la Constitución y desconociendo la voluntad ciudadana manifestada en el Referéndum Constitucional Aprobatorio de 21 de febrero de 2016.

Asimismo, no sanearon el padrón electoral (PE), manteniendo registrados y habilitados para votar a los ciudadanos y ciudadanas que habían fallecido y a los que se fueron del país; incrementaron injustificadamente el padrón electoral en 70 municipios del área rural, así como el de los bolivianos residentes en Argentina y Brasil, donde el MAS tiene mucha simpatía. Permitieron que la candidatura oficialista hiciera un uso irrazonable y desmedido de los bienes y recursos del Estado para su campaña electoral; además, durante la votación del 20 de octubre de 2019 permitieron que irregularidades como: 1) el control del voto emitido por los funcionarios públicos; 2) verificación del voto por los dirigentes sindicales en el área rural; 3) la introducción de papeletas marcadas; 4) la adulteración de Actas de Escrutinio; 5) la interrupción, sin explicación razonable y convincente, de la publicación de los datos del Sistema de Transmisión de Resultados Electorales Preliminares (TREP) entre las 20:10 horas del 20 de octubre y las 19:00 horas del 21 de octubre –hecho que fue señalado por la Misión de Observación Electoral de la OEA–; 6) la manipulación de datos en el cómputo nacional.

Respecto al estado de la institucionalidad del Órgano Electoral, la CIDH, en su Informe, ha expresado:

Sin embargo, ha enfrentado desafíos institucionales considerables que dificultan su pleno funcionamiento. Desde 2009, ninguna integración del TSE (TSE) concluyó su mandato de gestión debido, entre otras razones, a renuncias en cadena, falta de garantías para el desempeño de sus funciones, denuncias de injerencias atribuidas a los órganos ejecutivo y legislativo, entre otras cosas. Esto ha generado un alto grado de inestabilidad dentro de la institución.

Los integrantes del TSE denunciaron haber recibido amenazas de persecución administrativa tras la toma de decisiones relacionadas con actores políticos. Asimismo, antiguos vocales del TSE habrían sido acosados, perseguidos y procesados disciplinariamente, acciones intimidatorias que les han impedido cumplir con sus funciones. Durante la crisis de 2019, vocales electorales a nivel nacional y departamental sufrieron violaciones a derechos humanos mediante un patrón

de persecución judicial carente de motivación objetiva, aplicada sin investigación previa que así lo justificara.⁵¹

Las diferentes acciones asumidas por quienes detentan el poder político, relatadas precedentemente, demuestran la grave afectación a la independencia de los órganos del poder constituido, como el Legislativo, Judicial y Electoral, lo que ha motivado una peligrosa desinstitucionalización democrática y el debilitamiento del Estado constitucional de derecho en Bolivia.

Sistémica violación de derechos humanos y fundamentales

Uno de los elementos esenciales del Estado constitucional de derecho es la promoción, el resguardo y la protección de los derechos y las libertades fundamentales.

Entre los indicadores de la crisis del Estado constitucional de derecho en Bolivia, se destaca con nitidez la permanente vulneración de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y el bloque de constitucionalidad.

En un atentado contra los derechos colectivos de las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos, en el año 2010, el Gobierno nacional adoptó medidas administrativas y legislativas⁵² consistentes en la determinación de construir una carretera para unir los municipios de Villa Tunari (departamento de Cochabamba) y San Ignacio de Moxos (departamento de Beni), atravesando una zona declarada como reserva de la biosfera, hogar de la mayoría de las especies de aves de Bolivia y territorio de los pueblos indígenas asentados en el Parque Nacional Isiboro Sécure (Tipnis),⁵³ que afectaría los derechos colectivos

⁵¹ CIDH, Garantías para la Independencia de las y los operadores de justicia, pp. 261-262.

⁵² En marzo de 2008, la Administradora Boliviana de Carreteras emitió la Licitación Pública 001/2008 para la construcción de la carretera Villa Tunari-San Ignacio de Moxos de la Ruta F24, <https://tipnisbolivia.org.wordpress.com/wp-content/uploads/2018/11/leg-cont-abc-00539-2008.pdf>. Mediante Ley 5 de 07 de abril de 2010, la Asamblea Legislativa Plurinacional emitió el Protocolo de Financiamiento suscrito entre el Estado Plurinacional de Bolivia y la República Federativa del Brasil el 22 de agosto de 2009, por la suma de hasta USD 332.000.000, destinados al proyecto Carretero Villa Tunari-San Ignacio de Moxos, <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscar/5>. Por Ley 112 de 07 de mayo de 2011 se aprobó el 1 Contrato de Colaboración Financiera 10219991 suscrito entre el Estado Plurinacional de Bolivia y el Banco Nacional de Desarrollo Económico e Social - BNDES de la República Federal del Brasil en fecha 15 de febrero de 2011, destinados a financiar el “Proyecto Carretero Villa Tunari-San Ignacio de Moxos”, <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscar/112>.

⁵³ En el área territorial referida habitan los pueblos indígenas originarios: Yuracaré, Mojeño-Trinitario y Tsimane, <http://www.vicetierras.gob.bo/atlas/Atlas/Fichas/Tierras%20Bajas/BENI/152.pdf>.

de esos pueblos indígenas originarios; la determinación fue adoptada por el Gobierno sin haber realizado la consulta previa.⁵⁴

Ante la situación referida, las autoridades naturales de los pueblos damnificados, juntamente con los delegados comunales, indígenas, varones y mujeres, junto a sus hijos, emprendieron la “Octava Marcha Indígena por la Defensa del Territorio Indígena Parque Nacional Isiboro Sécuré, por los Territorios, la Vida, la Dignidad y los Derechos de los Pueblos Indígenas del Oriente, Chaco y Amazonía Boliviana”, que se inició el 15 de agosto de 2011 desde Trinidad-Beni.

El 25 de septiembre de 2011, en las inmediaciones del río Chaparina del departamento del Beni, se produjo la violenta intervención policial a la marcha. El ataque e intervención de la policía en contra de los integrantes de la marcha se convirtió, no solamente en una privación ilegal y arbitraria de la libertad, sino principalmente, en actos de torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes. La violencia ejercida en contra de los indígenas fue desproporcional, injustificada, ilegal e ilegítima, dejando un saldo aproximado de 150 heridos, muchos de ellos niños, mujeres y adultos mayores.⁵⁵ Pese a la represión, la marcha finalmente arribó a la ciudad de La Paz (sede de Gobierno) el día 19 de octubre de 2011.⁵⁶

La Reserva Nacional de Flora y Fauna “Tariquía” es un área protegida boliviana, creada mediante Decreto Supremo 22277 de 2 de agosto de 1989, con una superficie aproximada de 246.870 ha. Posteriormente, el 23 de abril de 1992 el referido Decreto fue elevado a rango de ley nacional, mediante la Ley 1358, reforzando su protección jurídica. Es un área que concentra el último bosque tucumano-boliviano mejor conservado de la región, constituyéndose en una importante zona de preservación de biodiversidad y territorio originario de varias comunidades guaraníes.

Como se conoció la existencia de probables reservas petroleras en la zona, el gobierno de Evo Morales, arbitrariamente, dispuso el cambio de uso de suelo,

54 Las medidas adoptadas por el gobierno vulneraron el derecho a la consulta previa reconocido por el artículo 30.II.15, y ponían en amenaza de vulneración los derechos a existir libremente y a vivir en un medio ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas, reconocidos por los numerales 1 y 10 del artículo 30.II de la Constitución.

55 Amnistía Internacional, “Bolivia: A un año de los abusos policiales contra indígenas los responsables siguen sin comparecer ante la justicia”, <https://www.amnesty.org/es/latest/press-release/2012/09/bolivia-un-o-de-los-abusos-policiales-contra-indigenas-los-responsables-sig/>.

56 Prensa Cedib, “Marcha del Tipnis llega a La Paz en medio de tensión”, 28 de junio de 2012, <https://www.cedib.org/noticias/marcha-del-tipnis-llega-a-la-paz-en-medio-de-tension-los-tiempos-28-6-2012/>.

limitando el área de protección y reserva a un tercio del territorio inicial.⁵⁷ Finalmente, mediante el Decreto Supremo 2366 de 20 de mayo de 2015, aprobó una nueva normativa que permite textualmente el despliegue de actividades hidrocarburíferas al interior de reservas naturales y áreas protegidas, todo ello sin llevar a cabo la consulta previa a las comunidades afectadas.

Otro caso de violación de derechos colectivos ocurrió en el Chaco boliviano. En 2015, empresas contratadas por YPFB Chaco, realizaron actividades de perforación de los pozos de exploración petrolera en el denominado bloque El Dorado, ubicado en la Tierra Comunitaria de Origen (TCO) Takovo Mora. El pueblo guaraní, amparado en sus derechos constitucionales, reclamó que se realizara una consulta previa, informada y con consentimiento, acerca del desarrollo de la actividad en su territorio. El Gobierno nacional negó el derecho a consulta arguyendo que los pozos se encontraban en propiedades privadas. Esta respuesta motivó la movilización pacífica de las comunidades guaraníes de la zona, junto a otras comunidades y organizaciones como las del pueblo weenhayek, reclamando el respeto de su territorio y el derecho a la consulta previa; esta marcha que fue reprimida duramente por el gobierno que envió un contingente policial que hizo uso indiscriminado de agentes químicos, causando graves daños a la salud y la integridad física de los manifestantes, principalmente en mujeres, niños y ancianos.

De otro lado, el Gobierno nacional decidió ejecutar un proyecto hidroeléctrico denominado Rositas,⁵⁸ en el departamento de Santa Cruz, que afectaría el Parque Nacional y Área Natural de Manejo Integrado Serranía del Iñao, el Área Natural de Manejo Integrado Río Grande Valles Cruceños, el Área Protegida Municipal de Parabanó, así como al pueblo indígena guaraní Tatarenda Nuevo. Además, el proyecto Angosto de “El Bala”,⁵⁹ en el departamento de La Paz, que afectaría dos áreas protegidas de interés nacional: el Parque Nacional y Área Natural de Manejo Integrado Madidi y la Reserva de la Biosfera y Tierra Comunitaria de Origen Pilón Lajas, inundando comunidades indígenas como San Miguel del Bala (pueblo tacana). En ninguno de los dos casos el gobierno realizó la con-

57 Cedib, *Contradicciones en la gestión de áreas protegidas. Cambios en planes de manejo y zonificaciones. Casos: Carrasco, Tunari y Tariquía*, 2021, p 24, <https://www.cedib.org/biblioteca/contradicciones-en-la-gestion-de-areas-protegidas-carrasco-tunari-y-tariquia/>

58 El proyecto Rositas se encuentra situado sobre el río Grande, aguas abajo de su confluencia con el río Rositas, 16 km aguas arriba de la población de Abapó, en el límite de las provincias Valle Grande y Cordillera en el departamento de Santa Cruz; el proyecto consiste en la construcción de una presa de tierra con un embalse.

59 El Bala Componente 1 Angosto Chepete 400, está localizado en el departamento de La Paz, entre las provincias Franz Tamayo, Larecaja, Caranavi y Sud Yungas, emplazándose en las siguientes jurisdicciones municipales: Apolo, Alto Beni, Teoponte y Palos Blancos.

sulta previa, violando el derecho colectivo de los Pueblos Indígenas Originarios, cuyo territorio sería afectado.

Asimismo, los derechos civiles y políticos fueron objeto de permanente vulneración a través de la emisión de leyes y reglamentos, o acciones y determinaciones de autoridades judiciales y administrativas, normas apoyadas en la permanente acción represiva protagonizada por los agentes del Estado.

En este ámbito de derechos humanos, el Órgano Ejecutivo emitió el Decreto Supremo 138, de 20 de mayo de 2009, a través de cuyas disposiciones concentró la jurisdicción y competencia de los jueces y tribunales de materia penal en la ciudad de La Paz, para el juzgamiento de las personas acusadas de haber cometido delitos de terrorismo, sedición o alzamientos armados contra la seguridad y soberanía del Estado,⁶⁰ infringiendo el principio de reserva de ley (art. 109 de la CPE), ya que esa definición corresponde a la ley y está prevista por el artículo 49 de la Ley 1970 (Código de Procedimiento Penal), violando el derecho al debido proceso, en su garantía mínima del derecho al juez natural independiente, competente e imparcial.

También se expidió la Ley 004, Ley de lucha contra la corrupción, enriquecimiento ilícito e investigación de fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”, incluyendo normas que violan los siguientes derechos civiles: 1) derecho a la privacidad e intimidad, en su elemento esencial del derecho a la inviolabilidad de documentos privados, al establecer la exención del secreto bancario (art. 20); 2) derecho a la legalidad penal, reconocido por el artículo 9 de la CADH sobre derechos humanos, al crear los tipos penales de enriquecimiento ilícito (art. 27) y enriquecimiento ilícito de particulares con afectación al Estado (art. 28), con cláusulas de textura abierta e indeterminada; 3) derecho al debido proceso, en sus garantías mínimas del derecho a ser oído y juzgado por un juez natural y derecho a la defensa, al permitir el juzgamiento en ausencia del acusado declarado en rebeldía (art. 36 que incluye al Código de Procedimiento Penal, los arts. 91 Bis y 344 Bis); y 4) el derecho a la legalidad penal e irretroactividad, al disponer la aplicación retroactiva de la ley penal sustantiva. Así, aplicando las normas reglamentarias y legales referidas se ha desplegado una persecución judicial con fines políticos en contra de numerosos líderes cívicos y políticos de oposición.

También se emitió la Ley 351, Ley de otorgación de personalidades jurídicas, de 19 de marzo de 2013, y su Reglamento Parcial aprobado mediante Decreto

⁶⁰ El artículo 2 del referido Decreto Supremo prevé lo siguiente: “Queda consolidada la ciudad de La Paz, como ámbito de jurisdicción procesal para el juzgamiento de los delitos de Terrorismo, Sedición o Alzamientos Armados contra la Seguridad y Soberanía del Estado, siendo esta ciudad la Sede de Gobierno legalmente constituida donde se encuentran las principales instituciones del Estado Plurinacional de Bolivia”.

Supremo 1597, cuyas normas regulan el nacimiento y la extinción de las personas jurídicas, como las asociaciones, fundaciones y organizaciones, mismas que se crean y existen en ejercicio del derecho a la libertad de asociación. La referida ley y su reglamento tienen el deliberado propósito de limitar el ejercicio del derecho a la libertad de asociación, eliminando a aquellas organizaciones no gubernamentales (ONG), asociaciones y fundaciones que tomaron acciones frente al Gobierno nacional, defendiendo los derechos colectivos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y el derecho al medioambiente.

El derecho a la libertad de expresión fue uno de los más vulnerados a través de la adopción de obstáculos legales, que provocaron la autocensura y, en otros casos, se convirtieron en censura previa;⁶¹ el derecho a la libertad de información, fue otro de los más lesionados mediante acciones directas e indirectas del Gobierno.⁶²

Respecto a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), y como parte de ellos, los derechos de grupos sociales vulnerables también fueron y son lesionados por omisiones del Estado y sus agentes, que no adoptaron oportunamente medidas administrativas y legislativas para garantizar su pleno goce y ejercicio efectivo.

Así, a manera de ejemplo, en quince años de vigencia de la Constitución, la Asamblea Legislativa no ha expedido la ley que regule la prestación de la renta de desempleo y pérdida de empleo, reconocido por el artículo 45 de la Constitución, como un elemento del derecho al seguro de largo plazo.

Con relación al derecho a la salud, el Estado no adoptó medidas de orden administrativo y presupuestario para garantizar el goce pleno y efectivo de este derecho; hay déficit de cobertura de servicios de salud, pues para la gestión 2022, solamente el 28,1% de la población total tuvo acceso al seguro social de corto plazo; si bien es cierto que, mediante la Ley 1152 de 20 de febrero, se ha creado el Sistema Único de Salud,⁶³ para brindar cobertura de servicios gratuitos de salud a la población que no se encuentra cubierta por el seguro social de corto plazo,

61 De muchos casos, se puede citar la Ley 45, Ley contra el racismo y toda forma de discriminación, que en su artículo 16 introdujo un mecanismo para la censura previa y la autocensura.

62 Son de relevancia las violaciones del derecho a la libertad de información mediante la restricción de propaganda estatal a los medios masivos de comunicación social, como mecanismo de presión para separar a periodistas que manejan la información con objetividad o que asumen posición crítica, como es el caso de Amalia Pando, Carlos Valverde, John Arandia, entre otros.

63 La Ley 1152 de 20 de febrero de 2019, que modifica la Ley 475 de 30 de diciembre de 2013, modificada por Ley 1069 de 28 de mayo de 2018, dispone la ampliación de la población beneficiaria con la atención gratuita de salud, <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscar/1152>.

no es menos cierto que, en la práctica, un elevado porcentaje de la población no puede beneficiarse de estos dos esquemas de aseguramiento, y no acceden efectivamente a los servicios de salud por motivos técnicos, estructurales y financieros. Con relación a la salud preventiva no existen políticas públicas del Estado orientadas a garantizar a toda la población un estado de completo bienestar físico, mental y social, a partir de la oportuna y adecuada provisión de los factores necesarios para lograr ese estado. Respecto a la salud curativa, tampoco existen políticas públicas del Estado dirigidas a garantizar a toda la población un acceso universal gratuito a los servicios públicos de salud, pues no hay la suficiente cobertura de infraestructura de salud,⁶⁴ de equipamiento, de personal médico y paramédico, ni provisión de medicamentos.⁶⁵

LA CRISIS POLÍTICA Y ECONÓMICA

No cabe duda de que el Movimiento Al Socialismo se ha constituido en la organización política hegemónica en el Estado boliviano, debido en parte a que está conformado por las organizaciones y los movimientos provenientes de sectores sociales percibidos como históricamente marginados, quienes logran insertar sus reivindicaciones en la agenda nacional que culmina con la adopción de la Constitución de 2009. Pero tampoco es menos cierto que, a partir de la llegada del MAS al gobierno, la forma en que concibe y practica la actividad política se enmarca en la lógica de la relación amigo-enemigo, lo que ha generado una peligrosa polarización política que puede conducir a extremos de confrontación social violenta.

Esa polarización fue en crecimiento a partir del desconocimiento en 2016, por el presidente del Estado y líder el MAS, de los resultados del referendo constitucional aprobatorio, que rechazó la reforma parcial de la Constitución para

64 La CIDH, en su informe de su visita *in loco* a Bolivia, “Cohesión Social: el desafío para la consolidación de la Democracia en Bolivia”, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 1/24 de 20 de enero de 2024, en los párrafos 223 y 224, ha descrito estas deficiencias, https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2024/cohesionsocial_bolivia_spa.pdf.

65 Según los indicadores de la Organización Mundial de la Salud (OMS), debería haber 15 médicos por cada 10.000 habitantes; considerando los médicos especialistas (7,1 por cada 10.000 habitantes) y los médicos generales (6,4 por cada 10.000 habitantes), se tendrían en Bolivia 13,5 médicos por cada 10.000 habitantes; por lo tanto, existiría un déficit de 1,5 médicos por cada 10.000 habitantes. Por otro lado, también deberían existir 15 licenciadas en enfermería por cada 10.000 habitantes, pero se tendrían solo 8,6; por lo tanto, existiría un déficit de 6,4 licenciadas en enfermería por cada 10.000 habitantes. Ver Situación de la Salud en Bolivia de la Fundación Jubileo; disponible en: <https://jubileobolivia.org.bo>.

introducir la permisión de una segunda reelección presidencial continua, lo que ha profundizado la polarización.

En efecto, la acción desplegada por el gobierno para lograr la irregular e inconstitucional habilitación del presidente y vicepresidente del Estado para una tercera reelección, como la de haber obtenido la Sentencia Constitucional Plurinacional 0084/2017 de 28 de febrero, motivó una reacción ciudadana de rechazo, con la organización de varias plataformas ciudadanas para defender la Constitución y la voluntad ciudadana expresada en las urnas en el referendo constitucional.

Esas plataformas protagonizaron movilizaciones y protestas pacíficas bajo el lema “Bolivia dijo NO”, exigiendo el respeto y cumplimiento de la voluntad ciudadana expresada en las urnas. Esas movilizaciones generaron tensiones sociales y políticas entre las y los ciudadanos organizados en las plataformas sociales y en las organizaciones políticas de oposición con las organizaciones y movimientos sociales del MAS.

La tensión se agudizó al término de las elecciones generales de 2019, ante la interrupción intempestiva de la transmisión de resultados electorales preliminares y el anuncio del candidato oficialista de haber logrado la victoria en la primera ronda electoral. A partir de ello, las y los ciudadanos, principalmente jóvenes, se volcaron a las calles en protesta, denunciando fraude electoral y exigiendo el respeto de su voluntad política expresada a través del voto en las urnas. Las protestas sociales se fueron amplificando a nivel nacional con bloqueo de calles en las ciudades capitales de departamento y en las principales ciudades intermedias de todo el país, paralizando las actividades estatales y privadas, prolongándose durante 21 días, al cabo de los cuales renunciaron a sus cargos el presidente y el vicepresidente del Estado. Durante las movilizaciones referidas se produjeron enfrentamientos entre los manifestantes y los grupos sociales afines al gobierno, con un lamentable saldo de pérdida de vidas humanas.

La renuncia del presidente y del vicepresidente del Estado a sus cargos provocó la reacción violenta de grupos sociales militantes del MAS, con acciones que atentaron contra los bienes públicos y privados, como el bloqueo de la planta distribuidora de combustibles a la ciudad de La Paz, con la pretensión de tomarla físicamente, y la pretensión de ingresar a la ciudad de Cochabamba de más de 3.000 manifestantes provenientes del trópico de ese mismo departamento, fueron dos acciones que provocaron el uso de la fuerza pública que desembocó en la lamentable pérdida de vidas humanas y varios heridos. Ello agravó la tensión social y la extrema polarización.

Con el retorno del MAS al gobierno, tras su victoria electoral en octubre de 2020, se ha desatado una persecución judicial con fines eminentemente políticos,

profundizando la tensión social y la confrontación política. Así, se tienen como ejemplo las movilizaciones sociales de protesta por la aprehensión, el traslado a la ciudad de La Paz y la posterior detención del gobernador del departamental de Santa Cruz, acusado de haber protagonizado el supuesto golpe de Estado en noviembre de 2019,⁶⁶ movilizaciones decretadas por el Comité Cívico que paralizó la ciudad de Santa Cruz y generó enfrentamientos violentos entre los manifestantes y efectivos de la Policía Boliviana.

A esa tensión latente entre el gobierno y los movimientos y las organizaciones sociales que lo sustentan con los grupos sociales opositores, se suma la tensión generada al interior del MAS, que se originó por la disputa de liderazgo de la organización política y la definición de la candidatura a la Presidencia del Estado para las elecciones generales de agosto de 2025; esto provocó una división en dos bloques; el denominado “radical” que apoyó el liderazgo de Evo Morales Ayma e impulsó su candidatura a la Presidencia del Estado, y el denominado “renovador”, que apoyó el liderazgo del actual presidente del Estado, Luis Arce Catacora. La disputa culminó con la ruptura definitiva entre los dos bloques. El denominado “renovador” quedó con la sigla del MAS y una fracción de la militancia, pero el presidente del Estado, Luis Arce, declinó de la candidatura a la reelección. El bloque “radical” tomó la determinación de organizar un nuevo partido político, aunque no logró su objetivo de habilitar la candidatura de Evo Morales Ayma a la Presidencia del Estado.

La pugna entre los dos bloques se ha manifestado en la falta de acuerdos al interior de la Asamblea Legislativa Plurinacional, en la que Luis Arce ya no tiene una mayoría de parlamentarios que apoye su gestión, y el bloque de Evo Morales Ayma, que por sí solo tampoco tiene la mayoría, aunque ha logrado algunos acuerdos con los parlamentarios de oposición para bloquear decisiones del Órgano Ejecutivo o para censurar a los ministros de Estado.

66 El día 28 de diciembre de 2022, efectivos de la policía boliviana procedieron a aprehender al gobernador departamental de Santa Cruz, Luis Fernando Camacho, y lo trasladaron a la ciudad de La Paz, a las celdas de la Fuerza Especial de Lucha contra el Crimen, para posteriormente ponerlo en conocimiento del juez penal cautelar, con una imputación formal por la supuesta comisión de delitos, para la consideración de medidas cautelares; el juez determinó la aplicación de la medida de prisión preventiva. El acto fue calificado como ilegal y arbitrario por el Comité Cívico de Santa Cruz, se afirmó que inicialmente fue un secuestro ya que lo llevaron sin rumbo conocido y ante la denuncia pública recién informaron el traslado a La Paz; por ello, la organización cívica decretó un paro cívico movilizado.

El bloque “radical” acusa al presidente Luis Arce de traición al proceso de cambio⁶⁷ y de pretender impedir la postulación de Evo Morales Ayma a la candidatura a presidente del Estado por el MAS.

En un ampliado nacional realizado por ese sector se determinó realizar una marcha desde el municipio de Caracollo hasta la sede de gobierno, manifestándose en contra de la política económica y para presionar la habilitación de la candidatura de Evo Morales Ayma a la presidencia del Estado por el MAS en las elecciones de 2025; la marcha se inició el 17 de septiembre de 2024.

Por su parte, el bloque “renovador” acusa al bloque liderado por Evo Morales de pretender acortar el mandato del presidente del Estado o de forzar su renuncia para que el presidente de la Cámara de Senadores asuma la presidencia. La ministra de la Presidencia, en una conferencia de prensa, ha manifestado que “Evo Morales está dispuesto a bloquear nuestra economía y a convulsionar nuestro país para imponer su candidatura a las buenas o a las malas, como él mismo lo ha dicho”.

Como parte de esta crisis política al interior de la organización en función de gobierno, el día 26 de junio de 2024 se produjo un intento de golpe de Estado,⁶⁸ protagonizado por el general Juan José Zúñiga, quien el día 25 de junio fue destituido de sus funciones de comandante en jefe de las Fuerzas Armadas por declaraciones efectuadas en un medio televisivo afirmando que “no permitiría que Evo Morales fuese nuevamente presidente del Estado”. Junto a un grupo de efectivos militares y en vehículos blindados de las Fuerzas Armadas arremetió contra el palacio de gobierno, afirmando que su objetivo era hacer de Bolivia “una verdadera democracia”. El levantamiento militar quedó frustrado y el general Zúñiga fue detenido; en ese momento, este afirmó que el presidente del Estado le encargó hacer un autogolpe.

En ese contexto de crisis social y política se generó también una crisis económica, que tiene sus orígenes en la aplicación de un modelo inadecuado que se ha visto fuertemente afectado por la contracción económica generada por la

67 A raíz de una dura gasificación a los indígenas de La Paz, denominados “Ponchos Rojos”, Evo Morales Ayma, en un mensaje público, “fustigó al presidente Luis Arce Catacora acusándolo de traicionar y darle la espalda al MAS IPSP, pese a que fue favorecido como candidato y luego elegido presidente del Estado Plurinacional conjuntamente con David Choquehuanca, con el apoyo decidido de los militantes masistas. Aseguró que Arce Catacora pretende eliminar la sigla del MAS IPSP y el Proceso de Cambio tal como pretendió hacerlo la ‘derecha golpista en 2019 al intentar quemar la Wiphala’”. La Opinión, “Arcistas y evistas denuncian sus planes: Andrónico Presidente Vs desaparición del MAS”, 14 de septiembre de 2024, <https://www.opinion.com.bo/articulo/pais/arcistas-vs-evistas-andronico-presidente-vs-desaparicion-mas/20240914193810955678.html>.

68 Los líderes de oposición y del bloque “radical” del MAS, plantean la hipótesis de un autogolpe.

pandemia de covid-19, la crisis energética, el déficit de la balanza comercial, la disminución drástica de las reservas internacionales y el incremento considerable de la deuda pública.

Una de las principales fuentes de ingreso de recursos al Estado fue la exportación del gas natural, actividad que en la época de precios altos de hidrocarburos generó una bonanza económica; una gestión deficiente y la falta de inversiones para realizar la perforación de nuevos pozos, provocaron una caída en el nivel de producción de gas natural lo que, sumado a la baja de los precios internacionales, ocasionó una reducción considerable de ingresos por ese concepto; de otro lado, la falta de producción de líquidos hace que Bolivia sea importador neto de combustibles líquidos que luego comercializa con una importante subvención.

El incremento de las importaciones, la disminución de exportación de gas, sumado a la considerable reducción de las reservas internacionales, han producido la disminución del ingreso de dólares, necesarios para las importaciones, entre otras, de combustible.⁶⁹ Esa situación ha provocado una pérdida de valor de la moneda boliviana frente al dólar estadounidense, causando una elevación considerable de la cotización de la divisa extranjera, que ha provocado la aparición de un mercado paralelo de divisas extranjeras, cuya característica es que su cotización sea superior a la oficial en cerca de un 35%, lo que a su vez ha causado la elevación de los costos de los productos importados, incluso de productos nacionales, que para su producción requieren de insumos importados. Asimismo, ha creado dificultades en la compra de combustible causando su escasez en el mercado nacional.

La situación referida ha generado protestas sociales. Los comerciantes organizados salen a las calles en protesta pacífica; los transportistas han realizado manifestaciones y bloqueos viales en distintas ciudades del país, exigiendo al gobierno solución a la crisis económica.

En el contexto descrito, el bloque “renovador” de parlamentarios que respaldó la gestión de gobierno pretendió la aprobación de medidas para reactivar la economía, entre ellas, la aprobación de empréstitos de organismos internacionales. Por su parte, los del bloque “radical” trataron de obstaculizar esas decisiones para agudizar la crisis y convocar la protesta social, fortalecer la imagen de su líder sobre la base del recuerdo de tiempos en los que no existía la crisis, y así lograr la postulación de su candidatura a la presidencia del Estado por el MAS para las elecciones de 2025, propósito que no lograron.

69 Cabe señalar que Bolivia importa el 56% de la gasolina y el 86% del diésel que consume, y los comercializa con un precio subvencionado.

El gobierno ha adoptado algunas medidas frente a la crisis, como la de lograr la aprobación de la Ley 1503 de 05 de mayo de 2023, Ley de compra de oro destinado al fortalecimiento de las reservas internacionales, que le permite monetizar el oro de las reservas fiscales para tener disponibilidad de divisas; para este mismo fin, a dispuesto la flexibilización de las restricciones a las exportaciones de la soja, la carne, el azúcar y otros alimentos; la flexibilización en la comercialización del diésel, que es monopolio estatal, mediante la creación de una subasta de diésel para los grandes productores; asimismo, ha propuesto realizar una consulta popular, mediante referendo, para definir si se mantiene o levanta la subvención a los combustibles. Sin embargo, esas medidas no han sido suficientes para enfrentar la crisis que se sigue agudizando.

Ante la situación referida crece la desconfianza ciudadana y de los sectores empresariales hacia el Estado y sus instituciones, principalmente hacia el sistema judicial, la gestión legislativa, y el accionar de las entidades electorales. Con su conducta de responsabilizar de la crisis a la gestión de la presidenta transitoria Jeanine Añez, a la que califica de golpista, y últimamente a la mala gestión de Evo Morales Ayma, el gobierno va alimentando más las tensiones entre diferentes sectores sociales, agravando las divisiones políticas, profundizando además la crisis social, política y económica, y contribuyendo al debilitamiento del Estado constitucional de derecho.

EL ROL DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

En el estado de cosas que se describió en los puntos anteriores del presente trabajo, la jurisdicción constitucional no ha cumplido su papel de resguardar y preservar el Estado constitucional de derecho; no ha defendido la Constitución frente a las acciones, determinaciones y resoluciones de las autoridades públicas y frente a las normas del ordenamiento jurídico ordinario que infringen los mandatos constitucionales.

El Tribunal Constitucional Plurinacional, en vez de mantener férreamente su independencia y ejercer de manera efectiva el control de constitucionalidad y de convencionalidad, de modo irrazonable se ha alineado a los detentadores del poder político, adoptando medidas que han puesto en grave riesgo la democracia y el Estado constitucional de derecho.

El 12 de noviembre de 2019, minutos después de que se aplicara la sucesión presidencial y asumiera la Presidencia la senadora Jeanine Añez Chávez, el Tribunal Constitucional Plurinacional volcó su alineación hacia el gobierno emitiendo un Comunicado Público sobre la aplicación de la sucesión presidencial

sin necesidad de una resolución adoptada en la Asamblea Legislativa, citando al efecto un precedente constitucional de 2001, mismo que fue considerado por los actores políticos como un aval de la sucesión presidencial que se aplicó. También emitió sentencias que respaldaron la gestión de la presidenta de transición.⁷⁰

Cuando el MAS asumió el gobierno, el Tribunal Constitucional Plurinacional volvió a alinearse con este, abandonando su papel de guardián y custodio de la Constitución y protector de los derechos fundamentales. De esta manera, adoptó decisiones que neutralizaron el ejercicio de la función de fiscalización de la Asamblea Legislativa Plurinacional, tal como se señaló en el apartado sobre la afectación a la independencia del Órgano Legislativo. Denegó la protección demandada a través de las acciones tutelares, como Acción de Libertad y Acción de Amparo, por las y los ciudadanos sometidos a persecución judicial con fines políticos como la expresidenta Jeanine Añez, quien fue sometida a procesos penales sustanciados con graves ilegalidades y violación de sus derechos, sometida a prisión preventiva injustificada; el gobernador departamental de Santa Cruz, sometido a procesos penales tramitados con ilegalidades que, además de privarle la libertad física, ponen en riesgo su salud; o el líder cívico de Potosí, Marco Antonio Pumari, también sometido a proceso penal sustanciado con ilegalidades y encarcelado con prisión preventiva; además, muchos otros casos.

Adoptó el patrón común de rechazar las acciones de inconstitucionalidad planteadas por diputados, senadores o asambleístas departamentales de oposición, argumentando que “carecen en absoluto de fundamentación jurídica constitucional”. Pese a que las acciones estaban suficiente y razonablemente fundamentadas, la realidad es que fueron planteadas por autoridades de la oposición; determinación con la que se ha infringido el derecho de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva.

Finalmente, se debe mencionar que, habiendo contribuido con determinaciones que han obstaculizado la realización del proceso de selección de candidatas y candidatos en la Asamblea Legislativa para que se efectúen las elecciones judiciales, y en razón de que las y los magistrados de los máximos tribunales del Estado cumplían su mandato constitucional el 31 de diciembre, el Tribunal Constitucional Plurinacional, al absolver una consulta sobre la constitucionalidad del Proyecto de Ley C.S. 144/2022-2023 “Proyecto de Ley Transitoria para las Elecciones Judiciales 2023-2024”, mediante la Declaración Constitucional

⁷⁰ Mediante la Declaración Constitucional Plurinacional 0001/2020 de 15 de enero, el Tribunal Constitucional Plurinacional declaró la constitucionalidad del Proyecto de Ley 160/2019-2020 “CS”, Ley Excepcional de Prórroga del Mandato Constitucional de Autoridades Electas, a través de la cual se prorrogó excepcionalmente el mandato constitucional de la presidenta del Estado, los senadores y diputados.

Plurinacional 0049/2023 de 11 de diciembre, dispuso la “prórroga de mandato de las autoridades del Órgano Judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional en actual ejercicio, de manera excepcional y temporal, hasta que se elijan y posesionen a las nuevas autoridades”; una determinación adoptada ilegalmente ya que no era objeto de la consulta; la Constitución no permite la prórroga de mandato otorgada por voto popular y, fue adoptada, respecto a las y los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional, en causa propia.⁷¹

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Como se advierte, la descripción resumida que antecede así lo muestra, el Estado constitucional de derecho en Bolivia está atravesando una crisis caracterizada por un peligroso debilitamiento de la institucionalidad democrática, la falta de seguridad jurídica, una crisis económica y una profunda polarización social.

Para enfrentar la crisis descrita se requiere adoptar un conjunto de medidas inmediatas y mediatas a partir de un gran acuerdo nacional de los actores políticos, económicos y sociales.

Para restablecer la institucionalidad democrática es necesario restituir con urgencia la independencia de los órganos de poder, como el Legislativo, el Judicial y el Electoral, lo que demanda reformas constitucionales, legislativas e institucionales.

Una de las principales reformas para restablecer la independencia del Órgano Legislativo es la modificación del sistema de elección de los senadores y diputados; y la renovación de las cámaras legislativas durante el periodo constitucional.

Uno de los factores que incide en el debilitamiento de la independencia del órgano Electoral es el sistema de designación de los integrantes de los tribunales electorales, por ello es necesario modificar el sistema actualmente previsto.

Con relación al Órgano Judicial, es necesario modificar el sistema de selección y designación de los jueces y magistrados, de manera que tenga su base en

⁷¹ La consulta sobre la constitucionalidad de un proyecto de ley es una vía de control preventivo o *a priori* de constitucionalidad normativo, que por previsión del artículo 112.3 del Código Procesal Constitucional, puede ser planteada por el presidente del Tribunal Supremo de Justicia cuando se trata de un proyecto de ley en materia judicial; en este caso, el Proyecto de Ley no era de materia judicial, era un proyecto de Ley Transitoria que reguló el procedimiento de selección de candidatas y candidatos a magistrados; por lo tanto, el consultante carecía de legitimación activa. De otro lado, en una consulta, el Tribunal Constitucional Plurinacional emite un dictamen constitucional, no adopta determinación alguna; sin embargo, en este caso ha adoptado una determinación dispositiva.

una comprobación pública y transparente de las idoneidades que deben poseer las y los profesionales abogados para acceder y ejercer la función judicial; además de implementar el sistema de carrera judicial, y resolver los problemas de orden económico, institucional y legislativo.

También es necesario realizar reformas respecto al sistema de selección y designación del fiscal general del Estado, del contralor general del Estado y del defensor del pueblo, para restituir la autonomía orgánica, funcional, económica y administrativa que les reconoce la Constitución para el adecuado desempeño de las funciones asignadas.

Como corolario de esas reformas, debe modificarse el sistema político de gobierno presidencialista, para generar un equilibrio en el ejercicio del poder político.

Paralelamente a las reformas para restablecer la institucionalidad democrática, deberán adoptarse medidas urgentes que permitan superar la crisis económica y social en la que se debate el Estado boliviano.

BIBLIOGRAFÍA

- BIDART CAMPOS, Germán, *Derecho constitucional*, Ediar Sociedad Anónima Editora, 1966.
- BÖRTH, Carlos, Composición e independencia del Órgano Electoral: yerros y omisiones de la Sentencia Constitucional 0680/2012, *Revista Jurídica Derecho*, vol. 4, n.º 5, 2016, pp. 19-33.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia, OEA/Ser. L/V/II, Doc. 34. 28 de junio de 2007, <https://bit.ly/32WMfIN>.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), Garantías para la Independencia de las y los operadores de justicia, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 44. 05 de diciembre de 2013. <https://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/operadores-de-justicia-2013.pdf>.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), Cohesión social: el desafío para la consolidación de la Democracia en Bolivia, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 1/24. 20 de enero de 2024. https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2024/CohesionSocial_Bolivia_SPA.pdf.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH), La figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC 28/21, 2021, https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_28_esp.pdf
- DE LA QUINTANA, Huascar, *Ánalisis político de la “Ley de deslinde jurisdiccional”* [Informe]. Diplomado en Gobernabilidad y Gerencia Política. Universidad del Valle, s. f. <https://bit.ly/2GJ84UX>

GUASTINI, Riccardo, Sobre el concepto de Constitución, en M. CARBONELL (Comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos Escogidos* (pp. 93-108). Porrua, UNAM, 2000.

NARANJO MESA, Vladimiro, *Teoría constitucional e instituciones políticas*, Temis, 1997.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Carta Democrática Interamericana, 2001,
https://www.oas.org/charter/docs_es/resolucion_es.htm.

RIVERA SANTIVÁNEZ, José Antonio, *Hacia una nueva Constitución*, Fundappac, Konrad Adenauer y Oficina Jurídica para la Mujer, 2008.

FUENTES PRIMARIAS

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA, 2009.

DECLARACIÓN CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0003/2013.

DECLARACIÓN CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0001/2020.

DECLARACIÓN CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0049/2023.

DECRETO SUPREMO 138, de 20 de mayo de 2009.

LEY 004, de lucha contra la corrupción, enriquecimiento ilícito e investigación de fortunas “Marcelo Quiroga Santa Cruz”, de 31 de marzo de 2010.

LEY 018 DEL ÓRGANO ELECTORAL PLURINACIONAL, de 16 de junio de 2010.

LEY 025 DEL ÓRGANO JUDICIAL, de 24 de junio de 2010.

LEY 026 DE RÉGIMEN ELECTORAL, de 30 de junio de 2010.

LEY 031, Marco de Autonomías y Descentralización “Andrés Ibáñez”, de 19 de julio de 2010.

LEY 045, Ley contra el racismo y toda forma de discriminación, de 08 de octubre de 2010.

LEY 073 DE DESLINDE JURISDICCIONAL, de 29 de diciembre de 2010.

LEY 1096 DE ORGANIZACIONES POLÍTICAS, de 1 de septiembre de 2018.

LEY 351 DE OTORGACIÓN DE PERSONALIDADES JURÍDICAS, de 19 de marzo de 2013.

LEY 381 DE APLICACIÓN NORMATIVA DE 20 DE MAYO DE 2013.

LEY 254 CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DE 05 DE JULIO DE 2012.

REGLAMENTO GENERAL DE LA CÁMARA DE SENADORES.

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0070/2010.

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 084/2017.

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0680/2012.

SENTENCIA CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0070/2024

ARTÍCULO PRESENTADO EL 15 DE ENERO DE 2025.

AMENAZAS AL ESTADO DE DERECHO Y A LA DEMOCRACIA EN BRASIL: FAKE NEWS, POLARIZACIÓN POLÍTICA Y ATAQUES A LAS INSTITUCIONES. EL STF ENTRE EL ESTATUS DE “GUARDIÁN” Y “VILLANO” DE LA DEMOCRACIA

Mônica Clarissa Hennig Leal*

Rogério Gesta Leal**

INTRODUCCIÓN

En los últimos años ha quedado claro que la democracia latinoamericana se ha deteriorado gravemente. En su último informe, *Estado de la Democracia Liberal*, The Economist Intelligence Unit reveló que, por séptimo año consecutivo, la región de América Latina y el Caribe ha experimentado un descenso en el índice de democracia. Además, el Instituto V-Dem, en su Informe Anual 2023 sobre Democracia Liberal indicó que el nivel de democracia en la región en 2022 ha vuelto a los niveles de finales de la Guerra Fría.

* Posdoctorada, Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemania); doctora en Derecho, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), con investigaciones realizadas en la Ruprecht-Karls Universität Heidelberg. Coordinadora y profesora titular del Programa de Posgrado en Derecho - Maestría y Doctorado de la Universidad de Santa Cruz do Sul (UNISC), donde enseña Jurisdicción Constitucional y Control Jurisdiccional de Políticas Públicas, respectivamente. Coordinadora del Grupo de Investigación “Jurisdicción Constitucional Abierta”, vinculado al CNPq. Becaria de productividad de investigación del CNPq, miembro del Consejo Superior (2014-2019) y coordinadora del Comité de Humanidades y Ciencias Sociales Aplicadas de la Fundación de Investigación de Rio Grande do Sul (Fapergs) (2022-2024). Coordinadora científica y representante brasileña del grupo de expertos del Programa Estado de Derecho para América Latina de la Fundación Konrad Adenauer, con sede en Bogotá (Colombia). Miembro de la Red ICCAL-Brasil, vinculada al Instituto Max Planck de Derecho Internacional Público y Comparado de Heidelberg.

** Doctor en Derecho, Universidad Federal de Santa Catarina (UFSC) y Universidad Nacional de Buenos Aires (UBA) (Argentina); postdoctorado, Universidad da Coruña (España). Profesor titular de la Universidad de Santa Cruz do Sul (UNISC); profesor permanente del Programa de Posgrado en Derecho - Maestría y Doctorado, UNISC, y de la Fundación Escuela del Ministerio Público (FM). Juez del Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul.

La suma de los factores anteriores ha conducido a lo que solo puede denominarse una “crisis del Estado de derecho”. Esta conceptualización queda aún más demostrada por los resultados del Índice de Estado de Derecho 2022 del World Justice Project, que, basándose en 8 indicadores medidos, destaca que la adhesión al Estado de derecho ha caído en 21 de los 32 países de América Latina y el Caribe, con El Salvador cayendo 7 puntos en el índice de este año, seguido de Colombia y Brasil, que cayeron 5 y 4 puestos respectivamente.

La investigación se centrará, por tanto, en explorar este contexto de crisis del Estado de derecho en el ámbito nacional y sus implicaciones a nivel regional, así como el papel que la jurisdicción constitucional debe (o puede) desempeñar en este escenario.

En este contexto, llevando el foco a la realidad de lo que está ocurriendo en términos de amenazas a la democracia y al Estado de derecho en Brasil, el objetivo de este texto es analizar la doble condición del Supremo Tribunal Federal de Brasil (STF), que se constituye, al mismo tiempo, como el “guardián” de la democracia, buscando garantizar el cumplimiento de la Constitución y de los derechos fundamentales, así como el funcionamiento regular de las instituciones. Por otro lado, sin embargo, en un contexto de exacerbada polarización política, el STF también es tildado de “villano” y de amenaza a la propia democracia. Los reiterados ataques al Tribunal –ya sea la invasión física sufrida durante las protestas del “8 de enero” o a través de las redes sociales– son prueba de este fenómeno.

Esta situación está estrechamente relacionada con la debilidad democrática que experimenta el país, que tiene un elemento importante en el uso de las *fake news* como herramienta de manipulación política.

En primer lugar, se hacen algunas puntualizaciones sobre la posición de Brasil en los indicadores internacionales. A continuación, se aborda la cuestión de las *fake news*, en sus múltiples facetas de amenaza a la democracia y al Estado de derecho, así como su instrumentalización como forma de ataque a las instituciones democráticas, especialmente al STF. Por último, se analiza la condición de la jurisdicción constitucional en el epicentro de las tensiones radicales de la era digital, abordando tres aspectos relevantes vistos como desarrollos de este fenómeno: 1) la caracterización del STF como “guardián” y como “villano” de la democracia, que lleva a ataques y “discursos de odio” contra la institución y sus miembros; 2) la tensión con los demás poderes, especialmente con el Congreso Nacional, que conduce, como reacción legislativa, a propuestas de enmiendas a la Constitución destinadas a reducir y limitar los poderes del STF; c) la práctica del llamado *lawfare* (utilización de acciones judiciales como forma de disputa política; ejemplos de ello en el caso brasileño son el Mensalão, la Operação Lava-Jato y el gran número de acciones iniciadas contra el expresidente Jair

Bolsonaro), colocando al STF como protagonista y en el centro de la disputa, lo que a su vez lleva a una agudización de las críticas.

BRASIL EN INDICADORES DE DEMOCRACIA

Según datos de los informes de la Global State of Democracy,¹ Brasil se enfrenta a importantes retos en su democracia, que se reflejan en el descenso de las elecciones limpias, las libertades civiles, la igualdad de género, la integridad personal y la seguridad en los últimos cinco años. El país tiene una baja representación femenina en el Poder Legislativo, con solo el 17,5% en la Cámara y el 18,5% en el Senado. También son evidentes la persistente corrupción y el aumento de las tensiones sociales, con graves repercusiones para las poblaciones indígenas, que representan el 0,4% de la población, especialmente en medio de políticas como la controvertida tesis del “marco temporal”. Pero quizás el principal aspecto por señalar se refiere al sistema electoral de representación proporcional, que no ha impedido la violencia política y la polarización, exacerbadas por los recientes cuestionamientos a la credibilidad electoral y el auge del extremismo, que han llevado a ataques a las instituciones democráticas que culminaron con la invasión del Congreso Nacional y la Corte Suprema en los actos terroristas del “o8 de enero” de 2023.

Los Índices del Estado Global de la Democracia (Índices GSoD) miden las tendencias democráticas a escala nacional, regional y mundial a través de una amplia gama de indicadores de rendimiento democrático entre los años 1975 y 2022, a partir de índices que van de 0 a 1. Incluyen datos de 174 países y se basan en 157 indicadores individuales elaborados por diversos académicos y organizaciones, sin ofrecer un índice único de democracia.

En 2022, el informe mostró a Brasil con una puntuación de representación de 0,7, superior al índice mundial de 0,51, y al índice de las Américas de 0,61 en el mismo año. La puntuación más alta del país fue en 2005, con 0,86 puntos. Este índice es el resultado de analizar las siguientes subclases: elecciones acreditadas, sufragio inclusivo, partidos políticos libres, gobierno electo, parlamento efectivo y democracia local.

En la cuestión de los derechos, un índice que incluye un análisis del acceso a la justicia, las libertades civiles, el bienestar básico y la igualdad política, Brasil obtuvo una puntuación de 0,5 en 2022. La puntuación más alta fue en 2011, igual a 0,64, inferior a la media mundial de 0,51 y a la media de las Américas, que es de 0,53.

¹ “Brazil: Global ranking per category of democratic performance in 2023”, *International IDEA*, <https://www.idea.int/democracytracker/country/brazil>.

En cuanto al índice de Estado de derecho, que abarca cuestiones como la independencia judicial, la ausencia de corrupción, la integridad y la seguridad personal, Brasil registró en 2022 un índice de 0,47, por debajo del índice mundial del mismo año de 0,48 y de la media de las Américas de 0,49.

Por último, en cuanto a la participación, que engloba cuestiones como la participación electoral, el compromiso cívico y la sociedad civil, el índice fue de 0,68 en 2022. El valor más alto se registró entre 2003 y 2005, con 0,97, por encima de la media mundial para el mismo año, que fue de 0,54, y de la media de las Américas, que fue de 0,59.

El séptimo informe anual del Varieties of Democracy Institute (V-Dem), titulado *Democracy Report 2023: Defiance in the Face of Autocratisation*,² detalla los desafíos globales a la democracia, haciendo hincapié en el fenómeno de la autocratización. El informe entiende que este proceso es evidente en Brasil, que se encuentra entre los diez primeros países autocratizadores desde 2015. Después de las elecciones democráticas de 1989, que marcaron el fin del régimen militar, Brasil vio una mejora en sus índices democráticos hasta hace poco. Sin embargo, en los últimos diez años, se ha consolidado una tendencia regresiva que ha culminado en un punto bajo en el Índice de Democracia Liberal (IDL) en 2019, justo por encima de 0,5. La elección de Luiz Inácio Lula da Silva en 2022, en sustitución de Jair Bolsonaro, trajo una ligera mejora, elevando el IDL a 0,528, lo que indica una posible interrupción de la tendencia autocratizadora.

Según el informe, la situación brasileña refleja la exacerbada inestabilidad política desde el *impeachment* de Dilma Rousseff en 2016 y la posterior elección de Bolsonaro en 2018, que ha acelerado la polarización y las movilizaciones autocráticas, reforzando el aspecto destacado anteriormente.

Esta polarización política está estrechamente relacionada con las *fake news* y el uso del espacio virtual y de las redes sociales como herramienta de articulación, funcionando también como *locus* propicio para el discurso de odio y las manifestaciones de amenazas y ataques a las instituciones democráticas –especialmente al STF–, aspecto que puede ser identificado como una de las mayores amenazas al Estado de derecho en Brasil en el escenario actual.

A partir de ciertas narrativas, permeadas por un sesgo populista, el STF, que actúa como “guardián” de la Constitución y como última barrera contra los ataques de erosión democrática, acaba siendo visto como un “villano” y un opositor a la propia democracia. Esto da lugar a movimientos –tanto por parte de miembros

² V-Dem Institute, *Democracy Report 2023: Defiance in the Face of Autocratizacio*, Gothenburg, University of Gothenburg, 2023, pp. 11-23, https://v-dem.net/documents/29/V-dem_democracyreport2023_lowres.pdf.

de los otros poderes del Estado como por parte de una parte de la población- que desembocan en episodios como el tristemente célebre “8 de enero”, cuando partidarios del expresidente Jair Bolsonaro, descontentos con el resultado electoral, invadieron las sedes de los tres poderes del Estado. Esto ocurrió después de serias controversias a lo largo de la campaña electoral sobre la fiabilidad de las urnas electrónicas e incluso sobre la participación de las Fuerzas Armadas en la evaluación de su seguridad.³

A esto se añade el uso de la llamada *lawfare* (el uso de demandas como forma de disputa política, ejemplos son el llamado Mensalão y la propia Operación Autolavado y el importante número de demandas contra el expresidente Jair Bolsonaro actualmente en el STF), un aspecto que acaba reforzando el papel del STF, colocándolo en el centro de la disputa y como un actor importante con repercusiones políticas. Como resultado, en un ambiente ya marcado por la polarización, esto ha llevado a una agudización de las críticas a la Corte.

Finalmente, esto ha generado tensiones con el Congreso Nacional, donde podemos identificar una serie de movimientos reactivos dirigidos a la relación entre los poderes del Estado, con un número significativo de propuestas de enmiendas a la Constitución en trámite, dirigidas a reducir los poderes del STF, así como movimientos para reforzar la posibilidad de controlar las decisiones tomadas por el Poder Legislativo, retomando las discusiones sobre la “última palabra”.

Todos estos elementos están estrechamente relacionados con el uso de las redes sociales y las *fake news* como herramienta de manipulación y articulación política, creando un escenario propicio para atacar las instituciones democráticas e intensificar la polarización ya existente.

EL FENÓMENO DE LAS *FAKE NEWS* Y SUS MÚLTIPLES AMENAZAS PARA LA DEMOCRACIA Y EL ESTADO DE DERECHO

El término *fake news*, a pesar de ser ambiguo porque se refiere a múltiples escenarios, puede entenderse como información falsa, a menudo sensacionalista, a veces difundida como un reportaje periodístico encubierto, a veces asociada a

³ “Actuación de las Fuerzas Armadas en apoyo al Tribunal Superior Electoral - TSE en la mejora de la seguridad y transparencia del proceso electoral”, Ministerio de Defensa, <https://www.gov.br/defesa/pt-br/acesso-a-informacao/outros/atuacao-das-forcas-armadas-em-apoio-ao-tse-no-aprimoramento-da-seguranca-e-transparencia-do-proceso-eleitoral>.

opiniones extremistas (como el discurso del odio) y a propaganda y *marketing* manipuladores.⁴

Según la definición de Romy Jaster y David Lanius, *fake news* “is news that lacks truth and truthfulness. It lacks truth in the sense that it is either literally false or communicates something false. It lacks truthfulness in the sense that it is propagated with the intention to deceive or without concern for the truth”,⁵ lo que parece acertado, en la medida en que amplía el alcance y el impacto que provoca, sobre todo en el ámbito de los contenciosos electorales, lo que genera enormes riesgos para los procesos y valores democráticos a través de campañas de desinformación, creando caos y malestar continuo en la opinión pública, fomentando en ocasiones la violencia y el conflicto institucional.⁶

Giuliano da Empoli advierte de que las *fake news* inflaman las pasiones del mayor número posible de personas y grupos, ganándoselos sin converger en la pacificación, pero uniéndolos en lo que denomina “beligerantes extremos”.⁷ Y esto se ve potenciado por la focalización de contenidos mediante algoritmos formateados para determinados perfiles de usuarios, que potencian la difusión sectaria de mensajes a veces violentos y de odio/intolerancia, basados en la dicotomía “nosotros contra ellos” (los enemigos),⁸ reforzando así el escenario de polarización política. No cabe duda de que la realidad brasileña actual encaja perfectamente en este contexto.⁹

En realidad, las noticias falsas siempre han existido y siempre existirán, pero parece imposible negar que internet representa hoy un punto de ruptura para el mundo de la información (verdadera y falsa), tanto en sentido positivo

4 Ver el trabajo de Serena Giusti y Elisa Piras, *Democracy and Fake News – information manipulation and post-truth politics*, New York, Routledge, 2021. Las autoras se refieren a noticias que carecen de verdad y veracidad.

5 Romy y Jaster y David Lanius, “Hablando de noticias falsas”, en Sven Bernecker, Amy Flowerree y Thomas Grundmann (eds.), *La epistemología de las noticias falsas*, Oxford, Oxford University Press, 2022, p. 20.

6 En palabras de Fiona Young-Brown, *Fake News and Propaganda*, New York: Cavendish Square Publishing, 2020, p. 14: Las noticias falsas pueden definirse de varias maneras, pero la definición más sencilla es la más exacta. Se trata de cualquier noticia que contenga información falsa a propósito”. O, para citar al bibliotecario y escritor Donald Barclay, “Las noticias falsas no son más que el último nombre del antiguo arte de mentir”.

7 Giuliano Da Empoli, *Los ingenieros del caos*, São Paulo, Vestígio, 2019.

8 Como bien subraya el texto de Jason Stanley, *Cómo funciona el fascismo: la política de nosotros y ellos*, São Paulo, L&PM Editores, 2018.

9 “Pesquisa aponta aumento da polarização e queda da civilidade no Brasil”, CNN Brasil, <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/pesquisa-aponta-aumento-da-polarizacao-e-queda-da-civilidade-no-brasil/>.

como negativo.¹⁰ La libertad de acceso a muchas fuentes (superando la escasez de recursos informativos) es sin duda un aspecto positivo de la libertad de información, como lo es la difusión de noticias en tiempo real y su accesibilidad prácticamente en todo el mundo.¹¹ Pero las democracias necesitan noticias independientes y basadas en hechos para dar voz a un abanico diverso de personas, vigilar a los poderosos y mantener informados a los miembros de la sociedad, sobre todo garantizando la libertad de expresión.

El propio STF brasileño ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la importancia democrática del derecho fundamental a la libertad de expresión en varias ocasiones, entre ellas: 1) en la ADPF 187, relativa a la llamada “marcha de la marihuana”, juzgada el 15 de junio de 2011, por el magistrado ponente Celso de Mello, en el Pleno del Tribunal. Celso de Mello, en el Pleno, declaró que la manifestación social a favor de la legalización del consumo de cannabis no podía calificarse de apología del delito; 2) en el ADI 4815, relativo a biografías no autorizadas, juzgado el 10 de junio de 2015, por la magistrada Carmen Lúcia, en el Tribunal Pleno, que concluyó que la exigencia de autorización previa del biografiado es inconstitucional; 3) en el ADI 4451, juzgado el 20 de junio de 2018, por el juez Alexandre de Moraes, en el Tribunal Pleno, que diferenció, en el proceso electoral, entre las críticas realizadas a través de la sátira, las caricaturas y manifestaciones de humor en general, y las *fake news*, liberando las primeras y prohibiendo las segundas.

Por eso es importante que las democracias cuenten con normas (constitucionalmente) legítimas de derecho positivo que castiguen la falsedad, por ser contraria al pacto social que vincula a los individuos pertenecientes al Estado

¹⁰ Sobre este punto, Spencer recuerda que a finales del siglo XIX, en Estados Unidos existía lo que llamaban “periodismo amarillo”, caracterizado por el uso de titulares escandalosos, declaraciones falsas, difusión de fotos e imágenes de impacto social, precisamente para vender más, aunque distorsionara/manipulara la verdad de los hechos. David Spencer, *The Yellow Journalism - The Press and American's Emergence as a World Power*, Evanston, Northwestern University Press, 2007, pp. 45 y ss.

¹¹ Según las reflexiones de Maurizio Ferraris, *Postverità e altri enigmi*, Bolonia, Il Mulino, 2020. El autor señala que la circulación de noticias falsas se ve favorecida por el hecho de que las redes sociales constituyen un sistema de comunicación muy descentralizado, sin barreras de entrada ni mecanismos de control y responsabilidad legalmente prescritos para los gestores de las plataformas digitales que las difunden; además, los sistemas de intercambio de información en los que se basan las redes sociales contribuyen a la difusión de las noticias que más captan la atención de los usuarios, cada vez menos inclinados a confiar en los medios de comunicación tradicionales y cada vez más proclives a buscar en internet la confirmación de sus propios prejuicios.

de derecho, reprimiendo las *fake news* y la desinformación que afecta a bienes jurídicos protegidos legalmente.

El problema es que los medios de comunicación suelen estar contaminados con noticias inexactas y otras formas de desinformación. En Estados Unidos, por ejemplo, una parte significativa de la información hecha pública en el contexto de las elecciones presidenciales de 2016 era falsa, ya que se había redactado para ganar dinero o para engañar al público,¹² mientras que en el Reino Unido, una consultora política, Cambridge Analytica, utilizó la desinformación para ayudar a influir en el resultado del referéndum sobre el Brexit.¹³

Es evidente la importancia de las técnicas de propaganda en todos los gobiernos y régimen modernos, que permiten manipular, e incluso controlar, a la opinión pública, moldeando consensos cuestionables desde el punto de vista de la autonomía cognitiva y valorativa, con nuevas estrategias de conformación y alienación de la ilusión, de modo que el flujo de aparentes consensos no proceda de abajo hacia arriba, sino –demagógicamente– de arriba hacia abajo; en otras palabras, no son los gobernados quienes guían a los gobernantes, sino los gobernantes quienes condicionan a los gobernados a través del *marketing* electoral e ideológico.¹⁴

¹² Como nos informan Hunt Allcott y Matthew Gentzkow, “Medios sociales y noticias falsas en las elecciones de 2016”, *Journal of Economic Perspectives*, 2017, <https://web.stanford.edu/~gentzkow/research/fakenews.pdfel>. En los tres meses previos a las elecciones de 2016 en Estados Unidos, las 20 noticias falsas más leídas en Facebook fueron más compartidas que las 20 noticias reales más leídas sobre el tema, como muestra Lee McIntyre, *Post-Truth*, Cambridge, MIT Press, 2018, p. 109. El problema es que, en este país, el Tribunal Supremo ampara el derecho a la libre expresión del pensamiento aunque constituya *fake news*/desinformación, sin tener en cuenta el impacto que estas situaciones tienen en la democracia. Sobre este punto, ver la excelente reseña de Rebecca L. Brown, “The harm principle and free speech”, *Southern California Law Review*, 89, 2016, p. 953, doi: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2584080>.

¹³ Francis Rawlinson, *Cómo la propaganda de la prensa allanó el camino al Brexit*, Londres, Palgrave Macmillan, 2020. Ver también el excelente texto de Brad Jones, 19 de agosto de 2024, comentario a “Meet NationBuilder, the mercenary software that powered Trump and Brexit”, *Digitaltrends*, 21 de diciembre de 2016, <https://www.digitaltrends.com/web/the-political-software-used-by-trump-and-the-brexit-campaign>. Además de esta empresa, también existe la conocida C/T Group, una corporación australiana dedicada a grupos de presión, investigaciones privadas, investigación social, inteligencia corporativa y organización de estrategias políticas, especialmente para partidos de derecha en Canadá, Australia, África, Reino Unido, Italia y Nueva Zelanda, <https://ctgroup.com, el 19 de agosto de 2024>.

¹⁴ Ver el clásico de Gaetano Mosca, *Elementos de ciencia política*, Turín, Fratelli Bocca, 1923. En la misma línea, Ettore A. Albertoni, *Doctrina de la clase política y teoría de las élites*, Río de Janeiro, Imago, 1990, especialmente a partir de la p. 51.

Estas consideraciones afectan literalmente a la doctrina clásica de la democracia porque, en pocas palabras, ya no es la voluntad de los ciudadanos la que da vida a las decisiones políticas; al contrario, el consenso de los ciudadanos está permanentemente en juego en las arenas públicas en las que los políticos profesionales intentan forjar/conquistar espacios no siempre de forma legítima y lícita,¹⁵ desnaturalizando así la idea misma de representación de la soberanía popular.¹⁶

Desde esta perspectiva, los intereses de votantes y políticos son complementariamente diferentes: a los votantes no les interesan los programas de los partidos ni sus acciones prácticas, mientras que a los políticos tradicionales les interesan las estructuras de los partidos como mero instrumento de captación de votos. Este proceso está marcado, una vez más, por la polarización política y se caracteriza por emociones encendidas, guiadas por la pasión y la adhesión a una figura política concreta, alejándose a menudo del debate de ideas y propuestas intrínseco a la democracia.

En medio de estos problemas, tres cuestiones relativas a la democracia contemporánea vuelven al debate internacional y nacional sobre sus posibilidades y desafíos: 1) cómo permitir y facilitar la participación de los ciudadanos para que influyan efectivamente en las decisiones y en los responsables políticos, o incluso para que decidan ellos mismos; 2) cómo evitar que las mayorías opriman a las minorías y cómo obligar a las mayorías a decidir y a rendir cuentas de sus decisiones (precisamente en este punto, el papel de la jurisdicción constitucional en su función contramayoritaria pasa a primer plano, intensificándose la figura de los Tribunales Constitucionales como blanco de ataques y como “villanos” de la democracia, especialmente en contextos de erosión democrática, tendientes a suprimir o restringir derechos fundamentales, así como a relativizar los logros del Estado de derecho); 3) cómo garantizar un equilibrio entre las instituciones a través de contrapesos y controles recíprocos, especialmente, controles sociales.

Y este escenario no tiene nada de insólito, porque, como nos recuerda Lefort, las condiciones de posibilidad de la democracia contemporánea y del ejercicio del poder son permanentemente inestables. No se trata de un vicio congénito del fenómeno político, ni coyuntural ni específico de ciertas sociedades más o menos

¹⁵ Norberto Bobbio, Giuliano Pontara y Salvatore Veca, *Crisis de la democracia y neocontrac-tualismo*, Roma, Editori Riuniti, 1984. Ver también el texto a cura de Luciano Canfora, *La democracia como violencia*, Palermo, Sellerio, 2011.

¹⁶ Ver el texto de Daron Acemoglu e James A. Robinson, *Economic origins of dictatorship and democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 41.

desarrolladas; al contrario, se trata de sus rasgos contextuales y coyunturales, resultantes de la “sociedad del riesgo” en la que vivimos.¹⁷

Pero tampoco es posible naturalizar los riesgos y peligros que nos afectan a diario y, en su nombre, tolerar/aceptar delicadas políticas de gestión por parte de los poderes públicos, como la adopción de sistemas secretos de vigilancia de las comunicaciones (llamadas telefónicas, correos electrónicos, faxes, comunicaciones por radio, chats, redes sociales), destinados a la recogida masiva de información electrónica global en nombre de la seguridad pública mundial, como hace el Programa Echelon, en el que participan inicialmente Estados Unidos, Canadá, Reino Unido, Australia y Nueva Zelanda.¹⁸

En este sentido, en Brasil se informó recientemente que la Agencia Brasileña de Inteligencia (ABIN) está siendo investigada por la Policía Federal por utilizar ilegalmente la herramienta de espionaje llamada FirstMile (un programa israelí adquirido al final del gobierno de Michel Temer) para obtener información en beneficio de la familia del expresidente Jair Bolsonaro, así como para vigilar ilegalmente a las personas descontentas con su gobierno. Según las investigaciones, este espionaje ya alcanzó a 30.000 personas,¹⁹ sirviendo así como indicio del

¹⁷ Claude Lefort, *La invención democrática. Los límites de la dominación totalitaria*, París, Fayard, 1981, p. 61. Al mismo tiempo, autores como David Johnson y David Post advierten que “El ciberespacio socava radicalmente la relación entre los fenómenos jurídicamente significativos (en línea) y la ubicación física. El auge de la red informática mundial está destruyendo el vínculo entre la ubicación geográfica y: 1) el poder de los gobiernos locales para hacer valer el control sobre el comportamiento en línea; 2) los efectos del comportamiento en línea sobre las personas o las cosas; 3) la legitimidad de los esfuerzos de un soberano local para hacer cumplir las normas aplicables a los fenómenos mundiales; y 4) la capacidad de la ubicación física para notificar qué conjuntos de normas se aplican”.

¹⁸ Este programa fue creado en los años cincuenta entre los países mencionados, llamado Alianza de los 5 Ojos, pero luego se sumaron más países, que hasta ahora no se sabe a ciencia cierta quiénes son ni qué hacen en términos absolutos. Ver el interesante artículo publicado en el sitio web: <https://atlasreport.com.br/a-real-historia-do-programa-echelon-a-alianca-dos-5-olhos-de-espionagem-global/>. En la misma dirección, se ha creado una estructura similar en la Comunidad Europea, con la Enforcement Police (Enfopol), que lleva a cabo una vigilancia electrónica similar en los Estados miembros, <https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/jits-council-document-11037-05-en.pdf>. También el excelente texto de Dalibor Kekic, “Red de Inteligencia de la UE: Enfopol”, en Katarina Štrbac (ed.), *Security and Defence Aspects of the Republic of Serbia’s Accession to the European Union*, Belgrade, Academy of Criminalistic and Police Studies, 2010, pp. 228-240.

¹⁹ Según noticia publicada por el portal G1 de Globo el 29 de enero de 2024, <https://g1.globo.com/politica/noticia/2024/01/29/espionagem-da-abin-o-que-a-operacao-vigilancia-aproximada-ja-revelou.ghtml>, el 20/08/2024. El portal del periódico CNN también tiene un artículo relevante sobre el tema, publicado el 26 de enero de 2024, <https://www>.

fenómeno de polarización política y autocratización que viene ocurriendo en el país, como se señaló.

En medio de estas condiciones y prácticas de relación social, está la herramienta de internet como facilitador de la producción de información y de los intercambios intersubjetivos, ya que cualquiera puede ahora operar su propio canal, pero con filtros insuficientes para controlar la calidad de este material y, en última instancia, las bases materiales sobre las que se construye la democracia. Además, en ausencia de controles de calidad eficaces, estos medios no son sancionados por los actos ilegales que cometen –y, lo que es más, a menudo lo hacen a sabiendas o son alentados a hacerlo– en nombre de la audiencia y del consumo del material producido, todo lo cual se monetiza directa o indirectamente.²⁰ Asimismo, las redes sociales difunden información inexacta con enormes repercusiones (a veces mundiales) y de forma más rápida, profunda y amplia que los medios de comunicación tradicionales.²¹

En este contexto, Vosoughi señala que, además de estos aspectos, las noticias falsas tienen más posibilidades de circular con más enfasis,²² sobre todo porque los motores de búsqueda, debido a sus algoritmos de recomendación y personalización, conducen a lo que Pariser denomina “burbujas de filtros” y “cámaras de eco”, señalando que el peligro de estas burbujas radica en que las personas no son plenamente conscientes de lo que están eligiendo en términos de información y narrativas (verdaderas o falsas), ya que se sienten cómodas en entornos que

cnnbrasil.com.br/politica/espionagem-na-abin-veja-quem-foi-monitorado-ilegalmente-pela-agencia-segundo-a-pf/.

²⁰ En este sentido, ver el texto de Alvin I. Goldmann, *El conocimiento en un mundo social*, Oxford, Clarendon Press, 2020, pp. 182 y ss. David R. Johnson y David Post, “Law and borders: the rise of law in cyberspace”, *Stanford Law Review*, n.º 5, 1996, p. 1369, doi: 10.2307/1229390.

²¹ Andrew Hughes, *El mercado impulsa la publicidad política: marketing social, digital y móvil*, Londres, Palgrave Macmillan, 2018, p. 75.

²² Soroush Vosoughi, Deb Roy y Sinan Aral, “La propagación de noticias verdaderas y falsas en línea”, *Science*, n.º 359, 2018, pp. 1146-1151, doi: 10.1126/science.aap9559. El mismo entendimiento tiene Gilmar Ferreira Mendes, “A problemática das fake news no Estado de Direito: uma análise do julgamento da ADPF 572”, en Paulo Gustavo Gonçalves Branco (ed.), *Eleições e Democracia na era digital*, São Paulo, Almedina, 2022, p. 80: “Como destacan Benkler, Faris y Roberts, el desarrollo de procesos tecnológicos relacionados con la convergencia de los medios sociales, la curación algorítmica de noticias, los bots, la inteligencia artificial y el análisis de big data ha creado verdaderas cámaras de eco, que eliminan los indicios de fiabilidad sobre la información y ponen en cuestión la capacidad de gobernarnos como democracias razonables”.

comparten su identidad de valores y percepciones del mundo,²³ reforzando así una vez más la polarización y el radicalismo, en un círculo vicioso que se perpetúa en el tiempo.²⁴

Desde el punto de vista de la reflexión política, Zagrebelsky sostiene que es necesario confrontar ciertos discursos éticos de la verdad con una ética de la duda democrática porque, a pesar de las apariencias, la duda no es en absoluto lo contrario de la verdad, sino que puede ser su reafirmación. Por ello, los poseedores de una supuesta verdad absoluta (pensamiento único), como suele ocurrir en escenarios de polarización y radicalismo, necesitan convencerse de que la política y la ética de la vida cotidiana y de las relaciones sociales no son la simple aplicación de sus propias creencias o convicciones arraigadas, sino la mediación entre creencias, convicciones, opiniones, normas y situaciones concretas.²⁵ Peter Häberle va en la misma dirección cuando sostiene que la búsqueda de la verdad es el fin último del Estado constitucional, un concepto inseparable de la justicia y el bien común.²⁶

En este sentido, la propia naturaleza de las redes sociales ha demostrado que incluso a una organización o movimiento a gran escala y de base colectiva (como los partidos políticos) le resultará muy difícil impedir que los individuos personalicen las campañas electorales en sus propios contextos, con el riesgo de derivar hacia la ilegalidad o la violencia. Según Bennett y Segerberg, debido a la naturaleza interactiva de las redes sociales, el consumidor/usuario/votante ya no es un participante pasivo, sino activo, comprometido y emocionalmente implicado en las cuestiones que considera importantes.²⁷

En esta línea, los estudios muestran que Facebook admitió ante el Senado estadounidense que millones de usuarios habían visto propaganda producida por Rusia, publicada en su plataforma y en Instagram, generando información falsa

23 Eli Pariser, *La burbuja de filtros: lo que Internet te oculta*, Nueva York, Penguin, 2011, p. 38.

24 Mônica Clarissa Hennig Leal, “Democracia digital: del *status activus digitalis* a la desinformación: ¿hacia una nueva ola de judicialización de la política?” *UNIO - Revista de Derecho de la UE* n.º 2, 2019, pp. 63-74, doi: 10.21814/unio.5.2.2292.

25 Gustavo Zagrebelsky, *Contro l'etica della verità*, Roma, Laterza, 2019, p. 34.

26 Peter Häberle, *Derecho y verdad*, Turín, Einaudi, 2000, p. 9.

27 Lance Bennett e Alexandra Segerberg, “The logic of connective action - digital media and the personalisation of contentious politics”, *Information, Communication & Society*, n.º 15, 2012, p. 745, doi: 10.1017/CBO9781139198752. Los autores señalan que hoy en día un anuncio en forma de video, foto o meme puede compartirse dentro del mercado objetivo del consumidor, lo que añade mayor credibilidad que la ofrecida por la marca patrocinadora. Ese mismo anuncio puede gustar o ser criticado, comentado y compartido por otras personas, lo que hace que el mensaje sea aún más relevante y resuene con más fuerza de lo que jamás podrían hacerlo los anuncios televisivos.

a favor de la elección de Trump, mientras que Twitter declaró haber encontrado 2.752 cuentas controladas por rusos, con *bots* rusos que tuitearon 1,4 millones de veces durante estas elecciones.²⁸ Google, por su parte, encontró más de mil videos sobre el tema en YouTube.²⁹ Hay que tener en cuenta que cualquiera con un *smartphone* y un paquete de edición de libre acceso, como Google Photos o iMovie, por citar solo dos, puede crear videos o incluso retransmisiones en directo en cuestión de minutos, transmitiéndolos a millones de personas al instante, lo que aumenta aún más los riesgos que nos ocupan.³⁰

También en América Latina estos fenómenos han estado presentes en muchos procesos electorales recientes. En Brasil, la elección de Jair Bolsonaro como presidente de la República en 2018 –así como todo el período de su gobierno– también estuvo marcada por los más diversos escenarios de *fake news*, tanto que un artículo publicado en el sitio web del *New York Times* da cuenta de algunas de estas particularidades, concretamente involucrando el uso de WhatsApp, llamando la atención sobre el hecho de que estas herramientas de mensajería instantánea difunden fácilmente teorías conspirativas y desinformación de forma abrumadora, ya que el contenido pasa de mano en mano en forma de texto, imágenes, videos o memes, sin autor identificado o identifiable, y la legitimidad y autoridad del contenido la otorgan en última instancia quienes lo comparten.³¹

28 Ver el excelente artículo de Zeynep Tufekci, “Zuckerberg’s preposterous defence of Facebook” *The New York Times*, 29 de septiembre de 2017, <https://www.nytimes.com/2017/09/29/opinion/mark-zuckerberg-facebook.html>.

29 Nick Srnicek sostiene que empresas como Google, Facebook, Apple, Microsoft y Siemens son ahora corporaciones que se han convertido en plataformas, proporcionando la base de *hardware* y *software* para que operen otras instituciones. Esta transformación señala un cambio importante en la forma en que operan las empresas capitalistas y en cómo interactúan con el resto de la economía, lo que él denomina el surgimiento del capitalismo de plataforma. Nick Srnicek, *El capitalismo de plataforma*, Cambridge, Polity Press, 2017, p. 52.

30 Estas iniciativas han evolucionado hasta utilizar las plataformas digitales para algo más que reenviar contenidos, pasando a crear celebridades a partir de marcas líderes, con la publicación continua de contenidos como forma de captar y construir relaciones, identidades y lealtades hacia determinados productos/candidatos/partidos. Ver el texto de Morley Winograd e Michael Hais, *Millennial makeover: myspace, youtube and the future of american politics*, London, Rutgers University Press, 2008, pp. 140 y ss.

31 Ver la noticia *Disinformation spreads on whatsapp of brazilian*, publicada en el sitio web del *New York Times*: <https://www.nytimes.com/2018/10/19/technology/whatsapp-brazil-presidential-election.html>, en la que se especula que fue el uso estratégico de la desinformación y las *fake news* lo que fortaleció a la extrema derecha en el país. En la misma línea, ver el artículo titulado *¿Elecciones con fake news? A week inside 272 political WhatsApp groups shows a divided Brazil fuelled by fake news*, publicado por BBC Brasil el 5 de octubre de 2018, www.bbc.com/portuguese/brasil-45666742, consultado el 30 de enero de 2024.

Además, una investigación realizada por Statista³² muestra que para 2024, el promedio de uso diario de las redes sociales por parte de los usuarios de internet de todo el mundo será de 143 minutos al día, siendo Brasil³³ el país que actualmente pasa más tiempo al día en las redes sociales.

A su vez, estos datos demuestran el potencial que estos recursos de manipulación en espacios virtuales, combinando *fake news* y desinformación, tienen en el contexto brasileño, especialmente en un escenario de polarización política y ataques a las instituciones democráticas, formando lo que podría llamarse una “tormenta perfecta”.

Para reforzar los aspectos señalados, también es posible, en el contexto de las *fake news* electorales, destacar el uso de los llamados “robots sociales”, un tipo de *chatbot* que produce contenidos automáticos para las redes, normalmente en apoyo de campañas políticas, tratando de hacerse pasar por humanos.³⁴ Aunque estos *bots* se utilizan para aumentar el número de seguidores en las redes sociales, elevando el –aparente– grado de apoyo a un determinado candidato,³⁵ también son herramientas eficaces para difundir información con el objetivo de

³² Según la información publicada por Stacy Jo Dixon en el sitio web de la empresa el 10 de abril de 2024, <https://www.statista.com/statistics/433871/daily-social-media-usage-worldwide/>, consultado el 04 de junio de 2024.

³³ *Statista* es una plataforma global de datos e *inteligencia empresarial* con una amplia colección de estadísticas, informes y perspectivas sobre más de 80.000 temas, procedentes de 22.500 fuentes, en 170 sectores. Fundada en Alemania en 2007, opera en 13 lugares de todo el mundo, según la información de su sitio web, <https://www.statista.com/aboutus/>. En Brasil, Data Folha, en relación con las elecciones de 2018 para presidente de la república, identificó en una encuesta que dos de cada tres votantes en el país (66%) tienen cuentas en las redes sociales, de los cuales: 1) entre los más jóvenes, la tasa alcanza el 90%; 2) en el grupo de 45 a 59 años, este porcentaje se sitúa en el 55%; 3) entre los más mayores, de 60 años o más, uno de cada tres votantes (34%), siendo WhatsApp la app más utilizada por los votantes. Encuesta publicada el 27 de octubre de 2018 en: <https://datafolha.folha.uol.com.br/opiniao-publica/2018/10/1983765-24-dos-eleitores-usam-whatsapp-para-compartilhar-conteudo-eleitoral.shtml>, consultada el 04 de junio de 2024.

³⁴ Recordemos que los *bots* son programas informáticos que gestionan una o varias cuentas de redes sociales para realizar acciones concretas a través de ellas. En este sentido, ver el texto de Ana Siu, “Cómo funcionan los *bots* (y como contribuyen a difundir información falsa)”, *IJNET - International Journalists Network*, 30 de octubre de 2018, <https://ijnet.org/es/story/c%C3%B3mo-funcionan-los-bots-y-c%C3%B3mo-contribuyen-difundir-informaci%C3%B3n-falsa>. La autora nos recuerda que: “Los *bots* llenan las redes sociales de mensajes que apoyan o combaten una causa, explica Escoria. ‘Es una tarea de fuerza bruta para inundar las redes sociales, crear trending topics y que parezca real’”.

³⁵ Mônia Clarissa Hennig Leal, “Redes sociales, libertad de expresión, democracia y Tribunal Supremo: una visión general del caso de Brasil” en Mônia Clarissa Hennig Leal e Hartmut Rank (eds.), *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales n. 10. Redes sociales, Estado*

influir y manipular la opinión pública en las redes sociales. Con el uso de algunos de estos métodos de comunicación, también es posible, en combinación con el uso de *big data* e *insights* de los clientes/usuarios/votantes, tener propaganda política personalizada para audiencias interactivas específicas,³⁶ que luego tiende a reforzar sus opiniones y puntos de vista –sin espacio para la diversidad de ideas y pensamientos–, lo que intensifica aún más la polarización política que ya existe.

Teniendo en cuenta la importancia de la respuesta emocional en cualquier modelo publicitario, comprender qué hace que un votante responda emocionalmente a un anuncio concreto, o qué aspecto estructural o de contenido de un mensaje despierta sus niveles de interés es importante para entender cómo la propaganda política o dirigida contra determinadas instituciones democráticas (como el STF, por ejemplo) puede ser eficaz, independientemente de la veracidad de la información transmitida. Desde esta perspectiva, Mounk advierte:

A los votantes no les gusta pensar que el mundo es complicado. Desde luego, no les gusta oír que no hay una respuesta inmediata a sus problemas. Frente a unos políticos que parecen cada vez menos capaces de gobernar un mundo cada vez más complejo, muchos se inclinan cada vez más por votar a quienes prometen soluciones sencillas. Por eso los populistas –Narendra Modi en la India, Recep Tayyip Erdogan en Turquía, Viktor Orbán en Hungría, Jarosław Kaczyński en Polonia, Marine Le Pen en Francia, Beppe Grillo en Italia– suenan sorprendentemente parecidos entre sí, a pesar de sus considerables diferencias ideológicas.³⁷

Desde esta perspectiva, Amorós destaca tres aspectos fundamentales que conforman una especie de fórmula perfecta para el engaño a través de las *fake news*: 1) titulares impactantes, 2) revelación que provoque emociones, y 3) que parezca verdad, para lo cual se utilizan todos los recursos audiovisuales.³⁸ A su vez, estos recursos pueden ser usados fácilmente tanto por los medios de

de derecho y control judicial, Bogotá, Programa Estado de Derecho para América Latina, Fundación Konrad Adenauer, 2022, pp. 47-74.

36 Como nos muestra Angela Phillips, “Social media is changing the face of politics – and it’s not good news”, *The Conversation*, 9 de febrero de 2016, <https://theconversation.com/social-media-is-changing-the-face-of-politics-and-its-not-good-news-54266>.

37 Yascha Mounk, *El pueblo contra la democracia*, São Paulo, Companhia das Letras, 2018, p. 11.

38 García M. Amorós, *Fake news, la verdad de las noticias falsas*, Barcelona, Plataforma Editorial, 2018, p. 29. El autor revela que el mayor número de recursos utilizados en las *fake news* son las imágenes, representadas a través de fotografías, memes y gifs, así como los videos que, aunque se ven con menor frecuencia, son el segundo recurso más explotado en las publicaciones de desinformación.

comunicación tradicionales como por las redes sociales, en particular mediante frases e imágenes con efectos psicológicos, creando verdaderas cámaras de eco y atrayendo a un número significativo de personas que ya no confían en las instituciones democráticas.³⁹

A pesar de ello, aunque no hay consenso sobre cómo y en qué medida las *fake news* han influido en el resultado de las elecciones,⁴⁰ lo que sí se puede afirmar es que las historias falsas tienen más probabilidades de hacerse virales que las reales.⁴¹

Ante esta realidad, se han creado varias agencias de *fact-checking*, incluso en Brasil, que buscan verificar si una noticia es verdadera o falsa, como: e-farsas.com, boatos.org, G1/fato ou fake, Estadão Verifica, UOL confere, Aos Fatos, entre otras.

Este aspecto es particularmente importante en un escenario en el que se producen inmensos intercambios, en tiempo real y a hipervelocidad, de datos/

39 Como puede verse en el sitio web: <https://www.breitbart.com>. Ver el texto de Ethan Zuckerman, “Mistrust, efficacy and the new civics - a whitepaper for the knight foundation”, 18 de agosto de 2017, <https://ethanzuckerman.com/2017/08/17/mistrust-efficacy-and-the-new-civics-a-whitepaper-for-the-knight-foundation/>.

40 Un estudio de Vosoughi, Roy y Aral muestra: 1) una historia falsa llega a 1.500 personas seis veces más rápido que una historia real; 2) las historias falsas superan a la verdad en todos los temas (incluidos los negocios, el terrorismo y la guerra, la ciencia y la tecnología, y el entretenimiento); 3) las que tratan sobre política suelen tener incluso mejores resultados. Este estudio indica que la culpa de este problema no puede atribuirse a ningún tipo de *bot* (a pesar de que de 2006 a 2016, dicen los autores, los *bots* de Twitter amplificaron tanto las historias reales como las falsas), sino que las noticias falsas prosperan porque los humanos, y no los *bots*, son más propensos a difundirlas. Soroush Vosoughi, Deband Roy y Sinan Aral, “The spread of true and false news online”, *Science*, vol. 6380, 2018, pp. 1146-1151, doi: 10.1126/science.aap9559.

41 Por otro lado, como advierte Calvo, “las redes sociales son un elemento que agrega, no que genera polarización. Hay condiciones reales de polarización que explican este giro que estamos viendo hacia populismos de derecha; tienen que ver con la situación política, económica y social de cada país”. Ernesto Calvo, “Hay que disminuir la violencia en las redes, no la libertad de expresión”, *Science*, vol. 6380, 2018, pp. 1146-1151, doi: 10.1126/science.aap9559. El autor también advierte que: “Las redes son un amplificador y esta amplificación puede ser de causas que nos unen, como sucedió con #NiUnaMenos, o que dividen. Cuando se forman subestructuras diferentes, con un grupo de un lado y otro del otro, las narrativas de ambas comunidades comienzan a divergir y se polarizan. El tipo de plataforma utilizada produce comunicaciones que se activan de diferentes maneras. Facebook permite comentarios muy largos, la gente amplía sus argumentos, se conecta con amigos. En general hay un clima menos agresivo que en Twitter, que tiene una comunidad más abierta y menos contenidos. Esto se agrava con WhatsApp, que es aún más restrictivo. Cuando utilizamos las redes, lo que hacemos es trabajar sobre nuestras propias suposiciones o prejuicios. En un momento dado, siempre nos estamos saltando pasos; hay elementos que no estamos explicando”.

informaciones en múltiples formatos (noticias, reportajes, testimonios, imágenes/sonidos, etc.), tanto falsos como reales, que tienen lugar en las redes sociales y en aplicaciones de comunicación virtual, en términos electorales, con consecuencias impactantes, haciendo que los ciudadanos/electores pasen de ser receptores de información a coautores, ya que comentan, comparten e interactúan con los más diversos universos de personas.

En este contexto, con el debido respeto, en el ámbito de la política podemos citar las enseñanzas de Joseph Goebbels, ministro de propaganda de la Alemania nazi durante la Segunda Guerra Mundial, en el sentido de que las mentiras dichas una sola vez siguen siendo mentiras, pero si se dicen mil veces, se convierten en verdades.⁴² Así se resumen las formas en que las noticias y la propaganda (verdaderas y falsas) son tan eficaces para manipular las opiniones.⁴³

Este aspecto adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que el uso de medios virtuales de información ha crecido exponencialmente, tanto que el informe Digital News 2023, creado por el Instituto Reuters para el Estudio del Periodismo de la Universidad de Oxford, analizando 46 países, reveló que en Brasil, TikTok sigue creciendo como plataforma de promoción de contenidos periodísticos entre los medios de este segmento, mientras que las suscripciones digitales representaron alrededor de siete de cada diez ejemplares vendidos por los principales periódicos como *Folha de São Paulo*, *Estadão* y *O Globo* en 2022. La encuesta también señala que el 22% de los encuestados afirmaron que inician su viaje diario de consumo de información a través de sitios web o aplicaciones, y que la gran mayoría de los menores de 35 años utiliza las redes sociales, los motores de búsqueda o los agregadores de contenidos para leer noticias. El público también dijo que presta más atención a las celebridades e *influencers* que comentan noticias en redes como TikTok e Instagram que a los periodistas.⁴⁴

En la misma dirección, la cuestión del discurso de odio en línea también ha ganado protagonismo a escala mundial, a través de las redes sociales

42 Jeremy Roberts, *Joseph Goebbels - Ministro de propaganda nazi*, Nueva York, The Rosen Publishing Group, 2000, p. 38. Ver también la historia de este periodo en el libro de Peter Longerich, *Joseph Goebbels - una biografía*, Río de Janeiro, Objetiva, 2010.

43 Merece la pena leer el texto clásico de Serge Tchakhotine, *La mistificación de las masas por la propaganda política*, Río de Janeiro, Civilización Brasileña, 1979. Recordemos, con Byung-Chul Han, *Infocracia - la digitalización y la crisis de la democracia*, Barcelona, Taurus, 2021, p. 09, que: “el factor decisivo para obtener el poder no es ahora la posesión de medios de producción, sino el acceso a la información, que se utiliza para la vigilancia psicopolítica y el control y la predicción del comportamiento”.

44 Ver la encuesta completa en el sitio web: https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/sites/default/files/2023-06/Digital_News_Report_2023.pdf.

mentionadas, y a menudo incluso se asocia a disputas electorales, fomentando sentimientos violentos, racistas, xenófobos, homófobos, con contenidos ideológicos y morales fundamentalistas, incluyendo ataques a las propias instituciones democráticas. Tanto es así que la Comisión Europea, en marzo de 2016, solicitó a las redes sociales y a los motores de búsqueda la firma de un Código de Conducta común, suscrito el 31 de mayo de 2016,⁴⁵ sellando el compromiso de los firmantes (Microsoft, Youtube, Facebook y Twitter) de eliminar o deshabilitar el acceso a contenidos ilegales –incluidos los que promueven el discurso del odio– en sus plataformas en un plazo de 24 horas.⁴⁶

Por otro lado, si bien es cierto que si se autorizara a las empresas tecnológicas a intervenir retirando del aire noticias o manifestaciones falsas o de odio con la ayuda de medios automáticos de detección, podrían ser mucho más ágiles y eficaces que los mecanismos públicos de control para el mismo fin; también hay que tener en cuenta que sus intereses no se corresponden necesariamente con la protección de los derechos humanos y fundamentales.⁴⁷

En Brasil, el Congreso Nacional está evaluando el Proyecto de Ley 2.630/2020⁴⁸ que crea, entre otras regulaciones, parámetros para ser adoptados por los proveedores de internet en los procedimientos de moderación de contenidos, lo que es visto por algunos como violatorio de las disposiciones del Marco Civil da

45 Consultado en el sitio web: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/IP_16_1937.

46 Y esto es de vital importancia dado el argumento de Emily Bell de que los medios sociales han abarcado todas las formas de comunicación, impactando en los vehículos tradicionales de formación de opinión y debate público, como los periódicos, y llegando a las campañas políticas, los sistemas bancarios, el comercio minorista, la industria del ocio, las instituciones públicas y privadas, todo ello con muy bajos niveles de control. Emily Bell y Edward Snowden, “Una conversación con Edward Snowden”, en Emily Bell y Taylor Owen (eds.), *El periodismo después de Snowden*, Nueva York, Columbia University Press, 2017, pp. 415 y ss. Hay que recordar que, por lo general, las plataformas ya cuentan con los llamados contratos de adhesión –condiciones de uso de los servicios que prestan–, que establecen parámetros de autorregulación sobre los flujos de datos, información y comunicaciones permitidos y prohibidos.

47 Ver, en este sentido, la reflexión crítica del texto de Maria Romana Allegri, “Ubi Social, Ibi Ius - Fundamentos constitucionales de las redes sociales y perfiles jurídicos de la responsabilidad del proveedor”, en Simone Penasa y Andrea Sandri (eds), *Studi di Diritto Pubblico*, Milano, Franco Angeli, 2018, pp. 34 y ss.

48 Este proyecto de ley se encuentra en la Cámara de Diputados, según se informa en el sitio web: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2256735>.

Internet, que garantizan la libre iniciativa y la libertad de modelos de negocios virtuales (art. 2º, V y VIII, de la Ley 12.965/2014).⁴⁹

Los estados de ánimo que pueden exaltarse en escenarios político-electORALES marcados por tensiones pasionales y alimentados por narrativas (propagandísticas) de enfrentamientos radicales conducen a situaciones como el caos sin precedentes que se produjo en el Capitolio de Estados Unidos el 6 de enero de 2021, tras una concentración denominada “Salve a América” en el Ellipse, un parque cercano a la Casa Blanca, donde Donald Trump incitó a sus partidarios a marchar hacia el Congreso cuando este se reunía para certificar a Joe Biden como 46º presidente de Estados Unidos.⁵⁰ La invasión de este edificio y la destrucción de la propiedad pública que lo custodiaba, además de los daños materiales –e incluso personales, a la vista de los heridos implicados–, pusieron de manifiesto el poder destructivo de un comportamiento electoral basado en las *fake news* y el discurso del odio.

Un fenómeno similar ocurrió en Brasil con la invasión, como ya se mencionó, del Congreso Nacional, el Palacio de Planalto y el STF el 8 de enero de 2023 por los votantes del expresidente de la República, Jair Bolsonaro, destruyendo una amplia gama de bienes públicos en estos edificios. Es cierto que lo ocurrido está relacionado con los ambientes de conflicto y beligerancia radical provocados por el proceso electoral de la campaña presidencial, alimentado también por la propaganda, la publicidad y el *marketing* electoral de guerra,⁵¹ colocando la jurisdicción constitucional en el epicentro de las tensiones radicales de la era digital.

49 En este sentido, ver el texto de Carlos Mário da Silva Velloso, “Fake News: moderación de contenidos por los proveedores de aplicaciones de Internet - PL 2630/2020”, en Paulo Gustavo Gonçalves Branco (ed.), *Eleições e Democracia na era digital*, São Paulo, Almedina, 2022, p. 86.

50 Ver *Assault on democracy: Paths to insurrection*, CNN, junio de 2021, <https://edition.cnn.com/interactive/2021/06/us/capitol-riot-paths-to-insurrection/>, en la que se informa que los miembros de la turba enfurecida fueron de puerta en puerta agitando banderas y saqueando las oficinas de senadores y congresistas, repitiendo la falsa retórica que el presidente Trump había estado difundiendo desde noviembre de 2021, en el sentido de que él era el verdadero ganador de las elecciones.

51 Ver el itinerario de estos acontecimientos en el artículo de la página web del vehículo de comunicación *Poder 360*: <https://www.poder360.com.br/justica/assista-e-entenda-como-a-policia-deixou-vandalos-entrarem-no-stf-no-8-de-janeiro/>, 26 de enero de 2023. Ver también el documental de la BBC titulado: *8 de enero: el día que abolió Brasil*, <https://youtu.be/MxciQQRUMNk>, 21 de mayo de 2024.

LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN EL EPICENTRO DE LAS TENSIONES RADICALES DE LA ERA DIGITAL: *FAKE NEWS*, POLARIZACIÓN POLÍTICA Y ATAQUES A LAS INSTITUCIONES DEMOCRÁTICAS: EL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ENTRE “GUARDIÁN” Y “VILLANO” DE LA DEMOCRACIA

Considerando los aspectos presentados hasta aquí, parece que la manifestación de la polarización política, reforzada en un contexto marcado por el uso de las redes sociales y la difusión de *fake news*, conlleva por lo menos tres aspectos relevantes, desde el punto de vista democrático, relacionados con la jurisdicción constitucional y, en particular, con el STF, en el contexto brasileño.

El STF como “guardián” y “villano” de la democracia

En un escenario de polarización política y erosión democrática permeado por el uso masivo de las redes sociales y la aparición de *fake news*, los Tribunales Constitucionales acaban siendo, al mismo tiempo, “guardianes” de la democracia, al ser los encargados de garantizar la Constitución y el Estado de derecho, actuando muchas veces como “última barrera” frente a los avances antidemocráticos, pero también como “villanos” y una “amenaza” para esa misma democracia, al actuar como límites a los otros poderes en la garantía del Estado de derecho, y también son acusados de coartar la libertad de expresión al frenar los ataques a las instituciones y restringir el discurso de odio.⁵²

Un ejemplo emblemático de esta condición son los acontecimientos del “8 de enero” de 2023, cuando un grupo de aproximadamente 4.000 personas tomó la Plaza de los Tres Poderes y la Explanada de los Ministerios en Brasilia (Brasil), rompiendo la barrera de seguridad e invadiendo los palacios de los tres poderes del Estado (el Palacio del Congreso Nacional, el Palacio del Planalto y el Palacio de la Corte Suprema). El grupo llevó a cabo una serie de actos de vandalismo y depredación de la propiedad pública, con la invasión de los mencionados palacios y, especialmente, del Pleno del STF, que fue el más afectado. Además de las pérdidas de por lo menos veinte millones de reales de las arcas públicas para

⁵² Según el ministro Alexandre de Moraes, “los métodos de operación del nuevo populismo digital extremista apuntan a la existencia de una verdadera organización criminal, con fuertes operaciones digitales y núcleos de producción, publicación, financiación y política con el claro propósito de atacar la Democracia y el Estado de Derecho y desestabilizar las instituciones democráticas, especialmente aquellas que pueden contrarrestar constitucionalmente actos ilegales o inconstitucionales, especialmente el Poder Judicial”. Cfr. Alexandre de Moraes, “El derecho electoral y el nuevo populismo digital extremista” (Tesis para el concurso de Professor Titular de la Facultad de Derecho, Facultad de Derecho de São Paulo, 2024, p. 177).

reparar los daños causados,⁵³ los atentados antidemocráticos causaron un daño “simbólico” inestimable a la democracia brasileña y representaron un peligro inédito desde la redemocratización del país.⁵⁴

En un discurso de despedida de la Corte el 27 de septiembre de 2023, la magistrada Rosa Weber, entonces presidenta del STF, nombró el “08 de enero” como el “Día de la Infamia”:

Siguiendo con el simbolismo de los ciclos –cada uno con su propia belleza, nos recuerda Herman Hesse–, podría incluso pensar en el ciclo entre primaveras que hemos vivido aquí y que ahora llega a su fin, como un parteaguas. Y eso teniendo en cuenta la ventisca, la tormenta, la procesión que se abatió sobre este Tribunal el 8 de enero, el día de la infamia, cuando por primera vez en la historia de esta casi bicentenaria Casa de Justicia, fue invadida y saqueada, junto con el Congreso Nacional y el Palacio de Planalto.

Día aciago para nuestra democracia, el ocho de enero no debe ser olvidado para que, preservando la memoria institucional, no vuelva a repetirse, pero el ocho de enero también debe ser recordado siempre –la otra cara de la moneda– como motor del fortalecimiento de nuestro Estado Democrático de Derecho, en una renovación de energías, ante la unidad y la respuesta inmediata y firme de los poderes y de la sociedad civil a la canallada practicada, y contra lo que pretendía la horda hostil.

La resistencia, la resiliencia y la solidaridad se reflejaron en la metáfora de la travesía de la Plaza de los Tres Poderes –desde el Planalto hasta el Tribunal Supremo, el más afectado por el vandalismo– con todos nosotros simbólicamente cogidos de la mano, esquivando las piedras, los fragmentos de cristal y las balas de goma que ensuciaban el suelo de la plaza. Siempre repetiré que nuestra democracia constitucional permaneció inquebrantable, como sigue inquebrantable, simbolizada en este Pleno plenamente restablecido en la apertura del Año Judicial.⁵⁵

En abril de 2023, el Congreso Nacional creó una Comisión Parlamentaria Mixta de Investigación (CPMI) de los atentados antidemocráticos del “08 de

⁵³ Ranier Bragon, “STF, Planalto y Congreso pierden por lo menos R\$20 millones con 8/1”, *Folha de São Paulo*, 2023, <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2023/07/stf-planalto-e-congresso-tem-prejuizo-de-pelo-menos-r-20-milhoes-com-81.shtml>.

⁵⁴ “Exposición fotográfica recuerda atentados antidemocráticos”, Senado Federal, <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/04/28/exposicao-de-fotos-resgatou-memoria-dos-ataques-antidemocraticos>.

⁵⁵ Rosa Weber, *Discurso de la presidenta del STF, magistrada Rosa Weber, en ocasión de la última sesión que presidió antes de su jubilación*, septiembre de 2023.

enero”, especialmente, la negligencia y omisión de los funcionarios públicos de la época.⁵⁶ Asimismo, la Procuraduría General de la República (PGR) presentó diversas denuncias ante el STF, las cuales se transformaron en procesos penales, en los cuales, hasta abril de 2024, 173 personas ya habían sido sentenciadas y condenadas por el Pleno del Tribunal por la comisión de los delitos de asociación delictuosa armada, abolición violenta del Estado democrático de derecho, tentativa de golpe de Estado, daño calificado y deterioro al patrimonio histórico.

Como síntoma de la era digital que vive la democracia, se ha producido una reducción de la legitimidad democrático-popular de las instituciones. Si el propio parlamento, representativo por esencia, siente estos efectos, el resultado para la jurisdicción constitucional, como institución contramayoritaria, es aún más significativo.

Una encuesta publicada por Quaest en 2022, a pedido de la revista *Justiça & Cidadania*, mostró que el 78% de los brasileños “no confía” o “confía poco” en el STF,⁵⁷ configurando el escenario de “democracias frágiles” con poderes cuestionados señalado por Issacharoff.⁵⁸

A esto se añade la advertencia de Mounk⁵⁹ de que los jóvenes (*millennials*) han demostrado ser los más desinteresados por la democracia (liberal) y los más receptivos a sus alternativas autoritarias. Parte de la explicación reside en su experiencia (o falta de ella), ya que tienen poca idea de cómo sería vivir en un sistema político diferente. La importancia de vivir en democracia suena a idea “más abstracta” y romántica, teniendo en cuenta que son los jóvenes los que están a la vanguardia de la era digital.

El cuestionamiento de la legitimidad “democrática” de la jurisdicción provendría tanto de un orden social (reacciones de la población) como de un orden institucional (revocación de sentencias judiciales, como los casos de *bac-klash*). Sin embargo, ninguna de estas reacciones es problemática en un Estado

56 “Que ya declaró en el CMPI del 8 de enero”, Cámara de Diputados, 10 de octubre de 2023, <https://www.camara.leg.br/noticias/999215-QUEM-JA-DEPOS-NA-CMPI-DO-8-DE-JA-NEIRO>.

57 Samuel Issacharoff, *Fragile democracies. Contested power in the era of constitutional courts*, New York, Cambridge University Press, 2015.

58 Luana Patriolino, 01 de noviembre de 2023, “El 72% de los brasileños no sabe lo que hace el Tribunal Supremo, según encuesta de Quaest”. *Correio Braziliense*, julio de 2022, <https://www.correobraziliense.com.br/politica/2022/07/5025873-72-dos-brasileiros-nao-sabem-o-que-faz-o-stf-diz-pesquisa-da-quaest.html>.

59 Yascha Mounk, *El pueblo contra la democracia: por qué nuestra libertad está en peligro y cómo salvarla*, Cássio de Arantes Leite y Débora Landsberg (eds.), São Paulo, Companhia das Letras, 2018a, pp. 147-150.

democrático de derecho. Que la gente salga a la calle a protestar contra las decisiones judiciales es tan normal como las manifestaciones populares contra las medidas legislativas o ejecutivas.

El problema es la radicalización de estas reacciones (sociales e institucionales), especialmente en la era de la democracia digital, en un contexto de polarización política permeado por el uso de *bots* y *fake news*. Cuando sectores de la población dejan de protestar o criticar las decisiones judiciales y empiezan a querer cerrar los tribunales, o cuando la clase política empieza a querer reformar el poder judicial a su manera, surgen reacciones autoritarias contra la jurisdicción constitucional como una de las instituciones del orden democrático, hasta tal punto que se ataca su propia existencia.

Tensión con el Congreso Nacional y reacciones legislativas.

Enmiendas a la Constitución dirigidas a reducir y limitar los poderes del STF

En este contexto de tensiones democráticas, con el STF como protagonista, las discusiones “clásicas” de la jurisdicción constitucional,⁶⁰ como el carácter contramayoritario de la jurisdicción constitucional, el problema de la “última palabra”, así como la forma de nombramiento de los miembros del Tribunal, entre otras, vuelven a escena, pero adquieren una nueva dimensión al ser utilizadas, en un escenario de polarización y erosión de las instituciones, como herramienta de manipulación política.

Estos aspectos se hacen evidentes si analizamos el importante número de enmiendas a la Constitución que se han propuesto –desde 2018, con la intensificación de la polarización con la elección de Jair Bolsonaro como presidente de la República y el recrudecimiento de las tensiones con el STF–, que tienen por objeto una reducción o limitación de sus competencias, en su mayoría con el argumento de preservar la democracia y el principio de la separación de poderes, así como explícitamente la necesidad de contener el fenómeno de la “dictadura judicial” que vive el país, como se puede ver en la tabla 1.

⁶⁰ Mônica Clarissa Hennig Leal, *Jurisdição Constitucional aberta: reflexões sobre os limites e a legitimidade da Jurisdição Constitucional na ordem democrática*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

Propuesta	Tema	Extracto pertinente de la justificación	Situación
PEC 16/2019	La propuesta fija un <i>mandato de ocho años para los magistrados del Tribunal Supremo</i> y también establece un plazo de 30 días para que el presidente de la República nombre a una nueva persona cuando se jubile uno de los magistrados.	“... la renovación del STF, además de no lesionar la prerrogativa de independencia del Poder Judicial, es <i>una forma legítima de control político del STF</i> y es adoptada con éxito por un buen número de países”.	En curso
PEC 77/2019	Propuesta de un mandato de ocho años para los magistrados del Tribunal Supremo; parlamentarios con poder de elección y votación de los candidatos a las Cortes, manteniendo la audiencia del Senado.	“El objetivo es proporcionar criterios que hagan que esta elección esté menos concentrada en las manos de un único agente político [en este caso, el presidente de la República]. De esta forma, podemos <i>democratizar la formación del Poder Judicial y aportar una mayor pluralidad de perfiles e ideas a los tribunales</i> . No vemos ninguna razón para que el presidente de la República sea el único responsable del nombramiento de las vacantes en los tribunales superiores. Ello no se compadece con la separación de poderes y se asemeja más a un sistema imperial. Por eso prevemos que <i>el Congreso Nacional también tenga participación en la elección</i> . Esto garantiza que el designado tenga la experiencia necesaria para ejercer la más alta función de la magistratura brasileña, al mismo tiempo que permite oxigenar el tribunal, pues estos ya reciben profesionales de la abogacía y del Ministerio Público. Además, impide que juristas sean elevados directamente a la más alta magistratura sin maduración previa, simplemente por criterios de proximidad política. Esta fuerte exigencia técnica contrarresta, por tanto, el aspecto político del nombramiento”.	En curso
PEC 165/2019	Modifica la Constitución Federal para establecer un <i>quórum de mayoría de los miembros del STF o de los miembros de las respectivas salas para la imposición de medidas cautelares penales</i> u otras decisiones de carácter penal contra el presidente de la República, el vicepresidente, los miembros del Congreso Nacional, sus propios ministros y el procurador general de la república.	“Vivimos un periodo de grandes desafíos para la democracia [...]. Estamos de acuerdo con el noble senador cuando señala la <i>falta de legitimidad de una ‘ministrocracia’</i> . Los mecanismos de pesos y contrapesos quedan empañados cuando vemos que la opinión de una sola persona, aunque sea miembro del Tribunal Supremo, es suficiente para que el Congreso sea asaltado”.	No aprobado
PEC 08/2021	Limita las decisiones monocráticas en los tribunales superiores.	“Ha llegado el momento de volver a discutir una cuestión de gran importancia para el <i>equilibrio de las instituciones en Brasil</i> . No podemos seguir viviendo con un modelo en el que decisiones judiciales individuales y precarias determinan el futuro de cuestiones de gran importancia nacional. [...] <i>En Brasil, son enormes los riesgos para la separación de poderes y el Estado de derecho causados por el activismo irreflexivo, el comportamiento errático, el desconocimiento de los límites y, sobre todo, por la violación del principio de colegialidad por parte del STF</i> [...]. Recientemente, hemos sido testigos de <i>nuevas decisiones monocráticas del STF</i> en diversos tipos de casos que, de hecho, han creado una gran inseguridad jurídica al suspender actos de otros poderes del Estado, que posteriormente han sido objeto de controversia dentro del propio Tribunal. En un caso reciente y emblemático, hubo una decisión cautelar monocrática en el ADI no. 6.363 (DJ 06/04/2020), que interpretó el art. 11, § 4, de la Medida Provisoria no. 932, de 2020, que estableció el Programa de Emergencia para el Mantenimiento del Empleo y la Renta, para establecer que el sindicato de la categoría debería manifestarse antes de la entrada en vigor del acuerdo de reducción de jornada o suspensión de contratos de trabajo durante la actual crisis del coronavirus. Durante más de diez días, hubo un verdadero caos laboral en Brasil: se firmaron varios acuerdos individuales, sin saber si serían válidos o no, ante la decisión monocrática del STF. En sesión del 17 de abril de 2020, la decisión fue revocada por el Pleno, en vista de la situación absolutamente excepcional vivida y que exige medidas rápidas de negociación entre empleadores y empleados, sin perjuicio del papel fiscalizador de los sindicatos”.	En curso

Propuesta	Tema	Extracto pertinente de la justificación	Situación
PEC 51/2023	Asigna un mandato de quince años y un requisito de edad mínima de cincuenta años a los magistrados del STF y promueve cambios en el proceso de elección de los miembros de este Tribunal y de los Tribunales Superiores.	<p><i>“La discusión sobre cómo seleccionar a los miembros del STF está en curso en el Congreso desde hace más de una década y parece ser una consecuencia natural del proceso de ampliación de las atribuciones de la Corte, de la diversificación de los instrumentos de control abstracto de constitucionalidad y del abandono de la postura de autolimitación de sus Ministros observada en los primeros años de la Constitución de 1988, con la consecuente asunción de protagonismo político por parte de la Corte.</i></p> <p>Negar el papel político de los Tribunales Constitucionales es hacer oídos sordos a la realidad. Sin embargo, si el Tribunal Supremo es, como sostienen algunos estudiosos, uno de los tribunales más poderosos del mundo por sus competencias, formas de actuación e independencia, no tiene sentido que el proceso de elección de sus miembros y la duración de su mandato sigan anclados en un modelo de finales del siglo XIX. [...]</p> <p>Además, <i>la renovación más frecuente de la composición del STF mitigará los riesgos de una jurisprudencia petrificada sobre cuestiones políticamente sensibles, cuya percepción social cambia mucho con el paso del tiempo</i>. De hecho, la lentitud con la que se renueva actualmente la composición del STF hace muy difícil que las posiciones del poder judicial sobre las grandes tesis jurídicas acompañen adecuadamente los cambios en los principios y valores que rigen la vida en sociedad, catalizados como están por la creciente globalización, la innovación tecnológica y la diversificación cultural”.</p>	En curso
PEC 56/2023	Modifica el rito de los precedentes vinculantes. En la práctica, <i>amplía los poderes de revisión del Senado Federal sobre los precedentes vinculantes emitidos por el Tribunal Supremo Federal</i> .	<p>“Desde que fue instituido por la Enmienda Constitucional 45 de 2004 (‘Reforma del Poder Judicial’), el precedente vinculante se convirtió en un instrumento por medio del cual el STF crea verdaderas leyes constitucionales, innovando en el ordenamiento jurídico al establecer reglas generales y abstractas, cuyo fundamento es claramente una evaluación de conveniencia (juicio político), que obliga no solo al Poder Judicial, sino también a la Administración Pública de todos los entes federales”</p> <p><i>Ejemplos claros son el enunciado n.º 11, que prevé el uso de esposas, y el enunciado n.º 13, que prohíbe el nepotismo. Sin embargo, el papel de órgano decisivo final y soberano en materia de interpretación constitucional no se confirió constitucionalmente al STF de forma aislada y absoluta.</i></p> <p><i>El dogma de que el STF tiene la ‘última palabra’ cuando se trata de interpretar y aplicar la Constitución está ya superado. Una vez que el STF se ha pronunciado, comienzan de nuevo las rondas de debate entre las instituciones y otros actores de la sociedad civil sobre la cuestión, lo que aumenta la democratización de la interpretación constitucional en una auténtica ‘sociedad abierta de intérpretes’.</i></p> <p><i>El Poder Legislativo, en su función típica de legislar, no está vinculado por los efectos de las decisiones del STF.</i> Con ello se pretende evitar la ‘fossilización’ o ‘enlucido’ de la Constitución. El Poder Legislativo también es considerado un auténtico intérprete de la Constitución, a tal punto que el Congreso puede sancionar una ley o reforma constitucional intentando superar el entendimiento anterior o provocar un nuevo pronunciamiento del Alto Tribunal sobre un tema en particular, aunque ya haya decidido el asunto en control concentrado de constitucionalidad o haya aprobado un precedente vinculante. Muchos autores denominan a este fenómeno ‘reacción legislativa’ o ‘anulación legislativa de la jurisprudencia’. <i>La reacción legislativa es una forma de ‘activismo congresual’ con el objetivo de que el Congreso Nacional revierta situaciones de autoritarismo o activismo judicial o comportamiento antidialógico por parte de la Corte Suprema, y por lo tanto se apoya en el principio de separación de poderes (art. 2 de la Constitución).</i></p> <p><i>En este contexto, el propósito de esta propuesta es limitar y democratizar el proceso de elaboración de precedentes vinculantes, estipulando que estos efectos vinculantes solo se producirán si el precedente es aprobado por el Congreso Nacional, de acuerdo con las reglas y ritos que este especifique”.</i></p>	En curso

Fuente: elaboración propia.

Por lo tanto, a partir de los elementos destacados anteriormente, es evidente que existe una tensión en relación con el STF, que es visto como “autoritario” y como una “amenaza” a la democracia, con la consecuente reacción del Congreso Nacional, que busca, a través de la utilización de los elementos y procedimientos establecidos por la propia Constitución⁶¹ –desde la perspectiva de la noción de erosión democrática⁶² y del “constitucionalismo abusivo”⁶³– avanzar en la consolidación de instrumentos para un mayor control de la actividad judicial.

Law Fare: la judicialización de la política en tiempos de polarización y el papel del STF

El contexto de polarización política en Brasil también ha estado marcado por la utilización del sistema judicial como estrategia de disputa electoral y persecución partidaria, constituyendo una instrumentalización del proceso para fines específicos, aspecto evidenciado por el significativo número de procesos pendientes ante la Corte Suprema relacionados con los dos principales líderes políticos del país (tanto el actual presidente de la República, Luiz Inácio Lula da Silva –en el contexto de la Operación Autolavado–, como el expresidente Jair Bolsonaro, que responde a una serie de demandas relacionadas con su desempeño en el cargo).

Como ha señalado el magistrado Luís Roberto Barroso, actual presidente del STF, refiriéndose a una serie de acontecimientos históricos recientes, desde el punto de vista político e institucional Brasil atraviesa momentos realmente difíciles: 1) el presidente de la República ha sido acusado dos veces por el fiscal general por corrupción pasiva, organización criminal y obstrucción a la justicia; 2) un expresidente de la República ha sido condenado por corrupción pasiva y lavado de dinero en primer grado de jurisdicción; 3) otro expresidente de la

61 El constitucionalismo abusivo se caracteriza por el uso de mecanismos constitucionales para debilitar la democracia y sus instrumentos, que gozan de legitimidad y confianza, pero ahora en oposición al pueblo. Ver David Landau, “Abusive Constitutionalism”, *University of California Law Review*, n.º 189, 2013, pp. 189-260.

62 La politóloga Nancy Bermeo sostiene que las formas flagrantes de regresión democrática, como los golpes de Estado y el fraude electoral, han disminuido desde el final de la Guerra Fría, mientras que las formas más sutiles de erosión democrática han aumentado. Estas últimas formas de desdemocratización implican el debilitamiento de las instituciones democráticas desde dentro, y estas formas sutiles son especialmente eficaces cuando se legitiman a través de las propias instituciones que la población espera que protejan sus valores democráticos. Ver Nancy Bermeo, “Democratic backsliding”, *Journal of Democracy*, n.º 1, 2016, pp. 5-19. En el caso brasileño, sin embargo, dada la fuerte polarización, estos cambios suelen ser deseados y apoyados por la población, que acaba legitimándolos.

63 La erosión democrática es causada por el debilitamiento de las instituciones políticas que sustentan el sistema democrático. Ver Colin Crouch, *Post Democracy*, Cambridge, UK; Malden, MA, Polity Press, 2004.

República ha sido acusado por los delitos de corrupción pasiva, lavado de dinero y organización criminal; 4) dos exjefes de Estado Mayor han sido condenados penalmente por corrupción pasiva y lavado de dinero; 5) el exministro jefe de la Secretaría de Gobierno de la Presidencia de la República fue detenido, acusado de haber ocultado más de 51 millones de reales en un piso encontrado por la Policía Federal; 6) más de un exgobernador de estado está en prisión acusado de corrupción pasiva y otros delitos; 7) todos los consejeros (excepto uno) de un Tribunal de Cuentas estatal han sido detenidos por corrupción pasiva; 8) un senador, antiguo candidato a la presidencia de la República, ha sido acusado de corrupción pasiva; 9) dos antiguos presidentes de la Cámara de Diputados están en prisión, uno de ellos ya condenado por los delitos de corrupción, blanqueo de dinero y evasión de divisas.⁶⁴

También recuerda la premiada colaboración de más de 70 ejecutivos de la empresa Odebrecht, que involucró a 415 políticos, de 26 partidos, entre ellos expresidentes de la República, actuales y expresidentes de la Cámara de Diputados y del Senado Federal, 14 alcaldes o exalcaldes de capitales, 22 gobernadores o exgobernadores, 25 senadores o exsenadores y 18 ministros o exministros de Estado. En la colaboración de la empresa JBS participaron 1.829 políticos de 28 partidos, así como el actual presidente, antiguos presidentes y decenas de diputados, senadores y gobernadores.⁶⁵

Así, en cierta medida, se ha configurado un fenómeno de “judicialización de la política”, que puede traducirse en dos aspectos: 1) un avance en el ámbito de actuación del Poder Judicial en materias tradicionalmente reservadas a la discrecionalidad administrativa, como las políticas públicas y las dotaciones presupuestarias, basado especialmente en el reconocimiento de la “fuerza normativa de la Constitución” y en el reconocimiento de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, entendidos como vinculantes para todos los poderes e instituciones, lo que se traduce en una reducción de los espacios de discrecionalidad; 2) el papel del Poder Judicial en el juzgamiento de agentes y actores

64 Luís Roberto Barroso y Aline Osorio, “El Tribunal Supremo en 2017: la república que aún no ha sido”, *Conjur*, 8 de enero de 2018.

65 Para tener una idea más clara de la magnitud de estas demandas, los datos actualizados hasta el 17 de septiembre de 2017 en la propia página web del Supremo Tribunal muestran que, en el ámbito de la “Operación Autolavado”, el STF tramita más de 120 acuerdos homologados, con casi 183 investigaciones iniciadas contra más de 600 investigados, al menos 35 denuncias contra 95 acusados y 6 acciones penales, según datos divulgados por el Ministerio Público Federal. Disponible en: <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-no-stj-e-no-stf/resultados-stf/a-lava-jato-em-numeros-stf> y <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=364868>.

políticos relevantes, en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales (en el caso del Tribunal Supremo, más precisamente de las atribuciones establecidas en el art. 102 de la Constitución Federal de 1988, que incluye también la persecución de los crímenes cometidos por esos agentes - jurisdicción *ratione personae*),⁶⁶ reforzando aún más su papel protagónico.

Ejemplo relevante en ese sentido se ha evidenciado por ocasión del juzgamiento del así llamado Mensalão - Acción Penal 470, un importante escándalo de corrupción política en Brasil revelado en 2005, que involucra un plan para comprar apoyo político en el Congreso Nacional mediante el pago de asignaciones (de ahí el nombre “Mensalão”) a diputados y senadores, con el objetivo de garantizar la aprobación de proyectos de interés para el gobierno del entonces presidente Luiz Inácio Lula da Silva. En 2012, el Supremo Tribunal Federal juzgó el caso, condenando a los principales implicados por delitos como corrupción activa, corrupción pasiva, blanqueo de dinero y asociación delictuosa. La actuación del STF fue un hito importante en la historia del Poder Judicial brasileño, ya que fue el primer gran juicio por corrupción política que involucró a altos funcionarios del gobierno. Si bien la investigación fue realizada por la Policía Federal y el Ministerio Público, el STF jugó un papel central en el juicio de los imputados con jurisdicción privilegiada (es decir, acusados de delitos cometidos en el ejercicio del cargo o en cargos públicos, lo que los hacía sujetos de sentencia únicamente por el STF, en su competencia ordinaria *ratione personae*, conforme lo comentado en el párrafo anterior).

Este juzgamiento puede considerarse uno de los más relevantes de la historia de Brasil, tanto por la gravedad de las acusaciones como por su impacto político y social. También fue importante para fortalecer al STF como tribunal constitucional y como guardián del orden democrático, ya que se posicionó como un organismo independiente, sin ceder a presiones políticas, o sea, la Corte estuvo en el epicentro de la judicialización, pero ha cumplido con su rol constitucional.

Otro caso emblemático en este sentido es la Operación Autolavado, que resultó en la detención del expresidente Luiz Inácio Lula da Silva por actos de corrupción. Sin embargo, estas causas fueron posteriormente anuladas debido al incumplimiento del principio del “deber de proceso legal”, garantizado por el artículo 5 de la Constitución Federal de 1988, que es precisamente uno de los pilares en los que se basa el Estado de derecho.

66 Mônica Clarissa Hennig Leal, “Activismo judicial: este ilustre (des)conocido”, en Marie-Christine Fuchs y Mônica Clarissa Hennig Leal (eds.), *Activismo judicial: cómo deciden las cortes constitucionales de América Latina - Matrimonio Civil Igualitario*, Bogotá, Konrad Adenauer, 2022.

El 2 de mayo de 2023, el juez Eduardo Fernando Appio, del 13º Tribunal Federal de Curitiba, dictaminó que el exjuez y actual senador Sergio Moro (Unión-Brasil) debía ser declarado nulo por falta de imparcialidad en todas las decisiones que tomó en los respectivos casos de la Operación Autolavado, debido a la filtración de conversaciones entre Sergio Moro y el entonces fiscal federal, Daltan Dallagnol, responsable de la acusación en la Operación Autolavado, que demostraban que el juez dirigía las acciones del Ministerio Público.

En el mismo sentido, hay varias demandas presentadas contra el expresidente Jair Bolsonaro (con base en el período comprendido entre enero de 2019, cuando asumió el cargo, y diciembre de 2023, cuando terminó la encuesta para este estudio), que abarcan los más variados temas, tales como abuso de la libertad de expresión y delito de calumnia; injerencia indebida en la Policía Federal; acciones penales por la omisión y práctica del delito de riesgo a la salud pública en el período de la pandemia, entre otros (ver anexo). La tendencia que se puede verificar, con todo, es la de que las demandas han sido desestimadas notablemente con base en argumentos técnicos y formales (no tipicidad de los factos, ilegitimidad *ad causam* para proponer la demanda, afirmación de la Fiscalía como detentora del monopolio para proponer acciones penales, etc.).

Es interesante notar, con todo, en las decisiones dictadas por la Suprema Corte en relación con diversos asuntos que involucran al titular del Poder Ejecutivo, una significativa preocupación por el principio de legalidad y debido proceso, así como por la observancia de la distribución de competencias constitucionales, aun tratándose de un personaje público notoriamente crítico de su actuación y ofensivo para la institución y sus magistrados. En este punto, incluso en medio de un escenario de exacerbada polarización política e inestabilidad democrática, la Corte se ha mostrado como un importante elemento de preservación del Estado de derecho en el país, consolidando su condición de “guardián” de la Constitución, actuando de manera técnica y sin embarcarse en oportunidades de persecución política (ver, en este sentido, el significativo número de demandas desestimadas o juzgadas como infundadas, con base en argumentos técnicos).

Esto, a su vez, conduce a la noción de *lawfare*, que consiste en la utilización del sistema jurídico como parte de una estrategia contra los adversarios, es decir, el uso de las leyes como arma política. La expresión fue acuñada por el profesor estadounidense Orde Kittrie, especialista en derecho internacional y derecho penal, que expone tres dimensiones del fenómeno en su libro *Lawfare: Law as a weapon of war*, publicado en 2016: 1) *elección de la jurisdicción*: se refiere a la elección estratégica de dónde se librará la guerra jurídica, es decir, qué tribunal, en qué Estado, etc.; 2) *elección de la legislación*: se refiere a la elección estratégica de qué leyes se utilizarán para atacar y aniquilar al enemigo;

3) *externalidades*: se refiere al uso de la prensa, los medios de comunicación y las redes sociales para crear una guerra de información y operaciones de guerra psicológica planificadas.⁶⁷

La configuración del STF como escenario de estas disputas refuerza, a su vez, la centralidad de la jurisdicción constitucional en este contexto, resaltando aún más la dualidad de su posición –separada por una fina línea, impregnada de prejuicios y precomprensiones demarcadas por la propia polarización política y potenciada por el uso de *fake news* y redes sociales– como garante o vulneradora del Estado de derecho.

CONCLUSIÓN

Brasil cayó cuatro puestos en *The Democracy Index* en 2022, en comparación con los resultados obtenidos en 2021, y ahora ocupa la 51^a posición en la clasificación, que incluye 167 países, por detrás de naciones como Sudáfrica, India, Cabo Verde, Timor Oriental y Surinam. En 2021, Brasil ocupaba el puesto 47 en el mismo índice y era considerado una “democracia imperfecta”.

El principal aspecto por destacar, como se mencionó, se refiere a la polarización política, exacerbada por los cuestionamientos –instigados por los partidarios del gobierno de Jair Bolsonaro, con gran apoyo popular– sobre la credibilidad electoral y el auge del extremismo, lo que llevó a ataques a las instituciones democráticas que culminaron con la invasión del Congreso Nacional y el Tribunal Supremo, en los actos terroristas del “08 de enero” de 2023.

Todos estos elementos están estrechamente relacionados con el uso de las redes sociales y las *fake news* como herramienta de manipulación y articulación política, que han un escenario propicio para atacar las instituciones democráticas e intensificar la polarización ya existente.

Esta polarización conduce al menos a tres aspectos relevantes, desde un punto de vista democrático, relacionados con la jurisdicción constitucional y, en particular, con el STF: 1) la caracterización del STF como el “guardián” y como el “villano” de la democracia, lo que lleva a ataques y “discursos de odio” contra la institución y sus miembros; 2) la tensión con los demás poderes, especialmente con el Congreso Nacional, que lleva, como reacción legislativa, a propuestas de enmiendas a la Constitución destinadas a reducir y limitar las competencias del STF; 3) la práctica del llamado *lawfare* (utilización del pleito como forma de disputa política), colocando al STF en el centro de la disputa, lo que lleva a una agudización de las críticas. En este punto, incluso en medio de

67 Orde F. Kittrie, *Lawfare, Law as a weapon of war*, New York, Oxford University Press, 2016.

un escenario de inestabilidad, el Tribunal se ha consolidado –y continúa en este camino– como un elemento importante en la preservación del Estado de derecho y de las instituciones democráticas en el país.

Pero aunque las instituciones democráticas han sabido preservarse frente a estos ataques, no podemos ignorar que el escenario de manipulación y uso de *fake news* en las redes sociales –y también en el mundo real– sigue estando, en un país que continúa polarizado, impregnado de visiones populistas de arraigo popular que se identifican con ideales de erosión democrática y que sitúan a la jurisdicción constitucional como un enemigo de primer orden. Así, el Tribunal Supremo tiene el reto de legitimarse no solo desde el punto de vista argumentativo, sino también en su tarea de velar por la Constitución, el Estado de derecho y, en definitiva, la propia democracia.

En este sentido, son necesarias medidas dirigidas a su protección como forma de intentar contener estos avances. La lógica contramayoritaria que identifica históricamente la existencia de los Tribunales Constitucionales ya no es solo un freno frente a eventuales mayorías, sino también una herramienta necesaria para su propia supervivencia como institución, frente a propuestas legislativas que, invocando la tiranía de la jurisdicción, generan *backlash* contrario a sus decisiones y restringen sus competencias.

En cuanto a este aspecto, la propuesta que queda para el contexto brasileño es que cualquier cambio en la estructura, competencia o composición del STF –incluso a través de enmiendas a la Constitución– debe basarse en el principio de anterioridad, aplicándose solo a la próxima legislatura, sin perjuicio del control y la vigilancia de su constitucionalidad.

Para sobrevivir ante estos escenarios, la democracia debe ser capaz de incorporar herramientas e instrumentos que, sin renunciar a la legalidad y al Estado de derecho, sean capaces de impedir avances que no necesariamente operan dentro de una lógica democrática, aunque eventualmente sean apoyados por las mayorías.

BIBLIOGRAFÍA

ACEMOGLU, Daron y James A. ROBINSON, *Economic origins of dictatorship and democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

ALBERTONI, Ettore A., *Doctrina de la clase política y teoría de las élites*, Río de Janeiro, Imago, 1990.

ALLEGRI, Maria Romana. “*Ubi Social, Ibi Ius*: fundamentos constitucionales de las redes sociales y perfiles jurídicos de la responsabilidad del proveedor”, en Simone Penasa y Andrea Sandri, *Studi di Diritto Pùblico*, Milano, Franco Angeli, 2018.

- ALLCOTT, Hunt y Matthew GENTZKOW, “Medios sociales y noticias falsas en las elecciones de 2016”, *Journal of Economic Perspectives*, 2017, https://web.stanford.edu/~gentzkow/research/fakenews.pdfel_02/05/2024.
- AMORÓS GARCÍA, Marc, *Fake news, la verdad de las noticias falsas*, Barcelona, Plataforma Editorial, 2018.
- BARROSO, Luís y Aline OSORIO, “O Supremo Tribunal Federal em 2017: a república que ainda não foi”, *Conjur*, <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/retrospectiva-barroso-2017-parte.pdf>.
- BELL, Emily y Edward SNOWDEN, “Una conversación con Edward Snowden”, en Emily BELL y Taylor OWEN (eds.), *El periodismo después de Snowden*, Nueva York, Columbia University Press, 2017.
- BENNETT, Lance y Alexandra SEGERBERG, “The logic of connective action - Digital media and the personalisation of contentious politics”, *Information, Communication & Society*, n.º 15, 2012, p. 745. Doi: 10.1017/CBO978139198752.
- BERMEO, Nancy, “Democratic backsliding”, *Journal of Democracy*, n.º 1, 2016, pp. 05-19.
- BOBBIO, Norberto, Giuliano PONTARA y Salvatore VEGA, *Crisis de la democracia y neocontractualismo*, Roma, Editori Riuniti, 1984.
- BRAGON, Ranier, “STF, Planalto y Congreso pierden por lo menos R\$20 millones con 8/1”, *Folha de São Paulo*, 2023, <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2023/07/stf-planalto-e-congresso-tem-prejuizo-de-pelo-menos-r-20-milhoes-com-81.shtml>.
- BROWN, Rebecca L., “The harm principle and free speech”, *Southern California Law Review*, n.º 89, 2016, pp. 953-1010. Doi: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2584080>.
- CALVO, Ernesto. “Hay que disminuir la violencia en las redes, no la libertad de expresión”, *Science*, n.º 6380, 2018, p. 1146-1151. doi: 10.1126/science.aap9559.
- CÁMARA DE DIPUTADOS, “Que ya declaró en el CMPI del 8 de enero”, <https://www.camara.leg.br/noticias/999215-QUEM-JA-DEPOS-NA-CMPI-DO-8-DE-JANEIRO>.
- CANFORA, Luciano (a cura de), *La democracia como violencia*, Palermo, Sellerio, 2011.
- CNN BRASIL, “Pesquisa aponta aumento da polarização e queda da civilidade no Brasil”, CNN, 19 de abril de 2023, <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/pesquisa-aponta-aumento-da-polarizacao-e-queda-da-civilidade-no-brasil/>.
- CROUCH, Colin, *Post Democracy*, Cambridge, UK; Malden, USA, Polity Press, 2004.
- BRAD JONES, “Meet NationBuilder, the mercenary software that powered Trump and Brexit”, *Digitaltrends*, 19 de agosto de 2024, <https://www.digitaltrends.com/web/the-political-software-used-by-trump-and-the-brexit-campaign>.
- DE SÁ E SILVA, Fábio, “Cinco pontos para uma discussão séria sobre a ‘ditadura do Xandão’”, *Intercept Brasil*, 17 de abril de 2024, <https://www.intercept.com.br/2024/04/17/cinco-pontos-para-uma-discussao-seria-sobre-a-ditadura-do-xandao/>.

- DA EMPOLI, Giuliano, *Los ingenieros del caos*, São Paulo, Vestígio, 2019.
- ETHAN ZUCKERMAN, “Mistrust, efficacy and the new civics - a whitepaper for the knight foundation”, 18 de agosto de 2017, <https://ethanzuckerman.com/2017/08/17/mistrust-efficacy-and-the-new-civics-a-whitepaper-for-the-knight-foundation/>.
- FERRARIS, Maurizio. *Postverità e altri enigmi*, Bolonia, Il Mulino, 2020.
- GIUSTI, Serena y Elisa PIRAS, *Democracy and Fake News -Information manipulation and post-truth politics*, New York, Routledge, 2021.
- GOLDMANN, Alvin I., *El conocimiento en un mundo social*, Oxford, Clarendon Press, 2020.
- HÄBERLE, Peter, *Derecho y verdad*, Torino, Einaudi, 2000.
- HAN, Byung-Chul, *Infocracia. La digitalización y la crisis de la democracia*, Barcelona, Taurus, 2021.
- HUGHES, Andrew, *El mercado impulsa la publicidad política: marketing social, digital y móvil*. Londres, Palgrave Macmillan, 2018.
- INTERNATIONAL IDEA, “Brazil: Global ranking per category of democratic performance in 2023”, <https://www.idea.int/democracytracker/country/brazil>.
- ISSACHAROFF, Samuel, *Fragile democracies. Contested power in the era of constitutional courts*. New York, Cambridge University Press, 2015.
- JASTER, Romy y David LANIUS, “Hablando de noticias falsas”, en Sven Bernecker, Amy Flowerree y Thomas Grundmann (eds.), *La epistemología de las noticias falsas*, Oxford, Oxford University Press, 2022.
- JOHNSON, David R. y David POST, “Law and Borders: The rise of law in cyberspace”, *Stanford Law Review*, n.º 5, 1996. doi: 10.2307/1229390.
- KEKIC, Dalibor, “Red de Inteligencia de la UE: Enfopol”, en Katarina Šrbac (ed.), *Security and Defence Aspects of the Republic of Serbia's Accession to the European Union*, Belgrade, Academy of Criminalistic and Police Studies, 2010, pp. 228-240.
- KITTRIE, Orde F., *Lawfare: Law as a weapon of war*, New York, Oxford University Press, 2016.
- LANDAU, David, “Abusive Constitutionalism”, *University of California Law Review*, vol. 189, 2013, pp. 189-260.
- LEAL, Mônica Clarissa Hennig, “Activismo judicial: este ilustre (des)conocido”, en Marie-Christine FUCHS e Mônica Clarissa HENNIG LEAL (eds.), *Activismo judicial: cómo deciden las cortes constitucionales de América Latina - Matrimonio civil igualitario*, Bogotá, Konrad Adenauer, 2022.
- LEAL, Mônica Clarissa Hennig, “Democracia digital: del *status activus digitalis* a la desinformación, ¿hacia una nueva ola de judicialización de la política?”, *UN-O - Revista de Derecho de la UE*, n.º 2, 2019, pp. 63-74. Doi: 10.21814/unio.5.2.2292.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig, "Redes sociales, libertad de expresión, democracia y Tribunal Supremo: una visión general del caso de Brasil", en Mônica Clarissa Hennig Leal y Hartmut Rank, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales n. 10. Redes sociales, Estado de derecho y control judicial*. Bogotá, Programa Estado de Derecho para América Latina, Fundación Konrad Adenauer, 2022, pp. 47-74.

LEFORT, Claude, *La invención democrática. Los límites de la dominación totalitaria*, París, Fayard, 1981.

LONGERICH, Peter, *Joseph Goebbels. Una biografía*, Río de Janeiro, Objetiva, 2010.

MCINTYRE, Lee, *Post-Truth*, Cambridge, MIT Press, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira, "A problemática das fake news no Estado de Direito: uma análise do julgamento da ADPF 572", en Paulo Gustavo GONET BRANCO (ed.), *Eleições e Democracia na era digital*, São Paulo, Almedina, 2022.

MINISTERIO DE DEFENSA, "Actuación de las Fuerzas Armadas en apoyo al Tribunal Superior Electoral - TSE en la mejora de la seguridad y transparencia del proceso electoral", <https://www.gov.br/defesa/pt-br/acesso-a-informacao/outros/atacao-das-forcas-armadas-em-apoyo-ao-tse-no-aprimoramento-da-seguranca-e-transparencia-do-processo-eleitoral>.

MORAES, Alexandre de, "El derecho electoral y el nuevo populismo digital extremista", Tesis para el concurso de Professor Titular de la Facultad de Derecho, Facultad de Derecho de São Paulo, 2024.

MOSCA, Gaetano, *Elementos de ciencia política*, Turín, Fratelli Bocca, 1923.

MOUNK, Yascha, *El pueblo contra la democracia: por qué nuestra libertad está en peligro y cómo salvarla*, Cássio DE ARANTES LEITE e Débora LANDSBERG (eds.), São Paulo, Companhia das Letras, 2018.

MOUNK, Yascha, *El pueblo contra la democracia*, São Paulo, Companhia das Letras, 2018.

PARISER, Eli, *La burbuja de filtros: lo que Internet te oculta*, Nueva York, Penguin, 2011.

PATRIOLINO, Luana, "72% dos brasileiros não sabem o que faz o STF, diz pesquisa da Quaest", *Correio Braziliense*, 31 de julio de 2022, <https://www.correobraziliense.com.br/politica/2022/07/5025873-72-dos-brasileiros-nao-sabem-o-que-faz-o-stf-diz-pesquisa-da-quaest.html>.

PHILLIPS, Angela, "Social media is changing the face of politics – and it's not good news", *The Conversation*, 9 de febrero de 2016, <https://theconversation.com/social-media-is-changing-the-face-of-politics-and-its-not-good-news-54266>.

RAWLINSON, Francis, *Cómo la propaganda de la prensa allanó el camino al Brexit*, Londres, Palgrave Macmillan, 2020.

ROBERTS, Jeremy, *Joseph Goebbels - Ministro de propaganda nazi*, Nueva York, The Rosen Publishing Group, 2000.

SENADO FEDERAL, “Exposición fotográfica recuerda atentados antidemocráticos”, <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/04/28/exposicao-de-fotos-resgatou-memoria-dos-ataques-antidemocraticos>.

SIU, Ana, “Cómo funcionan los bots (y como contribuyen a difundir información falsa)”, *IJNET - International Journalists Network*, 30 de octubre de 2018, <https://ijnet.org/es/story/c%C3%B3mo-funcionan-los-bots-y-c%C3%B3mo-contribuyen-difundir-informaci%C3%B3n-falsa>.

SPENCER, David, *The yellow journalism - The press and American's emergence as a world power*, Evanston, Northwestern University Press, 2007.

SRNICEK, Nick, *El capitalismo de plataforma*, Cambridge, Polity Press, 2017.

STANLEY, Jason, *Cómo funciona el fascismo: la política de nosotros y ellos*, São Paulo, L&PM Editores, 2018.

TCHAKHOTINE, Serge, *La mistificación de las masas por la propaganda política*, Río de Janeiro, Civilización Brasileña, 1979.

ZEYNEP, Tufekci, “Zuckerberg's preposterous defence of facebook”, *The New York Times*, 29 de septiembre de 2017, <https://www.nytimes.com/2017/09/29/opinion/mark-zuckerberg-facebook.html>.

V-DEM INSTITUTE, *Democracy Report 2023: Defiance in the Face of Autocratizacion*, Gothenburg, University of Gothenburg, 2023. https://v-dem.net/documents/29/V-dem_democracyreport2023_lowres.pdf.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva, “Fake News: moderación de contenidos por los proveedores de aplicaciones de Internet - PL 2630/2020”, en Paulo Gustavo Gonet Branco (ed.), *Eleições e Democracia na era digital*, São Paulo, Almedina, 2022.

VOSOUGHI, Soroush, Deband Roy y Sinan ARAL, “The spread of true and false news online”, *Science* n.º 359, 2018, pp. 1146-1151. doi: 10.1126/science.aap9559.

VOSOUGHI, Soroush, Deb Roy y Sinan ARAL, “La propagación de noticias verdaderas y falsas en línea”, *Science*, n.º 359, 2018, pp. 1146-1151. doi: 10.1126/science.aap9559.

WINOGRAD, Morley y Michael HAIS, *Millennial makeover: Myspace, youtube and the future of american politics*, London, Rutgers University Press, 2008.

YOUNG-BROWN, Fiona, *Fake News and Propaganda*, New York, Cavendish Square Publishing, 2020.

ZAGREBELSY, Gustavo, *Contro l'etica della verit%C3%A0*, Roma, Laterza, 2019.

ZEYNEP, Tufekci, “Zuckerberg's preposterous defence of facebook”, *The New York Times*, 29 de septiembre de 2017, <https://www.nytimes.com/2017/09/29/opinion/mark-zuckerberg-facebook.html>.

ANEXO A. ACCIONES CONTRA EL PRESIDENTE JAIR BOLSONARO

Acción información	Asunto	Resultados	Justificación
ACCIÓN: Pet 8321 AgR Solicitante: PSOL Acusado: Jair M. Bolsonaro Rel: Rosa Weber Fecha de la sentencia: 13/12/2019 A Pleno	<p>Esta es una Petición de Explicaciones contra el presidente de la República por haber dicho las siguientes frases ofensivas: “Mão Santa me dijo hace un rato que vamos a acabar con la caca en Brasil. La caca es esta raza de corruptos y comunistas. En las próximas elecciones, vamos a barrer a esta banda de rojos de Brasil. Como Venezuela está bien, mandémoslos para allá. Los que quieran ir un poco más al norte, que vayan a Cuba. Juntos vamos a barrer la corrupción y el comunismo de Brasil”.</p>	Desfavorable El recurso también fue desestimado.	<p>“Las palabras no presentan hechos, sino calificaciones, encajando, en teoría, en la descripción típica de la calumnia -y no en la de injuria o difamación y, según el entendimiento pacífico de la doctrina, una persona jurídica no puede ser considerada víctima del delito de calumnia”. “Como se ha señalado, las acusaciones deben dirigirse contra una persona física o jurídica, de conformidad con los artículos 138 y 139 del Código Penal, es decir, contra una persona concreta o determinable. En consecuencia, el Agravante carece de legitimación para solicitar explicaciones”.</p>
ACCIÓN: Pet 8806 AgR Solicitante: Ricardo Bretaña Schmidt (Diputado Federal - PSOL) Acusado: Jair M. Bolsonaro Rel: Celso De Mello Fecha de la sentencia: 13/10/2020 A Pleno	<p>Se trata de una petición basada en una denuncia penal contra el presidente de la República, Jair Messias Bolsonaro, sobre la exoneración del exdirector de la Policía Federal, Maurício Leite Valeixo, y la supuesta injerencia política en la institución.</p>	Desfavorable El recurso también fue desestimado.	<p>“No puede ignorarse que el monopolio de la titularidad de la acción penal pública corresponde al Ministerio Fiscal, que actúa, en tal condición, exclusivamente en nombre del Estado”. “Es por ello, teniendo en cuenta la inequívoca opción constitucional por el sistema acusatorio como modelo de enjuiciamiento criminal, que el Poder Judicial carece de competencia para ordenar ‘de oficio’ (por tanto, sin previa y formal provocación del Ministerio Fiscal), el archivo de las investigaciones penales, <i>tal proceder judicial constituiría un claro agravio a una de las funciones institucionales más expresivas del Ministerio Público</i>, al que se le ha otorgado el monopolio constitucional de la facultad de acusar, siempre que se trate de ilícitos perseguitables a través de la acción penal de iniciativa pública”.</p>
ACCIÓN: Pet 8740 AgR Solicitante: Andre Magalhaes Barros Acusado: Jair M. Bolsonaro Rel: Marco Aurélio. Editor: Alexandre De Moraes Fecha de la sentencia: 26/10/2020 Primera clase	<p>André Magalhães Barros presentó una denuncia penal contra el presidente de la República, Jair Messias Bolsonaro, alegando los delitos de los artículos 267 (epidemia) y 330 (desobediencia) del Código Penal. Se refirió al hecho de que el presidente, el 15 de marzo de 2020, en la Praça dos Três Poderes, se había acercado a varias personas, momento en el que, según dijo, saludó y abrazó a ciudadanos, haciendo fotos. Aludió a la Ley 13.979/2020, sancionada el 6 de marzo de 2020, que trata de las medidas destinadas a hacer frente a la emergencia de salud pública de importancia internacional resultante del nuevo coronavirus. Destacó la publicación, el 6 de febrero, la Orden Interministerial n.º 5, de los Ministros de Estado de Justicia y Seguridad Pública y de Sanidad, que prevé responsabilidades administrativas, civiles y penales en caso de incumplimiento de las determinaciones sanitarias destinadas a evitar la propagación del covid-19.</p>	Desfavorable Recurso no estimado (3x2). En cuanto al fondo, por unanimidad (no estimado).	<p>En la decisión monocrática del juez Marco Aurélio (relator): “Si no hay elementos en los hechos narrados y en el contexto fáctico que indiquen que el Presidente de la República, Jair Messias Bolsonaro, haya cometido un delito penal, debemos aceptar la opinión del Procurador General Adjunto de la República”. En la decisión sobre la apelación del juez Alexandre de Moraes (ponente): “La jurisprudencia del STF se consolida en el sentido de que es inapelable la decisión judicial que, aceptando la opinión del Ministerio Público en el sentido de que no hay pruebas mínimas de la ocurrencia de los delitos denunciados, ordena el archivo de una denuncia penal”. “Además, no puede obviarse la flagrante ilegitimidad activa ad causam del ahora agravante, que carece de interés subjetivo a proteger”.</p>
ACCIÓN: Pet 8753 AgR Demandante: Talitha Camargo Da Fonseca Y Otro Acusado: Jair M. Bolsonaro Rel: Cármel Lucia. Fecha de sentencia: 07/12/2020 A Pleno	<p>Se trata de una acción popular que tiene por objeto determinar (“decretar”) el aislamiento social durante quince días, prorrogables por el mismo período, debido a la pandemia causada por el covid-19, porque no ha sido adoptada por el presidente de la República, quien, por otra parte, en un discurso, habría adoptado una posición contraria a este procedimiento</p>	Desfavorable El recurso también fue desestimado.	<p>“El STF no puede ejercer competencias que no le hayan sido expresamente atribuidas por la Constitución de la República. Entre esas competencias, no existe norma alguna que le asigne el conocimiento y juzgamiento de una acción popular, y ese entendimiento constitucional se encuentra regulado en la forma del art. 5º de la Ley n.º 4.717/1965, en el cual queda clara la imposibilidad de dar tránsito válido a la presente acción, incluso en casos como el presente, en que la situación denunciada por los demandantes es de innegable gravedad y gran repercusión social”.</p>

Acción información	Asunto	Resultados	Justificación
ACCIÓN: Pet 9545 AgR Solicitante: Roberto Lourenço Cardoso Acusado: Jair M. Bolsonaro Rel: Roberto Barroso. Fecha de la sentencia: 03/05/2021 Primera clase	Se trata de una denuncia penal presentada por Roberto Lourenço Cardoso contra el presidente de la República, Jair Messias Bolsonaro. El portal Deutsche Welle publicó un artículo sobre las presiones de Estados Unidos para que Brasil no compre la vacuna llamada Sputnik V, lo que de hecho aún no se ha realizado. Al no comprar esta vacuna, según el reportero, el presidente de la República habría cometido el delito de prevaricación, previsto en el artículo 319 del Código Penal.	Desfavorable El recurso también fue desestimado.	<p>“En primer lugar, me gustaría señalar que el argumento de que la cancelación de la acción constituye una violación del derecho de petición (art. 5, XXXIV, a, de la Constitución Federal) no puede sostenerse. El derecho de petición debe ejercerse de conformidad con el debido proceso legal, que, entre otras cosas, rige los medios y métodos de los procedimientos, incluida la legitimidad para interponer una acción. Esto significa que el derecho de petición no garantiza, por sí mismo, el acceso directo al poder judicial, y que la acción debe ser interpuesta por una persona legitimada, en los términos de la ley”.</p>
ACCIÓN: Pet 10294 AgR Demandante: Asociación de Víctimas y Familiares de Víctimas del Covid-19 - Avico Acusado: Jair M. Bolsonaro Rel: Roberto Barroso. Fecha de sentencia: 13/03/2023 A Pleno	Se trata de una querella criminal interpuesta por la Asociación de Víctimas y Familiares de Víctimas del covid-19 (Avico) contra el expresidente de la República Jair Messias Bolsonaro, por el inicio de una acción penal privada subsidiaria de la pública, debido a conductas practicadas en el proceso de afrontamiento de la pandemia del covid-19.	Desfavorable El recurso también fue desestimado por mayoría.	<p>“La interposición de una acción penal privada subsidiaria de otra pública presupone la total inercia del Ministerio Público, que se abstiene, dentro del plazo legal, de ofrecer acusaciones, o de solicitar el archivo de la investigación policial o de las piezas informativas, o incluso de solicitar nuevas (e indispensables) diligencias de investigación a la autoridad policial (HC 74.279, Rel. Min. Celso de Mello, Primer Panel)”. “En conclusión, con independencia del resultado de las investigaciones en curso y del propio mérito de las declaraciones en cuestión, no se ha acreditado la inercia del titular de la acción penal en el presente procedimiento, por lo que no procede la interposición de la presente demanda, so pena de afronta a lo dispuesto por el art. 129, fracción I, de la Constitución Federal”.</p>
Inq 4921 Monocrático Rel: Alexandre de Moraes. Fecha de sentencia: 14/04/2023	Se trata de una investigación iniciada a instancias de la Fiscalía General del Estado, con la finalidad de investigar en profundidad las conductas omisivas y comisivas de los autores intelectuales y partes por instigación de los delitos de terrorismo (arts. 2, 3, 5 y 6) previstos en la Ley 13.206/2016, asociación criminal (art. 288), abolición violenta del Estado Democrático de Derecho (art. 359-L), golpe de Estado (art. 359-M), amenaza (art. 147), persecución (art. 147-A, § 1, III) e incitación al crimen (art. 286), este último previsto en el Código Penal, en el contexto de los actos realizados el 8 de enero de 2023, en la Praça dos Três Poderes, concretamente en las sedes del Tribunal Supremo Federal, del Congreso Nacional y del Palacio do Planalto.	“Concedo lo solicitado por la Procuraduría General de la República y Determino a la Policía Federal que proceda a la audiencia de Jair Messias Bolsonaro, en un plazo máximo de 10 (diez) días, debiendo notificarse a la PGR con antelación al día programado para que, de considerarlo necesario, acompañe la audiencia”.	<p>“En el caso que nos ocupa, la audiencia de Jair Messias Bolsonaro, en los términos señalados por el Ministerio Público, es una medida indispensable para el total esclarecimiento de los hechos investigados.</p> <p>“Como fue ampliamente divulgado en la prensa nacional, Jair Messias Bolsonaro regresó a Brasil el 30/3/2023, posibilitando la realización de la diligencia solicitada por el Ministerio Público Federal y reprendida por la Procuraduría General de la República, consistente en su testimonio”. “La presente representación versa sobre conductas cometidas por Jair Messias Bolsonaro el 10 de enero de 2023, por medio de las cuales el autor habría incitado a la perpetración de crímenes contra el Estado de Derecho”, afirmó la PGR al determinar si adjuntaba la representación del Ministerio Público Federal al expediente. No hay noticias de que se hayan materializado actos golpistas de este tipo después de la publicación atribuida al acusado, por lo que la clasificación sugerida por los representantes es correcta en principio. En teoría, se ajusta al artículo 286 del Código Penal”.</p>
Mascota 8756 Monocrático Solicitante: Promoverde Acusado: Antônio Augusto Brandão de Aras Rel: Alexandre de Moraes. Fecha de la sentencia: 13/04/2020	Se trata de una representación hecha por el Instituto de promoción, apoyo, desarrollo y protección de la ciudadanía, salud, educación, medio ambiente y proyectos sociales (Promoverde), contra el procurador general de la República, por la práctica, en teoría, del delito de prevaricación previsto en el artículo 319 del Código Penal. Sostiene que hay “pruebas contundentes de que el presidente de la República, Jair Messias Bolsonaro, es incapaz de realizar los actos de la vida civil”. Afirma que, en vista de la desatención a las recomendaciones del Ministerio de Salud y de la OMS, sería “conveniente comprobar la salud mental del acusado, ya que pone en riesgo no solo su propia salud física y mental, sino la de toda una nación”.	“Determino la presentación de esta representación, en los términos de los artículos 21, XV, y 231, § 4, del RISTF”.	<p>“En el presente caso, la parte notificante no ha aportado a los autos los más mínimos indicios de la ocurrencia de una infracción penal, por lo que no existe en esta petición indicio real alguno de un hecho típico practicado por el imputado (quis) ni indicio alguno de los medios que utilizó (quibus auxiliis) en relación con la conducta investigada, ni siquiera el daño que produjo (quid), los motivos que lo determinaron (quomodo), el lugar donde se cometió (ubi), el momento (cuando) o cualquier otro dato relevante que justifique la apertura de una indagación o cualquier investigación”.</p>

Acción información	Asunto	Resultados	Justificación
<p>Mascota 8759 Monocrático Solicitantes: Pdt, PT, PSOL, PC DO B, PSB, Rede. Acusado: Jair Messias Bolsonaro Rel: Marco Aurélio. Fecha de la sentencia: 13/04/2020</p>	<p>Se trata de una denuncia penal contra el presidente de la República, Jair Messias Bolsonaro. Señalan la comisión de los delitos tipificados en los artículos 132 (peligro para la vida o la salud de terceros), 268 (infracción de una medida sanitaria preventiva), 286 (incitación al crimen) y 319 (prevaricación) del Código Penal. Se refieren al hecho de que el presidente, el 15 de marzo de 2020, en la Praça dos Três Poderes, se acercó a varias personas, momento en el que, dicen, saludó y abrazó a los ciudadanos, haciéndose fotos. Destacan que, el 24 de marzo, hizo una declaración en la televisión nacional en la que pedía a la población que, incluso ante la emergencia sanitaria relacionada con la enfermedad del covid-19, volviera a la normalidad. Destacan la cuestión del Decreto n.º 10.292, de 25 de marzo de 2020, que autorizaba la práctica de actividades religiosas, afirmando que pretendía satisfacer un punto de vista personal, favorable a las reuniones públicas. Subrayan que se ha cometido un delito de prevaricación.</p> <p>Aclaran que Jair Bolsonaro, el 27 de marzo de 2020, concedió una entrevista a la red de televisión Bandeirantes, en la que volvió a defender el fin de las medidas de aislamiento social implementadas ante la pandemia causada por el nuevo coronavirus. Señalan que, dos días después de la entrevista, salió a las calles del Distrito Federal, incumpliendo las recomendaciones de aislamiento emitidas por la OMS y el Ministerio de Salud.</p> <p>Mencionan la planificación por parte del Ejecutivo Nacional de una campaña publicitaria llamada "Brasil no puede parar", en la que animaba a la gente a volver a sus actividades cotidianas. Destacan que una iniciativa similar del gobierno de la ciudad italiana de Milán provocó un aumento del número de muertes por la infección. Afirman que el presidente ha puesto en peligro la seguridad pública.</p> <p>Se refieren al Decreto Legislativo n.º 6, de 20 de marzo de 2020, por el cual, subrayan, el Congreso Nacional reconoció el carácter excepcional del momento vivido en el país. Destacan la publicación, el 11 de marzo, de la Ordenanza n.º 356 del Ministerio de Salud, que prevé la posibilidad de cuarentena como medida de contención del coronavirus, subrayando la singularidad de la situación sanitaria.</p>	<p>Presentación.</p>	<p>"2. El titular de la posible acción penal, el Ministerio Público Federal, a través de las actuaciones de la Subprocuraduría General de la República, señala que no existen indicios mínimos de la comisión de un delito". "En ausencia de elementos, en los hechos narrados y en el contexto fáctico, indicativos de la comisión de un delito penal por parte del Presidente de la República, Jair Messias Bolsonaro, la declaración del Procurador General Adjunto de la República debe ser aceptada".</p>
<p>MS 37109 Monocrático solicitantes: Carlos Camilo Góes Capiberibe y Alessandro Lucciola Molon, Randolph Frederich Rodrigues Alves y PSB Demandado: Presidente de la república Rel: Alexandre de Moraes. Fecha de la sentencia: 29/04/2020</p>	<p>Se trata de un mandato colectivo, con solicitud de medida cautelar, interpuesto por los diputados federales Carlos Camilo Góes Capiberibe y Alessandro Lucciola Molon, el senador Randolph Frederich Rodrigues Alves y el Partido Socialista Brasileño (PSB) Nacional, en el que se alega que el presidente de la República habría cometido un acto ilegal al dictar, el 29 de abril de 2020, el decreto que dejó sin efecto el decreto del 27 de abril de 2020, "referente al nombramiento de Alexandre Ramagem Rodrigues, para ocupar el cargo de director general de la Policía Federal del Ministerio de Justicia y Seguridad Pública y a la destitución del cargo de director general de la Agencia Brasileña de Inteligencia".</p>	<p>Seguridad denegada.</p>	<p>"No hay pruebas de ninguna ilegalidad derivada del Decreto Presidencial de 29/4/2020, que resultó en el mantenimiento de Alexandre Ramagem Rodrigues en el cargo de Director General de la Agencia Brasileña de Inteligencia". "Por lo tanto, se trata apenas de ejercer el poder de autocontrol, según el cual 'la administración puede anular sus propios actos, cuando estén viciados de defectos que los tornen ilegales, por no surgir de ellos ningún derecho' (STF Precedentes 345 y 473). Ahora bien, el restablecimiento del <i>statu quo</i> ante no produce ningún efecto, ni da lugar a ilegalidad alguna que pueda ser subsanada mediante mandamiento judicial (MS 23.723, Rel. Min. Néri da Silveira, Pleno, DJ de 22/3/2002)".</p>

Acción información	Asunto	Resultados	Justificación
<p>HC 184828 MC Monocrático solicitantes: 34 funcionarios venezolanos acreditados. Solicitante: Presidente de la república y ministro de Asuntos Exteriores. Rel: Roberto Barroso. Fecha de sentencia: 02/05/2020</p>	<p>Se trata de un recurso de habeas corpus, con solicitud de medida cautelar, interpuesto a favor de miembros del cuerpo diplomático venezolano y sus familiares, en el que se nombran como autoridades ordenantes al presidente de la República, Jair Messias Bolsonaro, y al ministro de Relaciones Exteriores, Ernesto Araújo. Por medio de Oficio CGPI/17 DIMU/BRAS/VENE, firmado el 28 de abril de 2020, informó a la Embajada de la República Bolivariana de Venezuela, refiriéndose a negociaciones anteriores, que 34 "funcionarios venezolanos acreditados ante el gobierno brasileño junto con sus dependientes deberán abandonar el territorio nacional, de forma definitiva, antes del 02 de mayo de 2020".</p>	<p>"En vista de lo anterior, concedo la medida cautelar de suspender, por un período de 10 (diez) días, los efectos de la orden de salida obligatoria de pacientes del territorio brasileño, determinada por el Secretario de Estado de Relaciones Exteriores, en los términos del Oficio CGPI/17 DIMO BRAS VENE, de 28 de abril de 2020".</p>	<p>"La bien redactada declaración del Procurador General de la República destaca las razones de derecho constitucional e internacional que justifican esta medida urgente. Por otro lado, todo hace pensar que las consideraciones del titular del Ministerio Público Federal aún no han sido analizadas por los órganos del Poder Ejecutivo". "Así las cosas, dentro del ámbito de deliberación propio de las medidas cautelares de urgencia, considero caracterizada la verosimilitud del derecho invocado por la defensa y el riesgo concreto que para la integridad física y psíquica de los pacientes puede suponer la aplicación inmediata de la medida de alejamiento forzoso".</p>
<p>Mascota 9195 Monocrático Demandante: Roosevelt de Souza Bormann Acusado: Jair Messias Bolsonaro Rel: Roberto Barroso. Fecha de sentencia: 05/11/2020</p>	<p>Se trata de una petición presentada por un particular, con base en el artículo 5º, XXXIV, de la Constitución Federal, que busca someter al presidente Jair Messias Bolsonaro a un examen psiquiátrico pericial, con el objetivo de certificar la salud mental necesaria para ocupar el cargo de jefe del Ejecutivo.</p>	<p>La solicitud fue denegada.</p>	<p>"La solicitud es inadmisible. Los requisitos legales de elegibilidad para el cargo de Presidente de la República son (i) nacionalidad brasileña; (ii) pleno ejercicio de los derechos políticos; (iii) registro electoral; (iv) domicilio electoral en la circunscripción; (v) afiliación partidaria y (vi) edad mínima de 35 (treinta y cinco) años. El Presidente de la República es elegido por mayoría absoluta de votos (CF, art. 77, § 2), y es certificado por el Tribunal Superior Electoral, que también es responsable de juzgar cualquier impugnación a la certificación del Presidente y Vicepresidente de la República (Código Electoral, art. 22, I, g)".</p>
<p>MI 7362 Monocrático Demandantes: Dep. Kim Patroca Kataguiri y Rubens Alberto Gatti Nunes Demandado: Presidente de la Cámara de Diputados Rel: Cármen Lúcia. Fecha de la sentencia: 20/04/2021</p>	<p>Medida cautelar para fijar un plazo para que el Congreso Nacional decida sobre los pedidos de impeachment del presidente Jair Messias Bolsonaro, que ya fueron enviados a la Cámara de Diputados y esperan análisis desde hace mucho tiempo.</p>	<p>El requerimiento fue denegado.</p>	<p>"Sin embargo, las reglas de procedimiento y juzgamiento para la investigación de crímenes de responsabilidad del Presidente de la República, en la forma del párrafo único del artículo 85 de la Constitución, están reguladas por la Ley 1.079/50. No hay inercia legislativa o falta de normas en la regulación del instituto constitucional del impeachment. La ausencia de plazo en la ley específica para que las solicitudes presentadas sean evaluadas no autoriza la tramitación regular de esta acción constitucional por falta de los presupuestos previstos en el sistema". "En el caso que ahora se examina, existe una norma que regula el proceso de destitución y no hay ninguna disposición constitucional que imponga al acusado el deber de fijar un plazo para considerar una solicitud de destitución del Presidente de la República". "La imposición de un plazo por parte del Poder Judicial para la realización del acto pretendido (análisis de las denuncias presentadas para investigar la responsabilidad del Presidente de la República), empañaría el principio de separación de poderes, garantizado en el art. 2 de la Constitución de la República".</p>

Acción información	Asunto	Resultados	Justificación
Mascota 9583 Monocrático Candidato: Gobernador Eduardo Figueiredo Cavalheiro Leite Acusado: Jair Messias Bolsonaro Rel: Gilmar Mendes. Fecha de la sentencia: 31/05/2021	Se trata de una solicitud de explicaciones presentada por Eduardo Figueiredo Cavalheiro Leite, gobernador del Estado de Rio Grande do Sul, al presidente de la República Jair Messias Bolsonaro, debido a una entrevista concedida el 8 de marzo de 2021, en la que el acusado afirmó lo siguiente: "Hay estados, como Rio Grande do Sul, por ejemplo, que llevan casi tres meses de retraso en sus nóminas... El gobernador Leite se puso al día con sus nóminas y se olvidó de la sanidad, por ejemplo. Así que varios estados han pagado sus cuentas además de los recursos que eran para salud. Y ahora, como ha aparecido esta nueva cepa que nadie esperaba, y el número de infectados y muertos ha subido mucho, y la falta de camas y respiradores es evidente, quiere encontrar un responsable, donde el gobernador de Rio Grande do Sul, que habla muy bajo, muy educadamente, es una persona muy simpática, pero es un pésimo administrador. ¿Dónde puso ese dinero? No voy a responderle... Pero me parece feo dónde puso todo ese dinero. No lo puso en salud".	"Notificar al demandado para que dé explicaciones en el plazo de 5 (cinco) días".	"El pedido de explicaciones previsto en el artículo 144 del Código Penal es una medida cautelar, con el objeto de esclarecer situaciones ambiguas, a fin de posibilitar el futuro ejercicio de la acción penal condenatoria (RT 694/412), y procede en cualquiera de los tipos de delitos contra el honor. Así las cosas, a primera vista advierto que el pedido es pertinente, máxime teniendo en cuenta las declaraciones del imputado y las razones esgrimidas por el requirente".
ADPF 697 Monocrático Solicitante: Rede Sustentabilidade Parte Demandada: Ministra de Justicia Rel: Cármel Lúcia. Fecha de la sentencia: 08/06/2021	ADPF contra "los actos de iniciación de pesquisas dirigidas a investigar al periodista Ricardo José Delgado Noblat y al dibujante Renato Aroeira, así como los consiguientes actos administrativos que instrumentalizan dichas investigaciones". El acusado informa que, "el 15 de junio de 2020, el Ministro de Justicia, André Mendonça, solicitó la apertura de una investigación por parte de la Policía Federal y el Ministerio Público Federal contra el periodista Ricardo Noblat, debido a la publicación en un periódico de una caricatura del dibujante Renato Aroeira, que representa gráficamente una parodia del actual Presidente de la República, Jair Bolsonaro".	ADPF denegada.	"Sin embargo, a pesar del énfasis que debe ponerse en esos aspectos esenciales del proceso democrático en la sociedad, también debe subrayarse que la relevancia y la gravedad del asunto sometido a este Tribunal Supremo no son los únicos factores determinantes para conocer y juzgar el asunto ante este Tribunal. Existen normas de procedimiento y de competencia más allá y al lado de las cuales este Tribunal Supremo no puede actuar". "En el caso planteado, a pesar de la gravedad de la situación descrita, que repugna a cualquier demócrata mínimamente atento, no concurren las condiciones procesales que permitirían la procedencia de esta moción por vulneración de precepto fundamental".
HC 211713 Monocrático Candidato: Jair Messias Bolsonaro Demandado: ponente de la pregunta N.º 4.878 de la Cig Rel: Edson Fachin. Fecha de la sentencia: 14/02/2022	Se trata de un recurso de habeas corpus presentado a favor del presidente Jair Messias Bolsonaro contra la decisión del juez Alexandre de Moraes, que ordenó la apertura de la Investigación 4878/DF. En resumen, solicita la declaración, incidenter tantum, de la inconstitucionalidad del artículo 43, caput y §1, del RISTF y la concesión de la orden de determinar el cierre de la Investigación 4.878/DF. Subsidiariamente, si ya existe acusación, solicita el cese de la acción penal, por tratarse de un proceso manifiestamente nulo, sin justa causa.	El HC fue denegado.	"Por un lado, porque, al menos prima facie, no existe la más mínima prueba de que la defensa técnica fuera autorizada por el paciente o, al menos, con su conocimiento. Por otro lado, no concurren los requisitos mínimos para examinar la solicitud". "El acto en cuestión no es susceptible de revisión por el Tribunal, ya que 'no cabe recurso de habeas corpus ante el Pleno del Tribunal contra un acto de un Magistrado u órgano fraccionado del Tribunal' (HC 86.548/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, mayoría, DJe 19.12.2008)".
Inq 4875 Monocrático solicitante: MPF Acusado: Jair Messias Bolsonaro Rel: Rosa Weber. Fecha de la sentencia: 29/03/2022			"Cabe señalar, al respecto, que el modelo acusatorio no otorga al Ministerio Público el papel de intérprete definitivo de las leyes penales del país, ni le quita al magistrado, en el procedimiento penal, el ejercicio regular de la práctica hermenéutica". "En el contexto descrito, es perfectamente posible extraer, del propio ordenamiento jurídico-constitucional, la <i>competencia administrativa vinculante</i> que debe ejercer el Jefe de Gobierno". "No es necesario, sin embargo, recordar, con el auxilio de la Ciencia Política, que, en los regímenes presidenciales en general, la jefatura de la administración recae en la figura del Presidente de la República –ni invocar conceptos moldeados en el constitucionalismo norteamericano, cuna del sistema presidencial de gobierno, como la

Acción información	Asunto	Resultados	Justificación
<p>Inq 4875 Monocrático solicitante: MPF Acusado: Jair Messias Bolsonaro Rel: Rosa Weber. Fecha de la sentencia: 29/03/2022</p>	<p>“Se trata de una investigación iniciada el 9 de julio de 2021, por orden y bajo la supervisión de este Tribunal Supremo, para <i>investigar la presunta comisión por parte del Presidente de la República de un delito de prevaricación, tipificado en el artículo 319 del Código Penal</i>”. “Al final, el titular del Ministerio Público Federal solicitó el cierre de esta indagatoria porque, en su opinión, la conducta atribuida al presidente de la República era atípica”.</p>	<p>Se rechazó la solicitud del MPF de archivar el caso y se devolvió el expediente para que se adopten las medidas que se consideren oportunas. OBS: el 24/04/2022, tras otra decisión monocrática contra un recurso presentado por el MPF, la investigación fue archivada por falta de justa causa (y no por la atípicidad de la conducta, como defendía la promoción inicial del MPF).</p>	<p>doctrina de los <i>poderes implícitos</i>—, pues nuestra Constitución de 1988 es textual cuando otorga al Titular del Poder Ejecutivo de la Unión, en su art. 84, II, la competencia privativa de ‘ejercer, con la asistencia de los Ministros de Estado, la dirección superior de la administración federal’”. “La función de jefe supremo de la administración federal tiene varias consecuencias, en particular, para los efectos de este caso, la concentración, en la persona del Presidente de la República, de la tarea de dirección de la máquina administrativa y de liderazgo sobre los agentes del ejecutivo, lo que incluye el poder jerárquico sobre todos los órganos que componen la administración directa. A partir de este poder-delegación, ‘el Presidente de la República tiene la facultad de supervisar, alterar, revocar, anular y revocar cualesquiera atribuciones de sus subordinados, así como la función disciplinaria de sancionar a los miembros de la administración directa, manteniendo la unidad político-administrativa de la Unión’”. “Por lo tanto, aunque la alta dirección de la administración implique efectivamente, como argumenta el Ministerio Público, numerosas decisiones discrecionales (vgr, ADI 179/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 28.3.2014), no hay lugar para la inercia o la libertad de ‘no actuar’ cuando se trata de controlar la legalidad de los actos administrativos –o, más concretamente, el poder-deber de anular los actos contrarios al ordenamiento jurídico— y el poder disciplinario ante desviaciones funcionales”.</p> <p>“Tanto no hay discreción, que la omisión presidencial caracterizada por ‘no hacer efectiva la responsabilidad de sus subordinados, cuando se manifiesta en delitos funcionales o en la práctica de actos contrarios a la Constitución’ constituye un delito de responsabilidad contra la probidad administrativa, en los términos del art. 85, V, de la CF c/c art. 9, inciso 3º, de la Ley 1.079/50”.</p>

ARTÍCULO PRESENTADO 1 DE OCTUBRE DE 2024.

LA REGRESIÓN AUTORITARIA O LA AMENAZA DE UNA DEMOCRACIA AUTORITARIA EN CHILE

Claudio Nash*

El presente artículo nos invita a reflexionar sobre los riesgos que corre la democracia en Latinoamérica. Si bien cuando hablamos de riesgos democráticos, de inmediato pensamos en la situación de Nicaragua, Venezuela, Argentina o El Salvador, existen otras situaciones de crisis de la democracia que son menos visibles, pero no por ello menos peligrosas.

En este texto se entrega un conjunto de argumentos que permiten sostener que la reacción frente a las masivas movilizaciones sociales en Chile (octubre 2019 a marzo de 2020) dieron inicio a una pronunciada tendencia hacia una regresión autoritaria que ha ido redefiniendo las bases institucionales y donde, si bien se ha mantenido una formalidad democrática, se ha ido configurando una forma de democracia autoritaria como proyecto de Estado.¹

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, doctor en Derecho (ambas de la Universidad de Chile). Académico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

¹ En relación con el debate sobre la expresión “autoritarismos” en contextos democráticos, que amplía los usos habituales del término en la literatura clásica (Linz, O’Donnell), se puede consultar un trabajo reciente de Cecilia Lesgart. En su estudio, Lesgart concluye que “Al mismo tiempo que el autoritarismo se conceptualiza como una forma política que convive con, pervive dentro, cohabita, o desafía a la democracia, es aquello que puede presentarse a partir de situaciones en las que no ocurre quiebre del Estado constitucional de derecho o ruptura de un régimen político legal y legitimado por la voluntad popular. Se usa para hablar de una forma de tomar decisiones por parte de gobiernos electos por sufragio popular y, a pesar de su persistente pareja con el término régimen político, también se emplea para caracterizar personalidades de presidentes que gobernan países. Asimismo, se emplea para tematizar situaciones en las que no se registra el desplazamiento por la fuerza de autoridades electas por sufragio popular, ni se presentan movimientos sorpresivos planeados en secreto, lo que a veces se llama manipulación de las reglas de juego por parte de actores institucionales y extra institucionales hábiles y/o perversos. A diferencia

Lo que es particularmente preocupante es que esta tendencia pudo revertirse con la llegada de un nuevo gobierno en marzo de 2022, sin embargo, esto no ocurrió y la orientación sigue siendo hacia una compleja forma de regresión autoritaria. De ahí la gravedad del actual contexto.

Fue ampliamente debatida a nivel internacional la respuesta del gobierno de Sebastián Piñera entre 2019 y 2021 para hacer frente a la crisis desatada desde el 18 de octubre de 2019, que se basó en una estrategia centrada en la represión del movimiento ciudadano, intentando un rápido restablecimiento del orden público. Ahora bien, la respuesta represiva para enfrentar la protesta social no es nueva en Chile ni en Latinoamérica;² al contrario, esta es la fórmula habitual para responder a las movilizaciones ciudadanas desde mediados del siglo XIX y, con especial fuerza, a principios del siglo XX para aplacar los movimientos obreros de la época.³

A ello se sumó, en marzo de 2020, la pandemia del covid-19, que se caracterizó en muchos países por un acelerante de medidas autoritarias y represivas que fueron más allá de lo necesario y transformaron la emergencia sanitaria en una emergencia de derechos humanos. Además, en el caso de Chile, en el marco de la pandemia se produjo una creciente migración irregular y descontrolada que fue generando una situación marcada por una desbordada situación de inseguridad que también ha sido enfrentada a través de medidas represivas.⁴

Estos son algunos de los elementos que nos obligan a abordar la discusión sobre la situación de la democracia en Chile y las amenazas para el Estado de derecho y los derechos humanos con detenimiento, y valorando los distintos factores que permiten evaluar la calidad de la democracia.

de las dictaduras (militares, cívico-militares, unipartidistas, unipersonales) no surge del poder duro de las armas. No se trata de un cambio político conclusivo y realizado en un solo movimiento”; Cecilia Lesgart, “Autoritarismo. Historia y problemas de un concepto contemporáneo fundamental”, *Perfiles latinoamericanos*, vol. 28, n.º 55, 2020, pp. 349-371, <https://doi.org/10.18504/pl2855-014-2020>.

- 2 José del Pozo, *Historia de América Latina y del Caribe. Desde la independencia hasta hoy*, Santiago, LOM Ediciones, 2015.
- 3 Gabriel Salazar y Julio Pinto, *Historia contemporánea de Chile*, vol. I. Estado, legitimidad, ciudadanía, Santiago, LOM Ediciones, 1999.
- 4 Tanto el gobierno de S. Piñera como el de G. Boric han apelado al estado de excepción constitucional de emergencia para usar militares en materia de control migratorio en la zona norte de Chile.

EL CONTEXTO

El proceso regresivo en Chile debe entenderse en su contexto. Desde mediados de los años ochenta, con los procesos de democratización del Cono Sur y de pacificación en Centroamérica, la idea de democracia en Latinoamérica se fortalece y no se limita a un tipo de gobierno basado en la elección periódica de autoridades, sino que también comprende la construcción de un Estado constitucional y democrático de derecho con base en un rol normativo de la Constitución, controles interinstitucionales efectivos, una concepción robusta de los derechos fundamentales y un destacado rol de la justicia constitucional en su protección, una cada vez mayor interacción entre la protección nacional e internacional, así como formas de participación ciudadanía cada vez más amplias y profundas.⁵

De esta manera, la democracia en la actualidad se caracteriza por la concurrencia de elementos procedimentales y sustantivos:

... en las democracias gobiernos, los gobernantes asumen el poder como resultado de elecciones competitivas e incluyentes, adoptan políticas públicas sin violar los derechos fundamentales y enfrentan limitaciones por parte de legisladores, jueces y movimientos sociales, pero no de rebeldes militares ni potencias extranjeras. El cambio de régimen se da cuando esas normas y prácticas se reemplazan o alteran fundamentalmente.⁶

Por ello, sea cual sea el ideal de democracia al que adhiramos (procedimental, deliberativo o sustantivo), no hay duda de que el sistema democrático se basa en ciertos mínimos que no pueden ser alterados sin que se distorsionen los fundamentos de dicho ideal común. En consecuencia, para poder sostener la idea de que “vivimos en democracia”, deben concurrir ciertos elementos básicos: elecciones periódicas donde se expresen las mayorías, respeto por las instituciones que sustentan las decisiones colectivas, y respeto por los derechos fundamentales que permiten el debate político y que legitiman los poderes de los órganos del Estado. Sin estos mínimos, es imposible hablar de democracia.

Es necesario recordar que la forma en la que se organiza el poder en un sistema democrático a fin de cumplir con los mínimos que le dan sentido y legitimidad es lo que conocemos como Estado de derecho. En este sentido, según Böckenförde,

5 César Landa, “La fuerza normativa de la Constitución”, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Fuerza normativa de la Constitución*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2011.

6 Scott Mainwaring y Aníbal Pérez-Liñán, *Democracias y dictaduras en América Latina. Surgimiento, supervivencia y caída*, México, Fondo de Cultura Económica, 2020, p. 76.

la conexión de la democracia –en tanto forma de Estado y de gobierno– con el Estado de derecho, se puede explicar de la siguiente forma:

El Estado de Derecho, [...], responde a la cuestión del contenido, del ámbito y del modo de proceder de la actividad estatal. Tiende a la limitación y vinculación del poder del Estado, con el fin de garantizar la libertad individual y social –particularmente mediante el reconocimiento de los derechos fundamentales, la legalidad de la administración y la protección jurídica a través de tribunales independientes–, y en esa medida es un principio configurador de naturaleza material y procedimental.⁷

De este modo, el diseño de una estructura de poder dentro de una democracia no es una cuestión estática, sino que va evolucionando y debe ser una respuesta efectiva a las exigencias del diseño constitucional, con los derechos humanos como centro del acuerdo político y como límites del poder soberano (art. 5 inc. 2 de la Constitución vigente) y, por tanto, es exigible que en un Estado constitucional de derecho, como el que debe regir en Chile, todo el accionar del aparato de poder público no solo debe estar sujeto formalmente a la ley, sino que también tiene la obligación de respetar y garantizar sin discriminación los derechos fundamentales.

Como señala el profesor Ferrajoli, una concepción constitucional del Estado de derecho “equivale a la sujeción a la ley de todos los poderes, no solo públicos sino también privados, y a su limitación y regulación para la tutela de todos los derechos fundamentales en todas las relaciones sociales”.⁸

Tal como lo ha expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), “la interdependencia entre democracia, Estado de Derecho y protección de los derechos humanos es la base de todo el sistema del que la Convención forma parte”⁹ y, en consecuencia, la garantía de los derechos fundamentales debe ser un objetivo de la estructura de poder dentro de una democracia. Esto implica que la forma en que organizamos el poder debe estar destinada a dar efectividad a dichos derechos, por lo que la actuación de las autoridades estatales debe ser eficiente en su respeto y garantía. Este es un criterio fundamental para evaluar la salud de una democracia. Así, un sistema democrático, donde

7 Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, p. 119.

8 Luigi Ferrajoli, *Principio Iuris*, vol. 2, *Teoría democrática*, Madrid, Trotta, 2011, p. 223.

9 Corte IDH, *La figura de la reelección presidencial indefinida en Sistemas Presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021, Serie A, No. 28, párr. 46.

los derechos humanos son violados, donde no existe protección efectiva, donde no hay responsabilidades por su infracción, es una democracia debilitada o directamente una democracia en riesgo. Esta también ha sido una materia objeto de preocupación por parte de los organismos internacionales de derechos humanos, en particular, sobre el deber de garantía de los derechos humanos como núcleo del acuerdo institucional.¹⁰

En este mismo sentido, la Carta Democrática de la Organización de los Estados Americanos (OEA) señala:

Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos (art. 3).¹¹

En definitiva, tener en consideración la relación sustantiva entre democracia-Estado de derecho-garantía de los derechos humanos es fundamental para evaluar los riesgos que vive Chile frente a una tendencia de regresión autoritaria que se enmarca en una oleada autoritaria de amplio alcance a nivel mundial y, particularmente, en las Américas.¹² Por ello, las medidas que se toman en un Estado y que tienen como efecto minar las bases institucionales del acuerdo político democrático debemos tomarlas muy en serio. De esta manera, durante décadas la discusión en la región se centró en la velocidad, efectividad y profundidad de los avances para hacer realidad el ideal democrático; si bien la represión nunca había cesado y las democracias convivían con expresiones de violencia estatal relevantes, durante la última década la discusión se ha enfocado en los retrocesos

¹⁰ Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Fondo y Reparaciones, Serie C, No. 221, párr. 239.

¹¹ Artículo 3 de la Carta Democrática Interamericana, aprobada por la Asamblea General de la OEA el 11 de septiembre de 2001 en Lima, Perú.

¹² Estudios sobre la situación de Chile a partir del 18-O en el contexto latinoamericano se pueden encontrar en Osvaldo Torres, “Defensores y defensoras de Derechos Humanos”, en *El estallido de las violaciones a los derechos humanos. Informe sobre los derechos humanos en Chile (18 de octubre de 2019 - 12 marzo de 2020)*, Santiago, Heinrich Böll Stiftung, 2020, pp. 84-119; Mauricio Carrasco y Pablo Seguel, “Violencia estatal y violaciones a los derechos humanos en democracia: La situación de Chile en América Latina”, en O. Torres (ed.), *El estallido de las violaciones a los derechos humanos. Informe sobre los derechos humanos en Chile (18 de octubre de 2019 - 12 marzo de 2020)*, Santiago, Heinrich Böll Stiftung, 2020, pp. 14-33.

democráticos y las amenazas de una nueva oleada autoritaria en la región.¹³ Algo ha cambiado en el continente y no para bien.

Es este contexto de degradación del ideal y compromiso democrático el que nos debe preocupar y el que debemos analizar con mayor profundidad a continuación. En efecto, no basta con un cascarón democrático, no basta con una constitución y elecciones periódicas para considerar la democracia asegurada.¹⁴ Hoy, las amenazas son más complejas y debemos estar más pendientes que nunca a las señales de su menoscabo.

A nivel comparado, algunas de las experiencias que son ejemplo de esta nueva tendencia autoritaria son los casos de Polonia, Turquía y Hungría. En Hungría, el presidente Viktor Orbán habla de una democracia “iliberlal”;¹⁵ en el caso de Turquía, luego del autogolpe de 2016, el presidente Erdogan ha concentrado poderes y perseguido implacablemente a la oposición;¹⁶ en Polonia, se han tomado

¹³ Esta tendencia es conocida como “democratic backsliding” (retroceso democrático) y viene siendo analizada profusamente por las ciencias políticas. Ver Nancy Bermeo, “On democratic backsliding”, en *Journal of Democracy*, vol. 27, n.º 1, 2016, pp. 5-19; Larry Diamond. “Facing Up to the Democratic recession”, en *Journal of Democracy*, vol. 26, n.º 1, 2015, pp. 141-155; Ellen Lust E. y David Waldner, *Unwelcome Change: Understanding, Evaluating, and Extending Theories of Democratic Backsliding*, Charlottesville, University of Virginia, 2015. Irónicamente, la degradación se acentúa el mismo 11 de septiembre de 2001 con los atentados terroristas en Estados Unidos que dieron paso a la “lucha internacional contra el terrorismo” encabezada por el gobierno de Bush y que durante años tensionó al extremo el compromiso con los derechos humanos y con la idea misma del Estado de derecho en Estados Unidos y en todo el mundo.

¹⁴ Kim Schepppele, “Autocratic Legalism”, en *Chicago Law Review*, vol. 85, n.º 2, 2018, pp. 545-583.

¹⁵ En un conocido discurso de julio de 2014, el presidente Orbán sostuvo: “the new state that we are building is an illiberal state, a non-liberal state. It does not deny foundational values of liberalism, as freedom, etc. But it does not make this ideology a central element of state organization, but applies a specific, national, particular approach in its stead”, <https://budapestbeacon.com/full-text-of-viktor-orbans-speech-at-baile-tusnad-tusnadvudo-of-26-july-2014/>.

¹⁶ Human Rights Watch, en su informe anual 2020, señaló: “Turkey has been experiencing a deepening human rights crisis over the past four years with a dramatic erosion of its rule of law and democracy framework”, <https://www.hrw.org/world-report/2020/country-chapters/turkey>). Sobre el proceso de degradación democrática vivido en Turquía, ver Zehra Kabasakal, *The New Authoritarianism In Turkey: Prospects Beyond The Democracy Façade*, 2020, <https://www.21global.ucsb.edu/global-e/march-2020/new-authoritarianism-turkey-prospects-beyond-democracy-fa-ade>.

medidas restrictivas en materia de derechos humanos y, particularmente, respecto de la independencia judicial.¹⁷

En nuestra región, una primera oleada autoritaria en el marco de democracias formales fueron las experiencias de Venezuela y Nicaragua.¹⁸ Estos procesos se han caracterizado, por una parte, por la legitimidad democrática a través de mayorías electorales bastante consistentes en el tiempo; por otra, una política destinada a la captura de los órganos de control (poder judicial, control administrativo) y cooptación o captura de los poderes legislativos. Con otro signo político, pero con el mismo desprecio por la democracia, encontramos, por ejemplo, el gobierno de Bukele en El Salvador, que ha llevado adelante una política de seguridad basada en la concentración de poder y el irrespeto de los derechos humanos y de la propia Constitución; asimismo, Milei en Argentina ha implementado una serie de medidas represivas destinadas a acallar las voces críticas a la implementación de su proyecto libertario.¹⁹

En definitiva, la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos siempre parecen estar desafiados en Latinoamérica; los triunfos nunca son definitivos. Tal como lo han descrito Steve Levitsky y Daniel Ziblatt,²⁰ estamos en tiempos en que, salvo algunas excepciones, ya no se recurre a los cruentos golpes de Estado, sino que se actúa dentro de las formalidades de la democracia, pero horadando continuamente sus bases, fundadas en el Estado de derecho y en la garantía de los derechos humanos. Este proceso ha sido estudiado en nuestra región bajo el concepto de “erosión democrática”, donde la degradación de la democracia se

¹⁷ En su *Informe Anual 2020* sobre Polonia, Amnistía Internacional, señaló: “The government continued to implement legal and policy changes that undermined the independence of the judiciary. Dozens of judges who spoke out against those changes faced disciplinary proceedings. The courts continued to uphold the rights of peaceful protesters, including those who engaged in civil disobedience”, <https://www.amnesty.org/en/countries/europe-and-central-asia/poland/report-poland/>.

¹⁸ Ambos países han sido objeto de una especial preocupación por parte de los órganos de derechos humanos de la OEA y la ONU. Un reciente informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sobre Venezuela da cuenta de la situación de los derechos humanos, <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/106.asp>; asimismo, recientemente la ONU ha señalado que existen violaciones que pueden ser consideradas crímenes de lesa humanidad, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-54176459>. Sobre la situación de derechos humanos en Nicaragua, ver <http://www.oas.org/es/cidh/MESENI/informePais/default.html>.

¹⁹ Ver *Informe anual 2023/4* de Amnistía Internacional, pp. 98-100, <https://www.amnesty.org/es/documents/pol10/7200/2024/es/>.

²⁰ Daniel Levitsky y Steven Ziblat, *Cómo mueren las democracias*, Madrid, Ariel, 2018.

produce por un continuo de actos agregativos destinados a socavar la institucionalidad democrática, pero formalmente, dentro de la propia legalidad.²¹

En síntesis, lo que hemos descrito son solo algunos ejemplos de la forma en que la realidad está tensionando las bases democráticas en nuestra región. Una vez más, la centralidad de los derechos humanos, los compromisos del Nunca Más (no volver a repetir las violaciones de derechos humanos de tiempos autoritarios), la lucha contra la corrupción, la preocupación por los desaventajados y los grupos históricamente discriminados, están presentes en los discursos oficiales, pero rara vez estos expresan compromisos genuinos.

A continuación, se analizan aquellos aspectos relativos a una concepción actual de democracia que están en riesgo en el caso de Chile: elecciones periódicas, funcionamiento institucional y normalización de las violaciones de derechos humanos.

¿HACIA UNA DEMOCRACIA AUTORITARIA EN CHILE?

Chile no escapa a estos peligros y estamos lejos de ser un “oasis” en la región, –como sostenía el presidente Piñera días antes de la revuelta de octubre de 2019–, y vemos, con preocupación una tendencia hacia una regresión autoritaria que no solo se limitó a la respuesta frente a las demandas ciudadanas expresadas en 2019, sino que parece tener una mayor profundidad y se va configurando como una respuesta del Estado de largo plazo.

A continuación, se darán algunos ejemplos que nos permiten sustentar esta preocupación por el destino de la institucionalidad democrática en el país. Debemos tener presente que este es un proceso en desarrollo, por lo que continuamente surgen nuevos elementos de análisis, pero ya hay antecedentes suficientes para marcar una tendencia.

Recordemos que los elementos esenciales para evaluar la salud de una democracia constitucional son tres: las elecciones periódicas, un adecuado funcionamiento de las instituciones del Estado de derecho y la vigencia de los derechos humanos.²² Revisemos la situación de cada uno de estos factores de salud democrática en Chile.

²¹ Lucas Paulino, “Democracias constitucionais em crise: mapeando as estratégias institucionais que levam à erosão democrática”, *Direito, Estado e Sociedade*, n.º 58, 2021, pp. 274-309, <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/1209/687>.

²² Aziz Huq y Tom Ginsburg, “How to Lose a Constitutional Democracy”, en *Ucla Law Review*, vol. 65, n.º 78, 2018, pp. 80-169.

Elecciones periódicas

En Chile, las elecciones periódicas se vienen realizando ininterrumpidamente desde 1990, lo que es una buena noticia, pero no suficiente. La corrupción política, particularmente el financiamiento ilícito de las elecciones y de la política, ha sido un problema serio para la democracia chilena.²³ En particular, los escándalos de corrupción en el marco de las elecciones de 2013 afectaron profundamente la credibilidad en el sistema político chileno²⁴ y, si bien las reformas en materia de financiamiento de la política han ido en el camino correcto, no han sido suficientes para despejar las dudas sobre el impacto del dinero en la política chilena; hoy, tenemos parlamentarios que son financiados por empresarios (a título personal) y, con ello, la independencia de la política con los intereses económicos del país sigue siendo una materia pendiente. Además, están los problemas de diseño institucional que impiden una efectiva participación de la ciudadanía en las cuestiones públicas. Por otra parte, el sistema político chileno funciona con una visión restrictiva de la democracia, entendiendo por esta solo la elección de autoridades, sin vías efectivas de control social, derecho a tomar decisiones relevantes en forma directa, sin caminos de consulta ciudadana (plebiscitos, consultas vinculantes).²⁵ Por ello, las críticas al sistema democrático chileno se hicieron masivas en 2019 y se tradujeron en una demanda de participación cuya mejor expresión es el proceso constituyente del que da cuenta el Acuerdo político de noviembre de 2019.²⁶

²³ Consejo Asesor Presidencial contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción, *Informe Final*, 2015, <http://consejoanticorrupcion.cl/informe/>; Daniel Matamala, *Poderoso caballero. El peso del dinero en la política chilena*, Santiago, Editorial Catalonia – UDP, 2015; Claudio Nash, “Corrupción, estado de derecho y derechos humanos. Algunas lecciones del caso chileno”, en C. Nash C. y M. Fuchs, *Corrupción, Estado de derecho y derechos humanos. Estudio de Casos*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2019, pp. 139-162.

²⁴ En forma inédita, en 2016, la ciudadanía indicaba que una de sus tres preocupaciones principales era la corrupción en el país; así lo indica uno de los estudios de opinión más influyentes en Chile: Encuesta CEP, agosto de 2016, http://www.cepchile.cl/cep/site/article/20160818/asocfile/20160818165239/encuestacep_julio_agosto2016.pdf.

²⁵ El sistema constitucional no consagra formas efectivas de participación ciudadana en las cuestiones públicas, limitando su idea de democracia a una versión extrema de la representación, esto es, la elección de autoridades, pero sin otras formas de involucramiento participativo. Un interesante enfoque crítico sobre este tema en: Juan Pablo Paredes, “Ciudadanía, participación y democracia. Deuda y déficit en los 20 años de ‘Democracia’ en Chile”, *Polis*, vol. 10, n.º 28, 2011, pp. 473-499.

²⁶ Acuerdo por la paz social y la nueva democracia, así se llamó el acuerdo político que dio inicio a los procesos constituyentes en el marco de la revuelta popular de 2019. El texto puede ser consultado en https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/detalle_cronograma?id=f_cronograma-1.

Funcionamiento institucional

En relación con el *funcionamiento de las instituciones del Estado*, este es un aspecto preocupante ya que la idea de un Estado de derecho se funda no solo en la supremacía de la ley, sino también en el control interinstitucional, esto es, la capacidad de los distintos poderes del Estado de controlar la actividad de los otros poderes. En este sentido, cuando el poder político (parlamento) no es eficaz en el control del ejecutivo, y el poder judicial tampoco asume una posición activa para evitar abusos por parte del poder ejecutivo, el Estado de derecho se ve seriamente afectado.²⁷ En Chile, el Poder Ejecutivo (con amplias atribuciones constitucionales y con el apoyo del parlamento) ha asumido una política claramente autoritaria para enfrentar momentos de crisis social;²⁸ luego, en la crisis de la pandemia, se volvió a recurrir a una batería de medidas legislativas y reglamentarias represivas (por ejemplo, un estado de toque de queda o prohibición de circulación en todo el territorio en horario nocturno por más de 18 meses).²⁹ En la actualidad, el centro del debate público es la seguridad pública, con una serie de medidas propias del populismo penal que reseñaremos más adelante.

Adicionalmente, la actual crisis en el Poder Judicial (julio de 2025), con ministros acusados constitucionalmente por corrupción, destituciones de ministros del alto tribunal y una profunda desconfianza en la judicatura, en nada ayuda a fortalecer la institucionalidad democrática.³⁰

²⁷ La Corte Interamericana, en una opinión consultiva de 2021, ha señalado: “Ahora bien, la separación e independencia de los poderes públicos supone la existencia de un sistema de control y de fiscalizaciones, como regulador constante del equilibrio entre los poderes públicos. Este modelo denominado ‘de frenos y contrapesos’ no presupone que la armonía entre los órganos que cumplen las funciones clásicas del poder público sea una consecuencia espontánea de una adecuada delimitación funcional y de la ausencia de interferencias en el ejercicio de sus competencias. Por el contrario, el balance de poderes es un resultado que se realiza y reafirma continuamente, mediante el control político de unos órganos en las tareas correspondientes a otros y las relaciones de colaboración entre las distintas ramas del poder público en el ejercicio de sus competencias”, Corte IDH, *La figura de la reelección presidencial indefinida en Sistemas Presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021, Serie A, No. 28, párr. 82.

²⁸ Claudio Nash, *Infranqueables. La protección de derechos humanos en tiempos autoritarios*, tomo I, Santiago, Editorial Universitaria, 2021, pp. 239-272.

²⁹ Ver Informe anual 2020 del INDH, centrado en el tema de la pandemia, <file:///C:/Users/claudio/Downloads/informe-anual-2020.pdf>.

³⁰ Ana María Sanhueza, “La Corte Suprema chilena agudiza su crisis: tres de sus jueces enfrentan acusaciones constitucionales”, *El País*, 23 de septiembre de 2024, <https://elpais.com/chile/2024-09-24/la-corte-suprema-chilena-agudiza-su-crisis-tres-de-sus-jueces-enfrentan-acusaciones-constitucionales.html>.

La normalización de las violaciones de derechos humanos

Por último, el aspecto más complejo es la *normalización de las violaciones de derechos humanos*. Como se ha constatado en variados informes internacionales,³¹ desde el 18 de octubre de 2019 se fue configurando un cuadro de graves, masivas y sistemáticas violaciones de derechos humanos por parte del Ejecutivo, y los otros poderes del Estado no tuvieron ni la capacidad ni la disposición para detenerlas.³² Por otra parte, en el marco de la pandemia, graves afectaciones de los derechos humanos no encontraron una respuesta efectiva desde los poderes del Estado destinados a controlar las actuaciones del Ejecutivo.³³ Peor aún, existiendo la posibilidad de reconocer lo errada de la política represiva y de tomar medidas de corrección que impliquen la transformación de Carabineros y una nueva política de orden público, el camino seguido por las autoridades ha sido perseverar en la vía represiva, y, sumado a ello, las investigaciones y sanciones de los casos de violaciones de derechos humanos no han sido tampoco ni eficaces ni oportunas.³⁴

Adicionalmente, a finales del gobierno de Sebastián Piñera se inició un arduo debate en Chile sobre seguridad pública con base en un proceso migratorio completamente incontrolado y un aumento de la delincuencia, incluidas formas de criminalidad organizada que no eran habituales en Chile. Este tema captura el debate presidencial para suceder a Piñera y marca la agenda del nuevo gobierno encabezado por Gabriel Boric (2022-2026). En este sentido, es relevante destacar el enfoque con el que el nuevo gobierno ha abordado el problema de seguridad pública. Este asumió como propia la agenda tradicional del autoritarismo para enfrentar la criminalidad, esto es, mayores facultades a policías (incluidas leyes de “gatillo fácil”), aumento de penas, restricciones de derechos, y la cárcel

³¹ CIDH, “CIDH condena el uso excesivo de la fuerza en el contexto de las protestas sociales en Chile, expresa su grave preocupación por el elevado número de denuncias y rechaza toda forma de violencia”, Comunicado 06 de diciembre de 2019, <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/317.asp>; Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Informe de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos sobre la Misión a Chile 30 de octubre – 22 de noviembre de 2019, https://www.ohchr.org/Documents/Countries/CL/Report_Chile_2019_SP.pdf.

³² Claudio Nash, *Infranqueables. La protección de derechos humanos en tiempos autoritarios*, tomo II, Santiago, Editorial Universitaria, 2022.

³³ Luis Cordero, “Revisitando el control judicial en la emergencia”, *Diario El Mercurio*, 31 de marzo de 2021.

³⁴ A cinco años desde los eventos de octubre de 2019, solo hay un reducido grupo de condenas (38) por violaciones de derechos humanos provocadas por la represión, ver Amnistía Internacional, *Informe Anual 2023/4*, 2024, pp. 150-151, <https://amnistia.cl/informeannual/>.

como centro de la estrategia de política criminal.³⁵ Ese enfoque punitivista prima y se abandona el discurso tradicional del sector político que representa al nuevo gobierno, la centro-izquierda, con un eje en el garantismo y el fortalecimiento de los controles a los órganos policiales, acompañado con programas sociales y educativos.

En igual sentido, en el tema de la relación del Estado de Chile con el pueblo mapuche, el nuevo gobierno de Boric no solo mantuvo, sino que profundizó una política represiva. Así, desde mayo de 2022, se mantiene un estado de excepción constitucional de emergencia para enfrentar las acciones de violencia que se dan en la zona del conflicto (zona sur de Chile, el Wallmapu mapuche). No hay políticas para superar los elementos de fondo del conflicto, y se ha optado por una política represiva y de persecución criminal que no apunta a los temas de fondo, sino que se centra en sus efectos penales.

Además, hay otros elementos que complejizan el debate sobre seguridad y derechos humanos. De esta manera, frente a las graves violaciones de derechos humanos ocurridas en el gobierno de Piñera, se esperaba que un nuevo gobierno asumiera como propia la búsqueda de verdad, justicia y reparación a las víctimas de la violencia represiva. Sin embargo, en el nuevo contexto autoritario esto no ocurrió. Se ha avanzado muy poco en verdad y, al contrario, el discurso negacionista se ha fortalecido; la justicia no ha llegado y se va imponiendo una compleja impunidad; las políticas de reparación prometidas no se han generado, y sobre garantías de no repetición no existe casi nada.³⁶

Muy ilustrativo de este giro por parte del gobierno, y particularmente del presidente Boric, es la forma en que este cambió su posición frente al expresidente Piñera; en efecto, en la campaña prometió justicia e incluso en un debate público señaló: “está avisado presidente”, para luego, cuando asume, blindarlo políticamente y nunca más hablar de justicia, pese a que Piñera estaba imputado e incluso había declarado en casos por crímenes de lesa humanidad en su contra. De igual forma, protegió políticamente durante más de dos años al director general de Carabineros (policía), pese a que este no solo estaba imputado, sino que ha sido citado para ser formalizado por graves violaciones de derechos humanos en el marco del estallido social de 2019. Un giro que da cuenta de cuán profunda es la regresión autoritaria en Chile.

35 Esta política punitiva ha sido objeto de críticas incluso de organismos internacionales, ver: comunicado conjunto del Alto Comisionado para los Derechos Humanos y Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 03 de junio 2024, <https://www.oas.org/pt/CIDH/jForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2024/124.asp>.

36 Amnistía Internacional, *Informe Anual 2023/4, 2024*, pp. 150-152, <https://amnistia.cl/informeanual/>.

En síntesis, tenemos un conjunto de medidas y actitudes que, evidentemente, apuntan hacia una regresión autoritaria en Chile que puede proyectarse mucho más allá de la crisis política de 2019/2020 y la crisis sanitaria del covid-19.

EN BUSCA DE UNA RESPUESTA

¿Cómo es posible que un país que vivió la experiencia de una cruenta dictadura durante 17 años no sea capaz de detener una política regresiva en materia de derechos humanos? Esa es la pregunta y, aunque buscar una respuesta excede este texto, sí podemos avanzar algunas ideas.

La única respuesta posible es que lo que estuvo en juego el 18 de octubre de 2019 era muy valioso para la élite chilena y ameritaba una respuesta contundente para frenar las protestas y eso se proyecta hasta el presente. En efecto, desde la década de los setenta, con el gobierno del presidente Salvador Allende, las bases del poder político y social tradicional no se ponían en jaque. De esta manera, las demandas ciudadanas expresadas en masivas movilizaciones en todo el país cuestionaron los fundamentos del modelo vigente en Chile. Eso a la élite chilena le pareció inaceptable.

Así es como se va produciendo en Chile un especial maridaje, que ha sido denunciado lúcidamente por Ricardo Forster, entre neoliberalismo y fascismo.³⁷ La idea de que para mantener las bases del modelo neoliberal es necesario recurrir a la violencia, y si eso significa afectar las bases del Estado democrático de derecho, es un costo que se está dispuesto a pagar, tiene en Chile un ejemplo claro.³⁸

Esto explica, en parte, la persistencia de la crisis constitucional en Chile. Por cierto, tenemos una constitución ilegítima, que el 80% de la población optó por sustituir en 2020 (plebiscito del 25 de octubre 2020), pero no ha sido posible generar un texto que tenga el apoyo ciudadano para ser aprobado por plebiscito.³⁹ Eso da cuenta de que la distancia entre la clase política y la ciudadanía sigue

37 Forster ha descrito este fenómeno en los siguientes términos: cuando la “democracia” cuestiona el *statu quo*, cuando rompe con las estructuras jerárquicas y clasistas que oprimen a los más pobres, la “derecha democrática” puede “travestirse, de la noche a la mañana, en derecha dura y pura asociando dos términos que supuestamente parecían contradictorios pero que hoy se maridan sin inconvenientes: neoliberalismo en lo económico y neofascismo en lo político-social”; Ricardo Forster, *La sociedad invernadero*, Barcelona, Akal, 2019, pp. 98.

38 Lucila Rosso y Daniel Filmus, *Las sendas abiertas en América Latina: aprendizajes y desafíos para una nueva agenda de transformaciones*, Buenos Aires, Clacso, 2019, p. 15.

39 Es importante recordar que en 2022 y 2023, la ciudadanía rechazó los proyectos constitucionales emanados de dos procesos destinados a redactar una nueva constitución para Chile.

vigente; la élite gobernante ha sido renuente a dar una salida democrática a la crisis institucional.

En este sentido, la única forma de explicar el férreo disciplinamiento de todo el aparato de poder público tiene su explicación en lo que Diego Portales (figura clave para entender la formación de Estado autoritario en Chile desde mediados del siglo XIX) denominó “el peso de la noche” como expresión del autoritarismo que sostiene a la élite chilena sobre la base del “reposo” del pueblo.⁴⁰ Así, la historia muestra cómo en momentos de crisis, cuando ese “reposo” popular cesa, los intereses transversales de la élite gobernante se alinean para defender un modelo que le ha traído riqueza, poder y reconocimiento, recurriendo a la fuerza si lo considera necesario.⁴¹

Todo ello bajo la égida del fetiche del “orden público”. El pueblo en las calles, las protestas no controladas por ningún sector político, la violencia simbólica y material eran demasiado para una élite acostumbrada al orden y la seguridad, la seguridad de sus intereses, el orden que garantiza producción y buenos negocios. Hoy, ese fetiche se expresa en las ideas sobre “seguridad”; mantener aterrorizada a la población con la delincuencia (que es un problema real, pero exacerbado por la prensa chilena) es una buena forma de legitimar la fuerza, las restricciones de derechos humanos y el discurso autoritario que garantiza mantener el *statu quo* inalterado. Por eso, en Chile hemos pasado del “miedo” a las protestas, al “miedo” a la pandemia y, finalmente, al “miedo” a la delincuencia (altamente racializada).

Sin embargo, creo que en Chile hay algo más en juego. Como hemos visto, el modelo impuesto por la dictadura a través de prácticas genocidas dejó

⁴⁰ En 1832, Portales, en una carta dirigida a Joaquín Tocornal planteaba que “el orden social en Chile se mantiene por el peso de la noche y porque no tenemos hombres sútiles, hábiles y quisquillosos: la tendencia general de la masa al reposo es garantía de la seguridad pública”. Un análisis actualizado sobre el legado autoritario de Diego Portales y cómo sigue siendo el “ideal” al que adhiere la clase gobernante en Chile, en Rodrigo Karmy, *El fantasma portaliano. Arte de gobierno y república de los cuerpos*, Colección Historia y Ciencias Sociales, Temuco, Ediciones Universidad de La Frontera, 2022.

⁴¹ Gabriel Salazar, en referencia al uso de la fuerza para aplacar revueltas populares en Chile desde Portales en adelante, ha señalado que “es preciso leer, bajo la paz oligárquica, sensaciones de peligro; el mismo viejo miedo a la historia, dado el evidente fracaso de las estructuras de dominación. De este miedo básico surgieron dos típicas tácticas parlamentaristas: la represión draconiana a los ‘rotos alzados’ (primera fase), y la propuesta de integración democrática a la ciudadanía nacional”; Gabriel Salazar, *La violencia política en las “grandes alamedas”*, Santiago, LOM Ediciones, 2006, pp. 73. Sobre esta “integración”, señala Salazar, “la táctica de segunda fase fue aplicada en forma escalonada desde 1910, y consistió en difundir la metodología política de ‘los acuerdos’, haciéndola extensiva a los actores sociales”; *ibid.*, p. 73. Claramente, la idea de los “acuerdos” no es nueva para nuestra élite.

estrechamente ligado el modelo con las violaciones de derechos humanos.⁴² De ahí que sea posible explorar una tesis en el sentido de que, frente a la amenaza del modelo, las prácticas que lo sustentaron en su origen se vuelven a activar y la respuesta para preservar el modelo es similar a las acciones que permitieron su instalación. Por ello, se repiten la represión, el encarcelamiento masivo, la tortura y se modifica la práctica de las desapariciones como expresión del horror y se reemplaza por las mutilaciones oculares, como una nueva forma de plasmar el poder a través del terror. En consecuencia, la respuesta del Estado pos 18-O está vitalmente conectada con la dictadura, tanto en sus objetivos como en sus prácticas; lo que da sentido a la idea de que luego de 1990, lo que vivimos es una posdictadura más que una verdadera transición a la democracia.

UNA MIRADA ANALÍTICA DE LA SITUACIÓN EN CHILE

Este fenómeno de crisis democrática en tiempos actuales ha sido descrito en forma muy contundente por los profesores Steve Levitsky y Daniel Ziblatt en su libro *Cómo mueren las democracias*.⁴³ En este texto, los autores resumen los factores que permiten la erosión de las democracias, que es necesario tener presente y actuar prontamente cuando se expresan. Los factores por considerar son:

- a) Rechazo (o débil aceptación) de las reglas democráticas del juego.
- b) Negación de la legitimidad de los adversarios políticos.

⁴² Daniel Feierstein habla del genocidio reorganizador como aquel que “remite a la aniquilación cuyo objetivo es la transformación de las relaciones sociales hegemónicas al interior de un estado nación preexistente”; Daniel Feierstein, *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2014, pp. 100. Este tipo de genocidio “logra actuar específicamente sobre las relaciones sociales en el contexto de una sociedad existente, con el objetivo de clausurar aquellas relaciones que generan fricción o mediaciones al ejercicio del poder –contestatarias, críticas, solidarias– y reemplazarlas por una relación unidireccional con el poder, a través del procedimiento de la delación y la desconfianza” (p. 104). En esta clase de genocidio, las muertes “cubren su carácter de medios y ya no de fines. La desaparición de quienes corporizan están determinadas relaciones sociales es condición necesaria pero no suficiente para la clausura de dichas relaciones. En verdad, el proceso se encuentra dirigido por el conjunto social. El terror, en esta modalidad genocida, no opera tan sólo sobre las víctimas sino, fundamentalmente, sobre el conjunto social, buscando desterrar y clausurar determinadas relaciones sociales, a la vez que fundar otras” (p. 104).

⁴³ Este libro de Levitsky y Ziblatt se ha transformado en un *best seller* mundial, lo que da cuenta de lo extendido de la preocupación sobre las nuevas amenazas a la democracia en el mundo; Levitzky y Ziblatt, *Cómo mueren las democracias*, *op. cit.*

- c) Tolerancia o fomento de la violencia.
- d) Predisposición a restringir las libertades civiles de la oposición, incluidos los medios de comunicación.⁴⁴

De esta manera, hoy hay otras amenazas a la democracia, distintas a los clásicos golpes de Estado como el de la dictadura chilena, destinado a derrocar el presidente constitucional Salvador Allende.

Una amenaza particularmente pertinente para el caso chileno es la instauración en el país de una forma particular de autoritarismo que en la doctrina se conoce como “democracia autoritaria”,⁴⁵ “autocracia electiva”,⁴⁶ “constitucionalismo abusivo”⁴⁷ o un “Estado autoritario de derecho”,⁴⁸ donde se mantienen las formas democráticas, como elecciones, instituciones formales que siguen funcionando (parlamento, poder judicial), medios de comunicación aparentemente libres; pero en lo sustutivo, los poderes judiciales son controlados y cooptados, los medios de comunicación independientes son perseguidos, los derechos humanos son constantemente violados, los mecanismos de participación se reducen a las elecciones formales y las manifestaciones de protesta son duramente reprimidas.⁴⁹ Esta tendencia autoritaria ha sido transversal a gobiernos de distintos

44 Los alcances de cada uno de estos elementos en Levitsky y Ziblatt, *ibid.*, pp. 33-35.

45 Para una mirada sobre la literatura en la materia, ver Dawn Brancati, “Democratic authoritarianism: origins and effects”, *Annual Review of Political Science*, vol. 17, n.º 1, 2014, pp. 313-326.

46 El término ha sido usado por Michelangelo Bovero y muy bien explicado por Salmorán como una “forma de régimen que mantiene inalterada la institución de las elecciones, pero que se muestra indolente frente a las exclusiones sociales construidas alrededor de la ‘ciudadanía’ (piénsese en los migrantes), que echa mano de la ingeniería electoral para sub o sobrerepresentar a las fuerzas políticas en el parlamento; que favorece y perpetúa prácticas monopólicas de los medios de comunicación masiva, persigue o censura a la prensa disidente; que obstaculiza injustificadamente la formación de nuevas asociaciones políticas; que altera las normas para permitir la reelección indefinida (sin ningún límite temporal) de los titulares del Ejecutivo turno y, súmese usted”; Michelangelo Salmorán, “Democracia y los rostros de la autocracia”, en M. Salmorán (ed.), *Poder, democracia y derechos. Una discusión con Michelangelo Bovero*, México, UNAM, 2019, pp. 72.

47 Ver el estudio de David Landau, “Abusive constitutionalism”, *UCDL Review*, vol. 47, 2013, pp. 188-260, sobre la base de los procesos de Hungría, Egipto y Venezuela.

48 La idea proviene de la frase del presidente húngaro Viktor Orbán para definir su gobierno como “democracia iliberal”, <https://magnet.xataka.com/en-diez-minutos/un-autoritario-democratico-la-receta-del-exito-de-viktor-orban-para-dominar-hungria>.

49 Ozan Varol, “Stealth authoritarianism”, *Iowa Law Review*, vol. 100, n.º 4, 2015, pp. 1673-1742.

signos ideológicos, que van desde el nuevo socialismo del siglo XXI⁵⁰ a formas de maridaje neoliberal-fascista.⁵¹

Una visión desafiante sobre este proceso en Chile y su relación con los escenarios posibles en la región la sintetiza el investigador de la UNAM (México), René Ramírez en un trabajo reciente:

Lo que la covid-19 generará en la región de América Latina es simplemente la aceleración de lo que ya venía sucediendo en la región. Esto es: se profundizarán en el plano político (1) las dictaduras electorales/democráticas y, en el plano económico, (2) el autoritarismo neoliberal. No obstante, en el marco del legado de los gobiernos progresistas que tuvieron lugar en los albores del siglo XXI y de las luchas históricas populares de la región tales fenómenos encontrarán una resistencia creativa popular que podrá detener y revertir en el mediano plazo los fenómenos antes mencionados (1 y 2), generando cambios estructurales al (3) intensificarse la lucha de clase ya latente en la región como consecuencia de la agudización de las contradicciones generadas por el catalizador covid-19. Lo señalado resultará una bomba de tiempo en el marco de la crisis de acumulación que experimenta el sistema capitalista, lo que puede conducir –con altas probabilidades– a que la resolución del conflicto social sea por la vía violenta. Si es por conservadora, será a través de golpes de Estado, dictaduras; si es por la vía social, será a través de movilizaciones populares nada pacíficas. De suceder lo segundo, podría generarse en el mediano plazo el germen de nuevas formas de organización social y productiva que sean alternativas al sistema vigente las cuales podrán ser emancipadoras, pero también podrán tomar rumbos distópicos.⁵²

A MODO DE CONCLUSIÓN

En definitiva, lo que se vive en Chile es una seria amenaza a cuestiones centrales para la deliberación democrática, la división de poderes, la participación y la

⁵⁰ Para un análisis conceptual interesante donde se vinculan diversas concepciones de democracia y autoritarismo (incluidas formas de caudillismo) con la experiencia de caudillismos en Latinoamérica, ver Ronald Chacín, “El nuevo autoritarismo latinoamericano: un reto para la democracia y los derechos humanos (análisis del caso venezolano)”, *Estudios Constitucionales*, vol. 17, n.º 1, 2015); Jairo García, “Latinoamérica: entre la democracia y el autoritarismo”, *Estudios Políticos*, vol. 41, 2012, pp. 15-35.

⁵¹ Para un buen análisis de esta tendencia en Estados Unidos de Trump, Brasil de Bolsonaro, Argentina de Macri y Chile de Piñera, ver Ricardo Forster, *La sociedad invernadero*, op. cit.

⁵² René Ramírez, *Dictaduras democráticas, autoritarismo neoliberal y revueltas populares en tiempos de covid-19*, 2020, pp. 1-2, <https://www.alainet.org/es/articulo/207120>.

protección de los derechos humanos. Cualquiera sea la idea de democracia a la que adhiramos, cualquiera sea nuestro ideal de Estado de derecho, cualquiera sea nuestra concepción de derechos fundamentales y de la constitución, la forma en que han actuado los poderes del Estado desde octubre de 2019 hasta el presente constituye una amenaza institucional para la vigencia de estos valores.

Un país que vive en una permanente crisis constitucional, donde la impunidad por las violaciones de derechos humanos de la dictadura y de la democracia es condenada nacional e internacionalmente, donde la exclusión y marginación de amplios sectores sigue siendo una constante, donde los poderes renuncian a controlarse y limitar sus acciones abusivas, difícilmente puede vanagloriarse de su sistema democrático.

No es necesario que compartamos una idea profunda sobre las bases de la convivencia en sociedad para darnos cuenta de que es tiempo de preocuparnos por el futuro de la democracia en Chile.

BIBLIOGRAFÍA

- BERMEO, Nancy, “On democratic backsliding”, *Journal of Democracy*, vol. 27, n.º 1, 2016.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000.
- BRANCATI, Dawn, “Democratic authoritarianism: origins and effects”, *Annual Review of Political Science*, vol. 17, n.º 1, 2014.
- CARRASCO, Mauricio y Pablo SEGUEL, “Violencia estatal y violaciones a los derechos humanos en democracia: La situación de Chile en América Latina”, en O. TORRES (ed.), *El estallido de las violaciones a los derechos humanos. Informe sobre los derechos humanos en Chile (18 de octubre de 2019 - 12 marzo de 2020)*, Santiago, Heinrich Böll Stiftung, 2020.
- CHACÍN, Ronald, “El nuevo autoritarismo latinoamericano: un reto para la democracia y los derechos humanos (análisis del caso venezolano)”, *Estudios Constitucionales*, vol. 17, n.º 1, 2019, pp. 15-52.
- Consejo Asesor Presidencial contra los Conflictos de Interés, el Tráfico de Influencias y la Corrupción, *Informe Final*, 2015, <http://consejoanticorrupcion.cl/informe/>.
- CORDERO, Luis, “Revisitando el control judicial en la emergencia”, *Diario El Mercurio*, 31 de marzo de 2021.
- DEL POZO, José, *Historia de América Latina y del Caribe. Desde la independencia hasta hoy*, Santiago, LOM Ediciones, 2015.
- DIAMOND, Larry, “Facing up to the democratic recession”, *Journal of Democracy*, vol. 26, n.º 1, 2015, pp. 141-155.

- FEIERSTEIN, Daniel, *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi, *Principio Iuris*, vol. 2, *Teoría democrática*, Madrid, Trotta, 2011.
- FORSTER, Ricardo, *La sociedad invernadero*, Madrid, Akal, 2019.
- GARCÍA, Jairo, “Latinoamérica: entre la democracia y el autoritarismo”, *Estudios Políticos*, vol. 41, 2012, pp. 15-35.
- HUQ, Aziz y Tom GINSBURG, “How to lose a constitutional democracy”, *Ucla Law Review*, vol. 65, n.º 78, 2018, pp. 80-169.
- KABASAKAL, Zehra, “The new authoritarianism in Turkey: Prospects beyond the democracy façade”, <https://www.21global.ucsb.edu/global-e/march-2020/new-authoritarianism-turkey-prospects-beyond-democracy-fa-ade>.
- KARMY, Rodrigo, *El fantasma portaliano. Arte de gobierno y república de los cuerpos*, Temuco, Ediciones Universidad de La Frontera, 2022.
- LANDA, César, “La fuerza normativa de la Constitución”, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Fuerza normativa de la Constitución*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2011.
- LANDAU, David, “Abusive constitutionalism”, *UCDL Review*, vol. 47, 2013, pp. 188-260, https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/47/1/articles/47-1_Landau.pdf.
- LESGART, Cecilia, “Autoritarismo. Historia y problemas de un concepto contemporáneo fundamental”, *Perfiles latinoamericanos*, vol. 28, n.º 55, 2020, pp. 349-371, <https://doi.org/10.18504/pl2855-014-2020>.
- LEVITSKY, Daniel y Steven ZIBLATT, *Cómo mueren las democracias*, Barcelona, Ariel, 2018.
- LUST, Ellen y David WALDNER, “Unwelcome change: understanding, evaluating, and extending theories of democratic backsliding”, 2015, https://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PBAAD635.pdf.
- MAINWARING, Scott y Aníbal PÉREZ, *Democracias y dictaduras en América Latina. Surgimiento, supervivencia y caída*, México, Fondo de Cultura Económica, 2020.
- MATAMALA, Daniel, *Poderoso caballero. El peso del dinero en la política chilena*, Santiago, Catalonia – UDP, 2015.
- NASH, Claudio, “Corrupción, democracia, Estado de derecho y derechos humanos. Sus vínculos y sus consecuencias”, en *Corrupción, Estado de derecho y derechos humanos. Estudio de Casos*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2019.
- NASH, Claudio, *Infranqueables. La protección de derechos humanos en tiempos autoritarios*, tomo I, Santiago, Editorial Universitaria, 2021.
- NASH, Claudio, *Infranqueables. La protección de derechos humanos en tiempos autoritarios*, tomo II, Santiago, Editorial Universitaria, 2022.

PAREDES, Juan, “Ciudadanía, participación y democracia. Deuda y Déficit en los 20 años de ‘Democracia’ en Chile”, *Polis*, vol. 10, n.º 28, 2011, pp. 473-499.

PAULINO, Lucas, “Democracias constitucionais em crise: mapeando as estratégias institucionais que levam à erosão democrática”, *Direito, Estado e Sociedade*, vol. 58, 2021, pp. 274-309, <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/1209/687>.

RAMÍREZ, René, *Dictaduras democráticas, autoritarismo neoliberal y revueltas populares en tiempos de Covid-19*, 2020, <https://www.alainet.org/es/articulo/207120>.

Rosso, Lucila y Daniel FILMUS, *et al.*, *Las sendas abiertas en América Latina: aprendizajes y desafíos para una nueva agenda de transformaciones*, Buenos Aires, Clacso, 2019.

SALAZAR, Gabriel, *La violencia política en las “grandes alamedas”*, Santiago, LOM Ediciones, 2006.

SALAZAR, Gabriel y Julio PINTO. *Historia contemporánea de Chile*, vol. I, *Estado, legitimidad, ciudadanía*, Santiago, LOM Ediciones, 1999.

SALMORÁN, María, “Democracia y los rostros de la autocracia”, en María SALMORÁN (ed.), *Poder, democracia y derechos. Una discusión con Michelangelo Boero*, México, UNAM, 2019.

SCHEPPELE, Kim, “Autocratic legalism”, *Chicago Law Review*, vol. 85, n.º 2, 2018, pp. 545-583, https://lawreview.uchicago.edu/sites/lawreview.uchicago.edu/files/11%20Scheppelle_SYMP_Online.pdf.

TORRES, Osvaldo, “Defensores y defensoras de Derechos Humanos”, en *El estallido de las violaciones a los derechos humanos. Informe sobre los derechos humanos en Chile (18 de octubre de 2019 - 12 marzo de 2020)*, Santiago, Heinrich Böll Stiftung, 2020, pp. 84-119.

VAROL, Ozan, “Stealth authoritarianism”, *Iowa Law Review*, vol. 100, n.º 4, 2015, pp. 1673-1742.

ARTÍCULO PRESENTADO EL 14 DE OCTUBRE DE 2024.

LA PROTECCIÓN JUDICIAL DE LA DEMOCRACIA Y DEL ESTADO DE DERECHO: AMENAZAS Y REACCIONES PARA ENFRENTAR LA DERIVA AUTORITARIA Y EL POPULISMO CONSTITUCIONAL

Jorge Ernesto Roa Roa*
Juan José Aristizábal**

INTRODUCCIÓN

La democracia es el único sistema que la humanidad ha inventado hasta ahora para asegurar que la población viva en una sociedad “pacífica, próspera y libre”.¹ En 2024, el Consejo de Europa definió los diez principios de Reikiavik para proteger la democracia. Allí se apuesta por una democracia deliberativa, que combata la desinformación, luche contra la corrupción e invierta en un futuro democrático e inclusivo. Se trata de una reacción del Consejo de Europa en la que sus 46 Estados reafirmaron con toda contundencia que la Federación Rusa “será el primer y el último país” que rompe con los valores de esa organización.²

Este ejemplo europeo y su reacción solo ratifica que las democracias en el mundo se encuentran en un proceso de degradación. Este movimiento ya no ocurre exclusivamente, como antes, con violentos golpes de Estado, sino con un

* Abogado constitucionalista. Consultor internacional en derechos humanos y arbitraje. Fue magistrado auxiliar de la Corte Constitucional de Colombia. Profesor de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona y de la Universidad de las Américas, Quito (Ecuador). jorge_roaroa@gmail.com.

** Abogado, Universidad de Caldas; magíster en Derecho Constitucional, Universidad Externado de Colombia. Es funcionario de la Corte Constitucional de Colombia. juanj.aristizabal@gmail.com.

¹ Steering Committee on Democracy – CDDEM, “Reykjavík Principles for Democracy”, <https://www.coe.int/en/web/steering-committee-on-democracy/10-principles-for-democracy>.

² Council of Europe, State of democracy, human rights and the rule of law. An Invitation to Recommit to the Values and Standards of the Council of Europe, Report of the Secretary General of the Council of Europe, 2023.

gradual y sutil traslado hacia instituciones y prácticas autoritarias y antidemocráticas. Las guerras ya no se declaran, ocurren en forma de invasiones, reclamos territoriales o desproporcionados ejercicios de defensa preventiva. En los países en los que no se ha llegado a tanto, la erosión democrática ha sucedido mediante un proceso paulatino y “como resultado de una serie de cambios que parecen ser limitados si se miran por separado, pero capaces de determinar un declive general de la democracia liberal si se les considera en conjunto”.³ Latinoamérica, y Colombia en particular, no son ajenas a este contexto. Como se mostrará más adelante en esta introducción, el país y la región han enfrentado sucesos de erosión democrática y crisis profundas del Estado de derecho.

Algunas de las herramientas utilizadas para este declive antidemocrático son “ataques a la independencia del poder judicial, la cooptación de tribunales constitucionales y organismos independientes por mayorías políticas, control de los medios de comunicación, restricción del derecho de expresión y reunión, compresión de la autonomía territorial”.⁴ Todo ello en el contexto del protagonismo paternalista del poder Ejecutivo o de un líder populista que se presenta a sí mismo como representante del pueblo.

El deterioro democrático se puede identificar, al menos, en cinco aspectos:

... a) la concentración de poder en los ejecutivos y el debilitamiento de la separación de poderes; b) el abuso de derechos por parte de los individuos y el abuso de poder por parte de las entidades públicas; c) la ampliación del papel de los jueces en las decisiones políticas discrecionales, con un mayor debilitamiento de la separación de poderes; d) una enorme extensión del modelo de expertos en la administración pública y en las organizaciones y procedimientos de gobierno, junto con la delegación de poderes políticos discretionales; e) la abdicación, por meras razones económicas, del papel pedagógico de las liberdemocracias, con el mensaje subyacente e implícito de que incluso las democracias liberales ya no creen tanto en sus valores fundacionales.⁵

Por su parte, la noción de imperio de la ley (*rule of law*) –que aparece como intimamente ligada a la idea del Estado de derecho⁶– es “un ideal en un conjun-

3 Valentina Carlino, Tania Groppi y Giamaria Milani, “Preface”, *Framing and diagnosing constitutional degradation*, Siena, Editore Consulta OnLine, 2022, p. VII.

4 *Idem*.

5 Maria Perini, “Introduction”, en Valentina Carlino, Tania Groppi y Giamaria Milani, *Framing and diagnosing constitutional degradation*, Siena, Editore Consulta OnLine, 2022, p. 4.

6 Gianmario Demuro, “Populism and constitutional degradation”, en Valentina Carlino, Tania Groppi y Giamaria Milani, *Framing and diagnosing constitutional degradation*, Siena, Editore Consulta OnLine, 2022, p. 5.

to de valores que dominan la moralidad política liberal”.⁷ La consecuencia más importante del imperio de la ley es que las personas en posiciones de autoridad ejercen su poder dentro un marco coercitivo de normas públicas y no de una manera arbitraria.⁸ Se requiere que los ciudadanos respeten y cumplan las normas, incluso si están en desacuerdo con ellas, y que la ley sea la misma para todos, a fin de que nadie sea inmune y que todos tengan el mismo acceso a la protección otorgada por el derecho.⁹

En esta dimensión, el World Justice Project ha identificado al *rule of law* como un conjunto de cuatro principios universales: 1) el gobierno y sus oficiales son responsables ante la ley; 2) las leyes son claras, públicas, estables, justas y protegen los derechos fundamentales; 3) el proceso de aplicación de las normas es accesible, justo y eficiente; 4) el acceso a la justicia es llevado a cabo por adjudicadores, abogados, jueces y representantes competentes, independientes, en la suficiente cantidad y con los recursos adecuados.¹⁰

Los dos elementos se conectan: la crisis de la democracia se relaciona de manera estrecha con el declive del Estado de derecho. Los valores que comparte el constitucionalismo liberal –democracia, legalidad, igualdad, entre otros– se deben ver de manera integrada. Entre ellos refuerzan una idea según la cual la democracia constitucional se defiende en diferentes frentes: la política, el derecho, la economía y la moral. Un sistema que no respete los derechos humanos fundamentales no puede ser asociado al término de *imperio de la ley*, y no se puede afirmar que exista un imperio legítimo de la ley si esta no es compatible con los derechos humanos.¹¹

Vista desde esas dos dimensiones (democrática y *rule of law*), la crisis del Estado de derecho es correlativa o proporcional a la crisis de la democracia. No se podría mantener que la democracia goza de buena salud mientras que ha fenecido el Estado de derecho, o que este se encuentra optimizado en un contexto antidemocrático. Si se tiene en cuenta esa relación, resulta preocupante saber que solo el 6,6% de la población mundial vive bajo regímenes completamente

⁷ Jeremy Waldron, “The Rule of Law”, en Edward Nouri Zalta y Uri Nodelman, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, California, Stanford, 2023, <https://plato.stanford.edu/archives/fall2023/entries/rule-of-law>.

⁸ *Idem*.

⁹ *Idem*.

¹⁰ Mark David Agrast, Juan Carlos Botero y Alejandro Ponce, *Rule of Law Index 2011*, Washington, The World Justice Project, 2011, p. 9.

¹¹ *Idem*. Waldron, “The Rule of Law”, *op. cit.*

democráticos.¹² Ello ha llevado a que en Europa se establezcan sistemas de condicionalidad que tienen como objetivo proteger sus democracias. En esos modelos, los fondos de la Unión Europea (i. e. *next generation*) se condicionan a que los Estados beneficiarios satisfagan unos estándares mínimos de Estado de derecho (imperio de la ley, democracia y derechos humanos). En especial, en relación con el respeto por la independencia judicial, un sistema de justicia imparcial, la alternancia en el poder y las garantías de los derechos fundamentales de las minorías.¹³

América Latina carece –desgraciadamente– de un sistema de integración política y económica que tenga la capacidad de articular un modelo de condicionalidad de fondos con base en los estándares de democracia y derechos humanos. Una de las tareas de la agenda de investigación es el desarrollo de la Carta Democrática Interamericana y de un esquema de condicionalidad que promueva el cumplimiento de las decisiones de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos. En cuanto ello ocurre, la erosión democrática regional (i. e. Venezuela, Nicaragua o México) avanza y profundiza los déficits sistémicos de los Estados de la región, sin que haya una salvaguarda internacional sólida que detenga la crisis democrática.

Colombia no es ajena a este fenómeno. Aunque siempre se le ha considerado como una democracia estable, lo cierto es que el país tiene una débil cultura de la legalidad. La ley no es la *razón para la acción* de la mayor parte de la población, la autoridad solo se respeta en cuanto tiene fuerza coercitiva y el poder simbólico del derecho es una aspiración lejana. No solo se trata de un Estado que no ha logrado construir una democracia moderna debido a los conflictos armados, los altos índices de pobreza y la baja institucionalización, sino que es permeable a giros autoritarios (de orden nacional y local) que se basan en la priorización de la seguridad como elemento y objetivo fundamental de la política pública. En la medida en que la violencia se extiende a otros países de América Latina, la fe en la fuerza como la mejor reacción estatal se extiende proporcionalmente y su mejor mesías es siempre el –ya poderoso– presidente de la República o una reacción parlamentaria de corte autoritario como ocurre en Brasil, Ecuador y Perú.¹⁴

¹² EIU report, “Democracy Index 2024”, *Economist Intelligence*, <https://www.eiu.com/n/campaigns/democracy-index-2024/>.

¹³ Niels Kirst, “Rule of Law Conditionality: The Long-Awaited Step Towards a Solution of the Rule of Law Crisis in the European Union?”, *European Papers*, vol. 6, n.º 1, 2021, pp. 101-110.

¹⁴ Antonia Laborde, “Los ciudadanos de Ecuador, Costa Rica, Chile y Uruguay se abren a la ‘mano dura’ contra la inseguridad”, *El País*, 20 octubre 2024, <https://elpais.com/chile/2024-10-21/los-ciudadanos-de-ecuador-costa-rica-chile-y-uruguay-se-abren-a-la-mano-dura-para-combatir-las-crisis-de-seguridad.html>.

Esta crisis democrática ha recibido –como la mayor parte de los problemas sociales de las últimas tres décadas– una respuesta fuerte –y casi exclusiva– desde el Poder Judicial. La Corte Constitucional de Colombia ha enfrentado este deterioro al controlar el constitucionalismo abusivo, evitar las derivas autoritarias de alto alcance y enfrentar la desigualdad estructural. En este trabajo se exploran algunas de las causas de la crisis y las respuestas que han encontrado por parte de la Corte. Bajo esta perspectiva, el Poder Judicial se erige en un mecanismo de constitucionalismo transformador, que no solo está preocupado por cumplir las promesas de la Constitución, sino por el mantenimiento de la regularidad democrática del sistema. Ello lo dota de mayor legitimidad, pero, al mismo tiempo, lo convierte en un blanco de los ataques antidemocráticos.

Como se mostró, para algunos autores, uno de los signos de deterioro democrático es “la ampliación del papel de los jueces en las decisiones políticas discrecionales, con un mayor debilitamiento de la separación de poderes”.¹⁵ Ello ha sido sostenido también por Charles Taylor, quien afirma que una de las consecuencias de lo que él llama *fragmentación social* en Norteamérica es que “asuntos que en otras sociedades determina la legislación, después de ser objeto de debate, y en ocasiones de compromiso, entre diferentes opciones, se consideran temas propios de decisión judicial a la luz de la Constitución”.¹⁶ En este capítulo consideramos que la actividad judicial *responde* al deterioro democrático y contribuye a su solución. Cuando el control judicial se convierte en el único camino para lograr las promesas constitucionales, se presenta una mayor judicialización. Como se verá a lo largo de este texto, cuando los jueces se toman en serio su rol transformador, no son un factor adicional de erosión, sino que se convierten en actores centrales para la protección de los derechos y la promoción del cambio social. Lejos de ser una forma de activismo judicial, se trata de la reacción prodemocrática y el cumplimiento de una obligación para defender la democracia, el Estado de derecho y las promesas constitucionales.

CAUSAS ESTRUCTURALES DE LA CRISIS DEL ESTADO DE DERECHO EN COLOMBIA

Es posible identificar muchas causas y manifestaciones estructurales para la crisis de la democracia y del Estado de derecho en Colombia. Este capítulo se concentra en tres de ellas: el constitucionalismo conservador, la erosión democrática que propicia el constitucionalismo abusivo y la profunda desigualdad estructural en

¹⁵ María Perini, “Introduction”, *op. cit.*

¹⁶ Charles Taylor, *La ética de la autenticidad*, Barcelona, Paidós, 2018, p. 139.

la región. Debido a su dimensión y especialidad, en la parte final del capítulo se aborda de manera independiente el creciente populismo constitucional.

Una visión global de América Latina demuestra que ha retornado el tiempo del abuso de los estados de excepción. Después de la pandemia, la utilización de esa figura ha vuelto a ser común y ha vuelto a integrar el paisaje en el que las democracias son *temporalmente* menos democráticas¹⁷ en países como El Salvador¹⁸ o Ecuador.¹⁹ A pesar de su aparente estabilidad democrática, Colombia no es ajena a esa realidad. Durante la pandemia se abusó del estado de emergencia mediante dos declaratorias continuas; estas le permitieron al Ejecutivo expedir más de un centenar de decretos. La constante presencia del narcotráfico, las bandas criminales, los grupos armados residuales, las disidencias de la guerrilla de las FARC, los traficantes de personas y otros actores armados clásicos (guerrillas) facilitan la tentación de utilizar la fuerza, declarar estados de excepción o atribuir un poder excesivo a las Fuerzas Armadas; la figura del presidente como su supremo comandante refuerza su rol individual y concentra en el Ejecutivo un gran poder funcional, presupuestal y administrativo.

La Corte Constitucional tiene una función esencial de mantenimiento de las condiciones básicas del sistema democrático en un contexto en el que el Congreso trata de recuperar el protagonismo en la agenda social del país en medio de un panorama de profunda deslegitimación y percepción de distancia con la ciudadanía. La politización de los poderes, el riesgo de acciones facciosas, el incumplimiento de las decisiones de los tribunales internacionales de derechos humanos y la ausencia de un funcionariado de carrera que se sustituye con personal contratado precariamente mediante elecciones discretionales añaden factores al deterioro del Estado de derecho. A todo ello se suman el constitucionalismo conservador, el constitucionalismo abusivo y el gran drama de la pobreza y la desigualdad.

¹⁷ Andrej Zwitter, “The rule of law in times of crisis: A legal theory on the state of emergency in the liberal democracy”, *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, vol. 98, n.º 1, 2012, pp. 95-111, <http://www.jstor.org/stable/24769102>.

¹⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Informe Estado de excepción y derechos humanos en El Salvador*, New York, OEA, 2024, https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2024/Informe_ExcepcionDDHH_ElSalvador.pdf.

¹⁹ EFE, “Daniel Noboa declara un nuevo estado de excepción que incluye Quito y seis provincias de Ecuador”, *EFE*, 3 octubre de 2024, <https://efe.com/mundo/2024-10-03/ecuador-noboa-estado-excepcion/>.

El constitucionalismo conservador: la crítica empírica al constitucionalismo transformador

Uno de los riesgos más sutiles y peligrosos para el Estado de derecho en toda la región es el constitucionalismo conservador. Se trata de una forma de pensar las herramientas (algunas novedosas) del constitucionalismo para mantener las estructuras de discriminación, desigualdad y erosión democrática. Incluso, el constitucionalismo conservador enfila sus críticas contra los mecanismos de transformación social por medio del derecho (i. e. tutela, amparo o litigio estructural) y se ensaña contra la ineeficacia de algunas de estas herramientas como prueba de su ilegitimidad.

En este ámbito, el constitucionalismo conservador critica el control de las reformas constitucionales que han servido para mantener la democracia y evitar el constitucionalismo abusivo; desdeña la figura del estado de cosas inconstitucional (ECI), que ha visibilizado problemas de minorías insulares o discretas, y rehúsa la ampliación social de la agenda de los tribunales a los derechos sociales o del medio ambiente. En general, todo mecanismo novedoso creado para enfrentar la desigualdad, la pobreza o la destrucción de la democracia es objeto de críticas agudas por parte del constitucionalismo conservador.

Uno de los ejes centrales del constitucionalismo conservador latinoamericano es que utiliza el argumento empírico para rechazar al constitucionalismo transformador. El primero acusa al segundo de constituir una falsa promesa o una ilusión vacía que *no ha servido para cambiar nada*. De esa forma, el constitucionalismo conservador esconde veladamente su comodidad con esa situación. El fracaso del constitucionalismo transformador constituye una especie de oxígeno para el conservador. En realidad, los problemas de eficacia de la intervención judicial estructural y transformadora son asumidos como un triunfo por parte de esa inercia delirante e indolente frente a la situación de los seres humanos que sufren la vulneración de sus derechos.

El mayor peligro del constitucionalismo conservador latinoamericano es que ha llegado para denunciar todas las formas nuevas y contemporáneas del constitucionalismo transformador. Para ello, apela a los argumentos más viejos de la ilegitimidad democrática y las objeciones superadas a los elementos básicos del Estado constitucional moderno. Con esa punta de lanza, el conservadurismo tiene el objetivo –pocas veces explícito– de afincar a la sociedad en el pasado tanto de la teoría constitucional como de sus remedios estructurales. Y, por ende, la conduce por una senda que impide resolver los problemas por los que hipócritamente afirma estar preocupado.

El argumento empírico que se aduce contra el constitucionalismo transformador (“no ha cambiado nada”) es, en realidad, el de la resignación conservadora. Criticar el modelo constitucional porque los problemas sociales estructurales le sobrepasan, y pretender cambiar los pocos mecanismos que existen para enfrentarlos es proponer, muchas veces sin saberlo, destruir las pocas herramientas que se han creado para avanzar socialmente. Ese es el peligro del constitucionalismo conservador, por esa razón, se fascina con la idea del activismo judicial y la erige como una de sus banderas. Todo ello sin tomarse el trabajo siquiera de precisar lo que significa contextualmente el activismo o de filtrar el concepto por el tamiz del rol que le corresponde a cada uno de los poderes en las democracias deficitarias. Este trasplante conceptual no ocurre por desconocimiento, sino por audacia y, en varias ocasiones, por una cierta pereza intelectual. Bajo esa lógica del conservadurismo latinoamericano, siempre es mejor destinar los esfuerzos intelectuales a criticar los avances (aunque sean insatisfactorios y mejorables), que pensar en construir con ideas propias una comprensión social y un mecanismo constitucional para responder a los acuciantes problemas de la vida en comunidad en Latinoamérica.

Por ello, es importante aclarar que el constitucionalismo transformador no es conservador; es un constitucionalismo que enfrenta la realidad social, y se incomoda con la desigualdad, la pobreza y la miseria. El constitucionalismo transformador incluye tanto la aspiración como los mecanismos para reaccionar frente al estado de cosas de incumplimiento (muchas veces doloso y otras negligente o culpable) de las promesas constitucionales. El constitucionalismo transformador nunca es conservador en el sentido de una comodidad inerte con las causas y las consecuencias de los problemas sociales de los países de la región.

Por el contrario, el constitucionalismo conservador sí puede –sin darse cuenta– ser transformador. Cuando ocurren retrocesos sistémicos, la conservación de los avances y de las estructuras constitucionales democráticas es transformadora. Es un avance en medio del retroceso, y constituye un punto fijo y un ancla cuando este ocurre. De manera que los constitucionalistas conservadores, muchas veces sin saberlo, son también transformadores. Pero los constitucionalistas transformadores no son conservadores.

La erosión democrática y el constitucionalismo abusivo

La erosión democrática se refiere al “riesgo de un deterioro lento, pero en última instancia sustancial, de los márgenes del Estado de derecho, los derechos

democráticos y liberales”.²⁰ En América Latina, este problema ocurre de manera particularmente grave. A pesar de que no han existido golpes de Estado violentos en las últimas décadas,

... no deberíamos olvidar que los países latinoamericanos tienen una larga y trágica historia de abusos políticos; restricción de derechos; violaciones de la Constitución; y poderes de emergencia que fueron adoptados rápidamente en tiempos de crisis y luego retenidos por las autoridades ejecutivas, incluso muchos años después de que la crisis se hubiera desvanecido por completo.²¹

En la actualidad, uno de los mecanismos de erosión democrática más peligroso y utilizado es el constitucionalismo abusivo. Este “implica el uso de mecanismos de cambio constitucional –reforma constitucional y sustitución constitucional– para debilitar la democracia”.²² En concreto, el fenómeno se presenta cuando los titulares del poder (personas o partidos políticos) acuden a estos mecanismos de cambio constitucional para asegurar su permanencia (ilimitada) en el poder y reducir el control político y judicial al que deberían estar sometidos en un régimen plenamente democrático.

El constitucionalismo abusivo se denomina *constitucionalismo* porque, en relación con las dictaduras y los totalitarismos, es una forma más sutil de concentración del poder que no desconoce totalmente el régimen constitucional, la estructura básica del Estado y la garantía formal de las libertades fundamentales. Se denomina *abusivo* porque materialmente destruye los cimientos y le resta eficacia a la democracia, al pluralismo político y a los derechos fundamentales. Por esa doble condición, Mark Tushnet ha señalado que el constitucionalismo abusivo es una manifestación de la *paradoja de la tolerancia liberal*, porque implica la utilización de mecanismos del constitucionalismo liberal para eliminar las propias bases del liberalismo.²³

Tushnet y Landau coinciden en que el constitucionalismo abusivo no tiene el potencial de convertir al régimen constitucional en una dictadura o en

²⁰ Tom Ginsburg y Aziz Huq, *How to save a Constitutional Democracy*, Chicago, The University of Chicago Press, 2018, p. 39.

²¹ Jorge Ernesto Roa Roa y Roberto Gargarella, *Diálogo democrático, emergencia en América Latina*, Heidelberg, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL), 2020, p. 5.

²² David Landau, “Abusive constitutionalism”, *University of California Davis Law Review*, vol. 47, 2013, p. 191.

²³ Mark Tushnet, “Varieties of constitutionalism”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 14, n.º 1, 2016, pp. 2 y 3.

un totalitarismo. No obstante, reconocen que sí tiene la capacidad de crear las condiciones de hegemonía de un movimiento o partido, obstruir los canales del cambio político y reducir la garantía de los derechos.²⁴ En un contexto más amplio, el uso de reformas constitucionales abusivas se complementa con la clausura de los espacios para los sectores de oposición, el monopolio de la información, el aumento del fraude electoral, la cooptación de los parlamentos, tribunales, órganos de control o de veeduría y la vulneración de los derechos de las minorías.²⁵

En el constitucionalismo global se pueden encontrar experiencias recientes de constitucionalismo abusivo, *inter alia*, en Bolivia, Colombia, Ecuador, El Salvador, Hungría, Nicaragua, México, Turquía, Rusia y Venezuela.²⁶ En todos estos países se ha reformado la Constitución para garantizar la permanencia de líderes populares en la presidencia, y se han utilizado los mecanismos de cambio constitucional para reducir los derechos de la oposición, limitar la independencia de los jueces y aumentar la concentración del poder.

Además de estos casos, Brasil enfrentó una de las amenazas más fuertes a la democracia bajo el gobierno del presidente Jair Bolsonaro. Bajo ese régimen se amenazó la independencia de los poderes, se instaló un discurso de discriminación (anti-LGBTIQ+), se adoptaron decisiones que fueron *errores claros* en materia de derechos humanos (i. e. la campaña “Brasil no para” durante la pandemia del covid-19 que causó más de 711.000 muertos),²⁷ y se instaló un populismo de derecha que promovió sin sonrojos el gobierno de los militares o el regreso de la dictadura. Esa amenaza tuvo uno de sus puntos más álgidos en los hechos del 8 de enero de 2023. Ese día, cientos de personas fueron convocadas a la Plaza de los Tres Poderes (Praça dos Três Poderes) en la ciudad de Brasilia para invadir las instalaciones del Congreso, el Supremo Tribunal Federal y el Palacio de Planalto.²⁸ Esa incursión no fue un mero símbolo antidemocrático, ni se limitó

²⁴ Landau, “Abusive constitutionalism”, *op. cit.*, p. 195.

²⁵ *Ibid.*, pp. 199-200. Que las estrategias de fuerza han variado por otras más sutiles, lo demuestra con claridad Ozan Varol, “Stealth Authoritarianism”, Portland, Lewis & Clark Law School Legal Studies, 2014.

²⁶ Landau, “Abusive constitutionalism”, *op. cit.*, p. 191. Sobre Hungría, Turquía y Rusia, ver Rosalind Dixon y David Landau, “Transnational constitutionalism and a limited doctrine of unconstitutional constitutional amendment”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, n.º 3, 2015, p. 607.

²⁷ A pesar de que no fue el país con más casos, ni el más poblado, Brasil es el segundo país del mundo en el que más personas murieron por causa del covid-19. Worldometer, “COVID-19 Coronavirus Pandemic”, <https://www.worldometers.info/coronavirus/>.

²⁸ Naiara Galarraga Gortázar, “Miles de partidarios de Bolsonaro asaltan el Congreso, la Presidencia y el Supremo de Brasil”, *El País*, 8 de enero de 2023, <https://elpais.com/internacional/2023-01-08/cientos-de-partidarios-de-bolsonaro-invaden-el-congreso-de-brasil>.

a la destrucción de algunas edificaciones y enseres de valor histórico, cultural y civil. Tal y como se investiga por las autoridades judiciales de ese país, se trataba de una parte de la estrategia para movilizar al ejército en contra del gobierno democráticamente elegido de Luiz Inácio Lula da Silva.²⁹ La forma como resistió la democracia brasileña con el rol fundamental del Supremo Tribunal Federal en esa ocasión, y en los días posteriores, es un ejemplo fabuloso del rol que pueden jugar el derecho y los tribunales con la cooperación de los demás poderes del Estado con el fin de proteger el sistema democrático.

Al poner la lupa en el caso colombiano, es posible identificar varios casos de constitucionalismo abusivo que han sido, a la postre, frenados por la Corte Constitucional. En este capítulo se describirán algunos de esos eventos.

En primer lugar, Colombia enfrentó un grave intento de erosión democrática a través de la clásica estrategia de perpetuar a un líder popular en el poder mediante la modificación de previsiones constitucionales que prohibían la reelección presidencial. En efecto, mediante la Ley 1354 de 2009, el Congreso pretendía convocar a un referendo para reformar la Constitución y permitir una segunda reelección para el presidente de la República. El diseño original de la Constitución de 1991 no permitía la reelección. Sin embargo, la Constitución ya había sido reformada en 2004 –mediante el Acto Legislativo 2 de ese año– para permitirla de manera inmediata y por una sola vez. Este intento de reforma fue impulsado por un presidente altamente popular para la época y que contaba con amplias mayorías en el Poder Legislativo.³⁰ De manera que, tanto la primera reforma efectiva a la Constitución como el intento de reformarla en una segunda ocasión fueron pensadas para beneficiar directa e inmediatamente a la misma persona del presidente Álvaro Uribe Vélez.

Este primer intento de instalar a la misma persona en la Presidencia de la República mediante un referendo reformatorio de la Constitución fue evitado por la Corte Constitucional. En la Sentencia C-141 de 2010, la Corte estableció que la propuesta de reforma constitucional que se le iba a consultar al pueblo

html; Jack Nicas, y Simon Romero, “Moriremos por Brasil”: así fue como una turba de extrema derecha intentó derrocar a Lula, *The New York Times*, 17 de enero de 2023, <https://www.nytimes.com/es/2023/01/17/espanol/brasil-ataque-bolsonaro.html>.

29 Congresso Nacional, Comissão Parlamentar Mista de Inquérito dos Atos de 8 de Janeiro de 2023 (Instituída pelo Requerimento nº 1, de 2023), Relatório final, https://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2023/10/17/relatorio-cpmi-versao-consolidada_231017_100010.pdf.

30 De acuerdo con el portal de noticias *El Colombiano*, su popularidad promedió el 72% en sus ocho años de mandato. Ver *El Colombiano*, “La de Uribe, una histórica popularidad”, *El Colombiano*, 5 de agosto de 2010, https://www.elcolombiano.com/historico/la_de_uribe_una_historica_popularidad-HVEC_99428.

implicaba una sustitución de varios pilares básicos de la Constitución (i. e. igualdad, principio democrático, alternancia en el ejercicio de los cargos públicos). Además, se había incurrido en dos decenas de vicios graves de procedimiento al tramitar la ley que convocaba al referendo. Por esa razón, el tribunal declaró la inconstitucionalidad de esa iniciativa de consulta popular con fines de enmienda constitucional.

En segundo lugar, el caso de la segunda reelección no es la única oportunidad en la cual la Corte ha hecho uso de la *teoría de la sustitución* –o el control a reformas constitucionales inconstitucionales– para revisar actos del legislador tendientes a afectar los derechos fundamentales o afectar la separación de poderes. Por ejemplo, mediante el Acto Legislativo 1 de 2020, el Congreso reformó el artículo 34 de la Constitución y eliminó la prohibición de la pena de prisión perpetua a fin de incorporar la figura de *prisión perpetua revisable* para quienes cometieran homicidio o delitos sexuales contra niños, niñas y adolescentes. La Corte encontró que el acto legislativo sustituyó la Constitución y que

... la prisión perpetua genera una anulación del ejercicio de la libertad personal y la vulneración de múltiples derechos fundamentales, que tiene como consecuencia inevitable, el desconocimiento de la dignidad humana de la persona condenada. Debe reiterarse que la esperanza de reintegración social de la persona que comete un delito, después que purgue una condena necesaria, razonable y proporcionada, es una expresión de la dignidad humana. Anular esta esperanza sustituye un elemento estructural de la Constitución Política.³¹

Otro caso en el cual la Corte aplicó la doctrina de la sustitución fue respecto de la reforma a la Rama Judicial. Mediante el Acto Legislativo 2 de 2015 se implementó una modificación que creaba una instancia de gobierno judicial que permitía la participación del Poder Ejecutivo en el cuerpo de gerencia del Poder Judicial. Además, los miembros del cuerpo de gerencia ya no serían de dedicación exclusiva, sino que debían concurrir a esta función junto con su cargo en otras corporaciones. La Corte estudió la norma y, tras encontrar que la independencia y el autogobierno judicial son ejes fundamentales de la Constitución, concluyó:

Aunque el Congreso tenía amplias potestades para variar el modelo de gestión del Poder Judicial, e incluso para suprimir los órganos creados en la Constitución de 1991 para gobernar y administrar esta Rama del poder público, el nuevo esquema introducido en el Acto Legislativo desbordó el poder de reforma constitucional

³¹ Corte Constitucional, Sentencia C-249 de 2021, párr. 194.

con el que cuenta el Congreso, porque suprimió el principio de autogobierno judicial, como manifestación del principio de separación de poderes y del principio de independencia judicial.³²

En tercer lugar, han existido fenómenos de erosión democrática y de constitucionalismo abusivo que se refieren a la subversión del sistema de fuentes mediante la elusión constitucional. Es importante indicar que en Colombia existe un tipo especial de leyes llamadas *estatutarias*. Estas regulan materias específicas: los derechos y deberes fundamentales y sus garantías, la administración de justicia, el régimen de los partidos y movimientos políticos, los mecanismos de participación ciudadana y los estados de excepción. La aprobación de esas leyes requiere unas mayorías calificadas y un control previo, integral y automático de constitucionalidad.

Sin embargo, existen casos en los que el presidente de la República profiere decretos y regula materias que están reservadas a las leyes estatutarias (elusión constitucional). Esto ocurre cuando una reforma constitucional le ordena al presidente reglamentar determinado asunto que coincide con aquellas materias que tienen reserva estatutaria. En ese caso, la regulación está basada en un mandato directo, concreto y limitado, que fue establecido de manera excepcional en la Constitución. Estos últimos son los llamados decretos estatutarios. La Corte Constitucional ha establecido que tanto las leyes como los decretos estatutarios deben estar sujetos al control previo de constitucionalidad como un requisito para su validez constitucional.³³

En 2016, en Colombia se suscribió el Acuerdo Final para la Paz entre el Gobierno y las FARC-EP. Este acuerdo pretendía finalizar varios años de conflicto interno. Entre las medidas para su implementación, mediante el Acto Legislativo 2 de 2021, se previó la creación de circunscripciones especiales de paz para el Congreso y se otorgaron facultades al Gobierno nacional para regular varios de los elementos de estas circunscripciones. Esto se realizó a través del Decreto 1207 de 2021. Esa regulación tenía fuerza de ley.

De este modo, el gobierno pudo reglamentar una materia estatutaria mediante una expresa autorización constitucional. Recuérdese que la Corte ha indicado que este tipo de decretos está sometido al mismo control de constitucionalidad que las leyes estatutarias, es decir, a la revisión judicial previa. A pesar de ello, el Gobierno profirió el decreto y fue puesto en vigor sin que se realizara

³² Corte Constitucional, Sentencia C-285 de 2016, párr. 10.8.

³³ Jorge Roa Roa y Juan José Aristizábal, “The court speaks first? Problems and challenges of prior judicial review”, *Suprema: revista de estudios constitucionais*, vol. 4, n.º 1, 2024, p. 66, <https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n1.a411>.

este control previo. De este modo, se intentó eludir el control previo y automático de constitucionalidad que le correspondía a la Corte Constitucional.

La reacción de la Corte a este intento de elusión constitucional fue reafirmar su competencia para controlar previamente los proyectos de leyes estatutarias. En la Sentencia C-302 de 2023 se indicó que, cuando el presidente resulta habilitado por una enmienda constitucional para proferir una regulación estatutaria, esa excepción no le permite evadir el control de constitucionalidad. De manera que, el proyecto de decreto estatutario debe ser objeto de un control previo, automático e integral de constitucionalidad. Por esa razón, la Corte declaró la inconstitucionalidad del Decreto 1207 de 2021. Para evitar que la ausencia de regulación pusiera en peligro las nuevas elecciones de las curules especiales para la paz, la Corte le ordenó al Congreso que profiriera las normas estatutarias correspondientes.

En cuarto lugar, el artículo 38 de la Ley 906 de 2005 incluía una prohibición a los gobernadores, alcaldes municipales y distritales, secretarios, gerentes y directores de entidades descentralizadas de los órdenes municipal, departamental o distrital para que en los cuatro meses previos a las elecciones no pudieran realizar varias gestiones contractuales y de ejecución presupuestal. Se trataba de una disposición que buscaba evitar la corrupción y garantizar un proceso democrático transparente y equitativo.

Años más tarde, y con el pretexto de la reactivación económica tras la pandemia por covid-19, a través de la Ley 2159 de 2021 se modificó el régimen de contratación durante el período de las elecciones. El Congreso, mediante una ley ordinaria, modificó el régimen original que les prohibía a las entidades territoriales la suscripción de convenios interadministrativos en los cuatro meses anteriores a los comicios y las autorizó para suscribirlos. La Ley 996 de 2005 era estatutaria, por lo que tenía control previo de constitucionalidad, pero la Ley 2159 de 2021 no fue tramitada como estatutaria y no estaba sometida a este control automático.

Frente a este nuevo intento de elusión constitucional, la Corte Constitucional intervino. En la Sentencia C-153 de 2022, la Corte declaró inexistente la disposición por violar la reserva de ley estatutaria y realizó un fuerte llamado al Congreso. En este dio cuenta de que la actuación adelantada constituía un intento de elusión del control de constitucionalidad que ponía en grave riesgo los principios que guían las elecciones democráticas.³⁴

34 Corte Constitucional, Sentencia C-153 de 2022, párr. 173.

La desigualdad socioeconómica como el drama regional³⁵

No es posible comprender el avance de los fenómenos de erosión democrática en América Latina sin referirse al contexto social en el cual estos operan. La ecuación democrática latinoamericana está profundamente desequilibrada; desafortunadamente, ello ocurre en la misma medida en que se ha mantenido un desequilibrio profundo en la ecuación social. Por esa razón, Colombia ha sido descrito como uno de los países más desiguales en la región más desigual del mundo. Específicamente, Gargarella ha indicado que “el gran drama que enfrenta la región, desde su independencia hasta hoy, y que sigue irresuelto, es el drama de la desigualdad”.³⁶ Igualmente, Piketty señala que “las sociedades esclavistas y coloniales están entre las más desigualitarias de la historia”,³⁷ de manera que América Latina se puede enmarcar bajo esa descripción.

De acuerdo con la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal), para 2021 el 33,8% de la población vivía en situación de pobreza y el 14,4% lo hacía en situación de pobreza extrema.³⁸ En concreto, para el caso colombiano, de acuerdo con el World Inequality Database, para el año 2022 el 10% de la población poseía el 60,6% de la riqueza, mientras que el 50% de la población solo participaba en el 6,9%. La distribución de la tierra no es diferente: para 2017, el 80% de la tierra representaba solo el 1%³⁹ de las Unidades de Producción Agropecuaria (UPA).⁴⁰

35 Esta sección sigue, en lo esencial, el trabajo de Jorge Ernesto Roa Roa y Juan José Aristizábal, “Enfrentar judicialmente la vulnerabilidad y la discriminación: el constitucionalismo transformador igualitario en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia”, en Felipe Franco, Monia Clarissa Henning Leal y Hartmut Rank (eds.), *Activismo Judicial 2: la protección de los grupos vulnerables y la superación de la discriminación estructural*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2025.

36 Roberto Gargarella, *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires, Katz, 2014, p. 347.

37 Thomas Piketty, *Breve historia de la igualdad*, Bogotá, Editorial Planeta, 2021, p. 101.

38 Cepalstat, “Colombia: perfil nacional social-demográfico”, <https://statistics.cepal.org/portal/cepalstat/perfil-nacional.html?theme=1&country=col&lang=es>.

39 Oxfam, *Radiografía de la Desigualdad*, Bogotá, Oxfam Colombia, 2017.

40 El Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) define las UPA como “la unidad de organización de la producción agropecuaria. Debe cumplir con las siguientes condiciones: 1. Produce bienes agrícolas, forestales, pecuarios, acuícolas. 2. Tiene un único productor/a natural o jurídico que asume la responsabilidad y los riesgos. 3. Utiliza al menos un medio de producción como construcciones, maquinaria, equipo y/o mano de obra en los predios que la integran”. DANE, *Censo Nacional Agropecuario*, Bogotá, Departamento Administrativo Nacional de Estadística, 2014.

El impacto de la desigualdad en el Estado de derecho es muy relevante. Rawls defendió que el mínimo de condiciones materiales que se debe reconocer a cada ciudadano debe ser suficiente para que cada uno pueda desarrollarse como una persona libre e igual. Esto se ve en oposición al mínimo social entendido como la satisfacción de las necesidades básicas humanas. Para Rawls, el mínimo debe ser suficiente no solo para satisfacer estas necesidades, sino para garantizar que las personas se vean a sí mismas y a otros como ciudadanos libres e iguales.⁴¹

Robert Lamb expresa esta idea de la siguiente manera: “el capitalismo de bienestar, al operar esencialmente de forma reactiva, no es capaz de otorgar al necesitado los medios para hacer valer su agencia, puesto que, aunque es capaz de satisfacer sus necesidades materiales inmediatas, no lo empodera ni promueve su sentimiento de dignidad”.⁴² Así, para satisfacer los principios de la justicia, no basta con establecer un mínimo que asegure que las personas no sucumban ante el hambre o las enfermedades, sino que debe ir más allá; de esta manera, el contenido mínimo de bienestar social debe asegurar que las personas puedan desarrollarse como ciudadanos libres e iguales.

Por su parte, Sen consideró que el grado de desarrollo de una nación podía ser mejor identificado mediante la utilización de criterios diferentes al clásico baremo del producto interno bruto (PIB), el ingreso *per capita* o de los índices de crecimiento económico. Para Sen, lo fundamental es examinar el grado de expansión de las libertades humanas fundamentales que incluyen tanto los derechos civiles y políticos (libertades intrínsecas) como los derechos económicos, sociales y culturales (libertades instrumentales).⁴³ De allí que hoy exista un índice de pobreza multidimensional, y que muchos países se refieran a la felicidad como un mejor indicador del bienestar de la población.⁴⁴

Visto de este modo, la desigualdad implica una crisis del Estado de derecho porque impide la inclusión de ciertos grupos en la sociedad. No cabe duda de que los ciudadanos hambrientos o sin techo no acuden a las urnas y no se interesan por el destino político de una sociedad que los ha excluido o sobre la que sienten que no pueden influir. En este mismo sentido, y como lo ha sostenido la doctrina,

... la reducida posibilidad de movilidad social, las dificultades de la vida cotidiana derivadas de los recortes en el gasto público, las incertidumbres de un futuro que parece depender de variables incontrolables, generan, en las multitudes de

41 John Rawls, *La justicia como equidad: una reformulación*, Barcelona, Paidós, 2001, p. 177.

42 Robert Lamb, *La propiedad*, Madrid, Alianza Editorial, 2021, p. 228.

43 Amartia Sen, *Desarrollo y libertad*, Buenos Aires, Planeta, 1999.

44 United Nations Development Programme (UNDP), *2023 Global Multidimensional Poverty Index (MPI): Unstacking global poverty: Data for high impact action*. New York, UNDP, 2023.

ciudadanos de las democracias occidentales, una multiplicidad de emociones negativas: resentimiento, envidia, desconfianza, inseguridad, miedo e incluso ira.⁴⁵

La Corte Constitucional de Colombia ha tomado nota de esta situación y ha entendido que su rol es examinar esas desigualdades y dar voz a quienes carecen de representación política o están marginados. Sobre las minorías discretas o insulares, el tribunal indicó que este es un concepto que se les puede aplicar a los *grupos vulnerables*. En concreto, la Corte advirtió que se trata de grupos que

... carecen de la capacidad política o de la atención necesaria por parte de las autoridades. Las dimensiones de su debilidad pueden llevar a que el Estado no conozca su existencia (puntos ciegos), no se ocupe de su situación (cargas de inercia) o lo haga mediante medidas insuficientes que no superan las dimensiones estructurales que les sitúan en la vulnerabilidad.⁴⁶

La existencia de estos grupos es reconocida de manera directa por el ordenamiento constitucional colombiano. En el artículo 13 de la Constitución (inciso segundo), el constituyente dispuso un mandato de promoción a favor de los *grupos discriminados* o *marginados*. La Corte Constitucional ha identificado que esos colectivos deben tener las siguientes tres características: primero, que en efecto se trate de un grupo social identificable; segundo, que se encuentre en una situación de subordinación prolongada; tercero, que su poder político esté severamente limitado por condiciones socioeconómicas, de clase o por un prejuicio de los demás.⁴⁷

Sobre las cláusulas de los grupos vulnerables en las constituciones regionales, se ha afirmado que con estas figuras “no se trata de eliminar al individuo del test de igualdad, sino de tener en cuenta su posición en el escalón de las sociedades estratificadas, y de reconocer que pertenece a un colectivo desfavorecido”.⁴⁸ De suerte que, la desigualdad impacta de manera negativa no solo la garantía de las condiciones materiales de existencia, sino que implica un riesgo para el Estado de derecho puesto que construye minorías insulares que están excluidas del proceso democrático y político. El hecho de que la desigualdad sea tan profunda

45 Valentina Carlino, Tania Groppi y Giamaría Milani, “Preface”, *op. cit.*, p. IX.

46 Corte Constitucional, Sentencia C-116 de 2021, párr. 103.

47 Corte Constitucional, Sentencia T-736 de 2015, párr. 31.

48 Martín Aldao, Laura Clérigo y Liliana Ronconi, “A multidimensional approach to equality in the inter-american context redistribution, recognition, and participatory parity”, en Eduardo MacGregor, Mariela Morales, Flavia Piovesan y Armin von Bogdandy, *Transformative Constitutionalism in Latin America*, Oxford, Oxford University Press, 2017, p. 88.

en la región también explica las competencias de intervención de los tribunales constitucionales

EL ROL DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL PARA AFRONTAR LA CRISIS DEL ESTADO DE DERECHO Y LA EROSIÓN DEMOCRÁTICA

En el apartado anterior se estudiaron tres causas de la crisis del Estado de derecho. Estas se analizaron desde el punto de vista colombiano, pero se pueden considerar transversales a América Latina. Ahora cabe preguntarse: ¿cómo se ha respondido en Colombia a estas causas? Una de las respuestas más contundentes viene desde la jurisdicción constitucional. Este apartado se enfocará en mostrar algunas de las respuestas que la Corte Constitucional de Colombia ha proferido frente a cada uno de estos riesgos.

Las respuestas al constitucionalismo conservador: más constitucionalismo transformador

La respuesta al constitucionalismo conservador es el constitucionalismo transformador. No se trata solamente de ubicarse en el fascinante lado progresista del constitucionalismo,⁴⁹ sino de defender el rol transformador del derecho y el carácter aspiracional de las constituciones, así como de una reacción frente a la inacción, la indolencia, la inercia o la negligencia que impide que esas promesas sean efectivas. Resulta útil entender (con respeto) lo que piensa un constitucionalista conservador en cada contexto⁵⁰ y asimilar que el debate trasciende la falsa dicotomía entre restricción judicial y activismo.⁵¹ Para la mayor parte de la población este debate es menor. Lo que más le interesa al ciudadano es quién escucha, qué autoridad atiende un reclamo y cuál oficina tiene la puerta abierta para pedir una prestación.

Es importante diferenciar las críticas poco constructivas del constitucionalismo conservador, de las preguntas importantes que pretenden mejorar la articulación de las herramientas constitucionales para la protección de los derechos.

⁴⁹ Robin West, "Progressive and conservative constitutionalism", *Michigan Law Review*, vol. 88, n.º 4, 1990, pp. 641-721.

⁵⁰ Erwin Chemerinsky, "Progressive and conservative constitutionalism as the United States enters the 21st Century", *Law and Contemporary Problems*, vol. 67, n.º 3, 2004, pp. 53-62, <http://www.jstor.org/stable/27592051>.

⁵¹ Gary Lawson, "Conservative or constitutionalist", *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, vol. 1, 2002.

La pregunta por la (in)eficacia de un ECI es fundamental y está libre de sospecha si apareja un reconocimiento de sus avances e ideas fundamentales para que su funcionamiento sea mejor.

Hoy es esencial reconocer que el litigio estructural es un elemento de la convergencia constitucional. Este se ha extendido, con distintas manifestaciones y expresiones, desde Estados Unidos hasta el Sur global. Es una expansión razonable debido a la existencia en distintos contextos y sociedades de problemas estructurales. Los bloqueos institucionales, las inercias burocráticas y el abandono de los grupos sin poder político son problemas transversales de las democracias modernas.

No es extraño que el lugar donde ocurre el debate actual más fulgurante sobre el estado de cosas inconstitucional sea en Brasil. Sin embargo, la convergencia también ocurre en el ámbito de los límites y las dificultades. El ECI aparece como una herramienta exitosa con una migración razonable hacia Brasil. Pero la expansión de un instrumento también ratifica sus problemas y sus límites. Afrontar los riesgos del Estado de derecho demuestra la necesidad de un derecho comparado, y la imposibilidad de resolver los problemas de manera aislada no solo porque están interconectados, sino porque son comunes. Se trata de abogar por la extensión de un derecho transformador global. Esa idea es factible por la existencia de bloqueos institucionales, inercias burocráticas y abandono de grupos sin poder político en todas las latitudes.

En concreto, sobre los ECI, es importante examinar los límites de este mecanismo de conformidad con la paradoja de lo estructural. En efecto, cuanto más estructural es el problema social, más se justifica la declaración de un ECI; sin embargo, cuanto más estructural es el problema, menor es la probabilidad de que este sea superado o resuelto con una mera intervención judicial. Esa paradoja estructural tiene que ver menos con la habilidad judicial o la capacidad de los tribunales para la transformación social y más con una condición social de fondo: la existencia de una sociedad en estado de cosas inconstitucional generalizado, en la que hay un fuerte peligro para la democracia y el Estado de derecho.

El control al constitucionalismo abusivo y cómo enfrentar la erosión democrática

Como se mencionó, en Colombia han existido múltiples manifestaciones del constitucionalismo abusivo. En concreto, se describieron tres de estas: el intento de establecer una segunda reelección presidencial inmediata; la expedición de un régimen estatutario mediante un decreto sin someterlo al control judicial previo y la flexibilización de las restricciones en la contratación pública durante época electoral mediante una ley que no estaba sometida al control previo de constitucionalidad. ¿Cómo respondió la Corte?

En primer lugar, frente al intento de la segunda reelección, en el año 2010 la Corte se pronunció mediante la Sentencia C-141 de 2010. Allí, se declaró la inconstitucionalidad de la convocatoria a un referendo constitucional.⁵² Además de encontrar muy graves vicios procesales en el trámite de la reforma, la Corte aplicó el juicio o test de sustitución y concluyó que la reforma constitucional que iba a ser sometida a la votación del pueblo implicaba la sustitución de algunos elementos esenciales de la Constitución, como el principio democrático, el principio de igualdad, la alternancia en los cargos públicos y la separación de poderes.⁵³

En relación con la expedición del Decreto Estatuario 1207 de 2021, en la Sentencia C-302 de 2023, la Corte lo declaró inconstitucional porque el presidente lo puso en vigor y omitió su obligación de enviarlo automáticamente ante esta corporación. Algunos ciudadanos presentaron demandas contra el decreto por razones materiales o sustantivas. Sin embargo, la Corte lo declaró inválido por una razón procedural; en concreto, el yerro fue la omisión del presidente de enviarlo para la revisión automática por parte de esta instancia. En esa sentencia, la corporación estableció:

El control de los decretos que regulan las materias de contenido estatutario ha sido abordado desde una perspectiva exigente y de interpretación restrictiva de esas habilitaciones. Aquella se justifica porque, mediante este tipo de normas, el Constituyente derivado altera transitoriamente la competencia para la expedición de las leyes estatutarias. Esto implica que las atribuciones normativas conferidas a órganos –distintos del Congreso– para dictar este tipo de regulación se deben evaluar a partir de su condición excepcional y extraordinaria.⁵⁴

Frente al tercer fenómeno, que consistió en que, mediante una ley ordinaria, el Congreso modificó una ley estatutaria que incorporaba garantías electorales, en la Sentencia C-153 de 2022 la Corte declaró inexistente la norma al encontrar:

... (i) el desconocimiento de la materia estatutaria en esta ocasión; (ii) el hecho de que esta situación fue advertida ampliamente en el Congreso de la República; y (iii) el impacto, dados los límites temporales de la modificación a la ley de garantías

⁵² Corte Constitucional, Sentencia C-141 de 2010, párr. 6.

⁵³ El surgimiento y la evolución del juicio de sustitución en la jurisprudencia constitucional de Colombia se puede consultar en: Paula Robledo Silva y Jorge Ernesto Roa Roa, “La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en el año 2010. Los límites a la reforma de la Constitución, los derechos de las mujeres y los debates comunes a Colombia y España”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, pp. 645-651.

⁵⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-302 de 2023, párr. 76.

promovida por el artículo 124 de la Ley 2159 de 2021, a los principios de frenos y contrapesos, y supremacía constitucional al eludirse el control previo de constitucionalidad ante esta Corporación, así como la afectación a un enunciado normativo con reserva estatutaria que refleja y es expresión de caros principios constitucionales, como la transparencia y equilibrio de la democracia representativa, y el consecuente principio de igualdad electoral.⁵⁵

Estas conductas demuestran que un sistema de justicia constitucional puede detectar y frenar intentos de erosión democrática, sin embargo, el diseño institucional de esos sistemas o salvaguardias es relevante. Como se ha indicado en otros trabajos,⁵⁶ el pilar fundamental para que un sistema de justicia constitucional pueda detectar y combatir con eficacia las manifestaciones del constitucionalismo abusivo consiste en que exista un mecanismo de amplia legitimación activa para que los ciudadanos puedan llevar los casos ante los tribunales. Es lo que se conoce como la democracia sin atajos, que no es otra cosa que permitir que la ciudadanía sea la dueña de la agenda de los órganos de decisión tanto de elección popular como de aquellos que no lo son. Se trata de que las personas puedan acceder con facilidad y sin barreras al control de constitucionalidad como un foro para la protección de la democracia y el Estado de derecho. Este diseño institucional asegura que los tribunales dirigirán la mirada allí donde la ciudadanía lo reclama y no exclusivamente donde los políticos profesionales o los propios integrantes de los tribunales deciden. Asimismo, implica que los procedimientos y las decisiones judiciales aparecen conectadas con los problemas diarios y cotidianos de las personas. De manera que la legitimidad democrática y social de las cortes aumenta en la medida en que ocupan su lugar como foros adecuados para resolver desacuerdos sociales, reclamar la protección de los derechos y proteger el sistema democrático. Mal se podría acusar un déficit democrático de la jurisdicción cuando esta, por petición libre de la ciudadanía, interviene para proteger los cimientos del propio Estado de derecho.

La lucha contra la desigualdad estructural mediante el litigio estructural⁵⁷

En materia de desigualdad, el rol de los tribunales constitucionales puede ser más limitado, pero, no por ello, irrelevante. No se trata de que los tribunales

55 Corte Constitucional, Sentencia C-153 de 2022, párr. 173.

56 Roa Roa y Aristizábal, “The court speaks first?”, *op. cit.*

57 Esta sección sigue apartes del trabajo de Roa Roa y Aristizábal, “Enfrentar judicialmente la vulnerabilidad y la discriminación: el constitucionalismo transformador igualitario en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia”, *op. cit.*

no puedan o no deban enfrentar casos de discriminación, adoptar decisiones redistributivas o ratificar políticas de igualdad que han sido proferidas por el legislador. De lo que se trata es de examinar los límites materiales y fácticos que enfrenta un tribunal para erradicar fenómenos estructurales e históricos de desigualdad. Bajo esos límites, y en ejercicio de su rol transformador, la Corte Constitucional de Colombia ha incorporado varias medidas para luchar contra la desigualdad estructural. En este apartado se hará énfasis en tres de ellas: la tesis de los sujetos de especial protección, la idea de criterios sospechosos de discriminación y el reconocimiento de las situaciones de desigualdad estructural.⁵⁸

En primer lugar, los sujetos de especial protección constitucional son “aque-llas personas que debido a su condición física, psicológica o social particular merecen una acción positiva estatal para efectos de lograr una igualdad real y efectiva”.⁵⁹ La Corte ha reconocido como sujetos de especial protección constitucional a los niños, las niñas y los adolescentes,⁶⁰ las mujeres embarazadas,⁶¹ las personas de la tercera edad,⁶² las personas en situación de discapacidad⁶³ y las personas en situación de desplazamiento,⁶⁴ aunque este listado no es taxativo.⁶⁵

Con base en esta calificación, la legislación ha reconocido explícitamente la protección en materia de salud para estos sujetos.⁶⁶ La Corte también ha indicado que los requisitos para acceder a la acción de tutela deben ser más flexibles cuando se trata de discutir cierto tipo de pretensiones frente a ellos.⁶⁷ También

58 Para un estudio detallado de las herramientas utilizadas por la Corte para luchar contra la desigualdad ver: Jorge Ernesto Roa Roa y Juan José Aristizábal, *Confronting Vulnerability and Discrimination Before Courts: Egalitarian Transformative Constitutionalism in the Constitutional Court of Colombia*, Heidelberg, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL), 2024.

59 Corte Constitucional, sentencias T-167 de 2011, párr. 1.5; T-736 de 2013 y T-017 de 2021.

60 Corte Constitucional, sentencias SU-225 de 1998, T-282 de 2008 y T-413 de 2020.

61 Corte Constitucional, Sentencia T-075 de 2018.

62 Corte Constitucional, Sentencia T-374 de 2022.

63 Corte Constitucional, sentencias T-412 de 2023 y T-076 de 2024.

64 Corte Constitucional, Sentencia T-025 de 2004.

65 Por ejemplo, para el año 2000, en la jurisprudencia únicamente se hizo referencia a los “niños, personas de la tercera edad, disminuidos físicos, o mujeres cabeza de familia” (Sentencia T-025 de 2005), pero en 2018 se consideró a quienes cuentan con un diagnóstico de VIH o sida (Sentencia T-033 de 2018) y en 2020 a las personas que padecen enfermedades huérfanas (Sentencia T-413 de 2020).

66 Ley 1751 de 2015, art. 11.

67 Corte Constitucional, Sentencia T-076 de 2024.

ha señalado que estas personas pueden ser objeto de acciones afirmativas,⁶⁸ entendidas como

... las políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación.⁶⁹

En segundo lugar, los criterios sospechosos de discriminación son una herramienta utilizada por la Corte Constitucional para identificar si en determinado caso una discriminación es nociva o si se trata de una acción afirmativa. Para la Corte, una distinción se basa en criterios sospechosos si cumple tres características:⁷⁰ primero, cuando se funda en los rasgos de los cuales las personas no pueden prescindir voluntariamente sin perder su identidad; segundo, cuando se trata de sujetos que han sido tradicionalmente menospreciados por los patrones de valoración cultural; tercero, no son criterios con base en los cuales se pueda realizar, en principio, una “distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales”⁷¹

Esta categoría tiene dos efectos principales. Por una parte, cuando la Corte estudia un caso de discriminación debe analizar cuatro criterios para establecer la nocividad del acto discriminatorio: 1) se debe fundar en un criterio sospechoso de discriminación, 2) la decisión no está justificada en un fin constitucionalmente imperioso, 3) la actuación produce un trato desigual entre las personas y 4) se configura un perjuicio.⁷² Si la Corte encuentra que se presentan estos cuatro elementos, entonces la discriminación es nociva y debe ser reprochada.

El segundo efecto se relaciona con la intensidad del juicio integrado de igualdad. Este test ha sido la fórmula utilizada por la Corte Constitucional para evaluar la legitimidad de los tratos diferenciados y potencialmente discriminatorios.⁷³ El test se llama integrado pues “se aplican los elementos del test de

⁶⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-989 de 2006.

⁶⁹ Corte Constitucional, sentencias C-371 de 2000 y T-115 de 2022.

⁷⁰ Corte Constitucional, sentencias C-410 de 1994, C-481 de 1998, C-371 de 2000 y T-077 de 2016.

⁷¹ *Idem*.

⁷² Corte Constitucional, sentencias T-909 de 2011, T-030 de 2019 y T-335 de 2019.

⁷³ Corte Constitucional, sentencias C-093 y C-673 de 2001, C-624 de 2008, C-313 de 2013, C-601 de 2015, y C-220, C-389 y C-535 de 2017.

proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) pero con tres niveles de escrutinio diferente (leve, intermedio y estricto).⁷⁴

Los criterios sospechosos de discriminación son relevantes cuando se trata de establecer las intensidades intermedia y estricta para el juicio. La Corte ha señalado que el test de igualdad de intensidad intermedia se aplica cuando se usa un criterio sospechoso para establecer una medida diferenciadora de carácter positivo o favorable (i. e. acciones afirmativas).⁷⁵ En este mismo sentido, el juicio de intensidad estricta se usa cuando la medida no es positiva y utiliza uno de los criterios o las categorías sospechosas de discriminación en un sentido negativo.⁷⁶ También cuando la norma puede impactar negativamente a las personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta o afecta a los grupos marginados o discriminados.

Por último, el tribunal constitucional ha reconocido que existen situaciones de desigualdad estructural que no afectan a unos cuantos sujetos, sino a todo un grupo social. En palabras de la Corte, esto implica que la “discriminación en contra de grupos específicos no es aleatoria o circunstancial, sino que corresponde a unos patrones que se han venido repitiendo en el tiempo, causando la consolidación de barreras que impiden o dificultan el goce de los derechos por parte de esa comunidad”.⁷⁷ Igualmente, la Corte ha sostenido que esos patrones

74 Roa Roa y Aristizábal, *Confronting Vulnerability and Discrimination Before Courts*, op. cit., p. 13.

75 “Esta intensidad del juicio se aplica ‘1) cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental, o 2) cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia’. Asimismo, se aplica en los casos en que existen normas basadas en criterios sospechosos pero con el fin de favorecer a grupos históricamente discriminados. Se trata de casos en los que se establecen acciones afirmativas, tales como las medidas que utilizan un criterio de género o raza para promover el acceso de la mujer a la política o de las minorías étnicas a la educación superior”. Corte Constitucional, Sentencia C-345 de 2019, párr. 19.

76 “Esta modalidad de escrutinio se aplica a hipótesis en las que la misma Constitución señala mandatos específicos de igualdad, lo que se traduce en una menor libertad de configuración del Legislador y, por consiguiente, en un juicio de constitucionalidad más riguroso. De esta forma, la Corte Constitucional ha aplicado el escrutinio estricto o fuerte cuando la medida (i) contiene una clasificación sospechosa como las enumeradas no taxativamente en el inciso 1º del artículo 13 de la Constitución; (ii) afecta a personas en condiciones de debilidad manifiesta o grupos discriminados o marginados; (iii) en principio, impacta gravemente un derecho fundamental; o (iv) crea un privilegio”. Corte Constitucional, Sentencia C-345 de 2019, párr. 20.

77 Corte Constitucional, Sentencia T-376 de 2019, párr. 7.3.

se naturalizan e invisibilizan, lo que dificulta su confrontación.⁷⁸ Además, el tribunal ha indicado que este tipo de discriminaciones

... siguen inmersas en las culturas dominantes de los distintos pueblos, comunidades y grupos sociales que habitan Colombia. Patrones clasistas, sexistas o racistas, persisten en las estructuras jurídicas, sociales e institucionales, en ocasiones tan íntimamente vinculadas a las prácticas cotidianas, que simplemente se vuelven invisibles. Son discriminaciones estructurales que simplemente no se ven.⁷⁹

La Corte ha identificado al menos cuatro eventos de discriminación estructural: frente a las personas en situación de discapacidad;⁸⁰ las mujeres;⁸¹ la población negra, afrodescendiente, palenquera y raizal;⁸² y las personas LGTBIQ+.⁸³ ¿Cómo se debe responder a estas situaciones? La mayoría de las veces los “remedios individuales son claramente insuficientes frente a los fenómenos de discriminación estructural. En muchos casos, esa forma de remedio concreto puede crear privilegios dentro de grupos discriminados o tensiones internas dentro de grupos vulnerables”.⁸⁴

Por lo anterior, la Corte Constitucional ha acudido en varias oportunidades al uso de sentencias estructurales para combatir la desigualdad estructural. Este tipo de decisiones se destaca porque buscan la superación de las situaciones de violación de los derechos fundamentales mediante órdenes de tipo complejo que incluyen prestaciones de hacer (e. g. legislar) o dar (e. g. entregar un subsidio o ayuda humanitaria) y combinan objetivos de corto, mediano y largo plazo.⁸⁵

Es posible encontrar diferentes sentencias en casos como el encarcelamiento carcelario,⁸⁶ la provisión de agua a comunidades en la costa Caribe,⁸⁷ la afectación

78 Corte Constitucional, Sentencia T-141 de 2017.

79 Corte Constitucional, Sentencia T-691 de 2012, párr. 3.1.2.

80 Corte Constitucional, Sentencia T-397 de 2004, párr. 5.3.3.5.

81 Corte Constitucional, Auto 092 de 2008 y sentencias T-496 de 2008 y T-357 de 2022, párr. 23.

82 Corte Constitucional, Sentencia T-422 de 1996, párr. 6.

83 Corte Constitucional, sentencias T-376 de 2019, párr. 7.4 y T-141 de 2017.

84 Roa Roa y Aristizábal, *Confronting Vulnerability and Discrimination Before Courts*, *op. cit.*, p. 22.

85 Jorge Ernesto Roa Roa, *Control de Constitucionalidad Deliberativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019, p. 467; Roa Roa y Aristizábal, *Confronting Vulnerability and Discrimination Before Courts*, *op. cit.*, p. 23.

86 Corte Constitucional, sentencias T-153 de 1998 y SU-122 de 2022.

87 Corte Constitucional, Sentencia T-012 de 2019.

a las comunidades étnicas por la construcción de proyectos hidroeléctricos,⁸⁸ la atención en salud⁸⁹ y la satisfacción de los derechos de la población desplazada,⁹⁰ los defensores de derechos humanos⁹¹ y la seguridad de los firmantes del Acuerdo Final para la Paz.⁹² No todas estas decisiones han implicado la declaratoria de un estado de cosas constitucional,⁹³ pero sí han incorporado órdenes estructurales para resolver las problemáticas que enfrentaron.

ANTE EL POPULISMO CONSTITUCIONAL. UNA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991: CUMPLIRLA PARA TRANSFORMAR LA SOCIEDAD

Este análisis de la crisis del Estado de derecho en Colombia no puede finalizar sin hacer referencia a los recientes intentos de instaurar un modelo de populismo constitucional. En especial, mediante la propuesta de reformas constitucionales de origen popular y de contenido determinable mediante movimientos sociales. En ese contexto, es relevante volver a la tesis del dualismo constitucional para saber cuándo un reclamo por un nuevo pacto constituyente es una arenga y cuándo se trata de un verdadero momento constitucional. El éxito de un proceso constituyente –como lo demuestra la experiencia de Chile– depende, en buena medida, de saber distinguir entre un reclamo o movilización social y un verdadero momento de transformación constitucional.

Hace tres décadas, el profesor de Yale Law School, Bruce Ackerman, se refirió al dualismo constitucional. Esa idea sugiere que una democracia se enfrenta a dos tipos de decisiones que son adoptadas en circunstancias (momentos) bien definidas. Por un lado, se encuentran las determinaciones que el pueblo adopta en momentos excepcionales desde el punto de vista temporal y de las condiciones de deliberación. Estas decisiones gozan del máximo grado de legitimidad

88 Corte Constitucional, Sentencia T-462A de 2014.

89 Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008.

90 Corte Constitucional, Sentencia T-025 de 2004.

91 Corte Constitucional, sentencias T-590 de 1998 y SU-546 de 2023.

92 Corte Constitucional, Sentencia SU-020 de 2022.

93 Se trata de la idea según la cual “existen situaciones de vulneración masiva y generalizada de los derechos que generan un problema social cuyas víctimas podrían acudir de manera individual al mecanismo de acción de tutela para obtener la protección de sus derechos. En estos casos, la violación a los derechos constitucionales es producto de la omisión prolongada de las autoridades respecto del cumplimiento de sus obligaciones, de la existencia de prácticas contrarias a la Constitución, de la ausencia de medidas legislativas y administrativas o de la incorrecta disposición presupuestal”. Roa Roa y Aristizábal, *Confronting Vulnerability and Discrimination Before Courts*, *op. cit.*, p. 24.

democrática porque son acordadas en los momentos de la política constitucional o momentos constitucionales. Por otro lado, se encuentran las decisiones que toman diariamente el legislador y el Gobierno. Estas son adoptadas en los momentos de la política legislativa o gubernamental, y tienen un grado menor de legitimidad democrática.

La anterior clasificación entre dos tipos de decisiones que corresponden a los tiempos constitucionales y los tiempos legislativos o de gobierno, significa que hay momentos de la historia de un sistema político en los que el pueblo se involucra más en el proceso de decisión y momentos en los cuales se involucra menos. En los segundos, la ciudadanía deja fluir el proceso democrático representativo y le concede un mayor espacio de discrecionalidad a sus representantes. Ese nivel de intromisión del pueblo en el proceso de decisión tiene efectos directos sobre el grado de legitimidad democrática y sobre la eficacia de la decisión misma. Por ello, la Constitución tiene mayores credenciales democráticas que las leyes o las regulaciones administrativas.

Un momento constitucional es un periodo complejo en el que se identifica un nuevo desacuerdo social profundo o la intención de la comunidad política de cambiar la forma como un viejo desacuerdo ha sido resuelto. Dentro de ese proceso también surgen las propuestas que conforman los extremos del debate, el pueblo se pronuncia a favor de algunas de esas propuestas, bien sea en consultas populares y referendos, o en elecciones parlamentarias y presidenciales; el movimiento social se activa a favor o en contra de las propuestas; ocurren elecciones locales o nacionales que le confieren prevalencia a las opciones o los candidatos que apoyan una de las propuestas y se implementa la nueva decisión.

Bajo una perspectiva ideal, en los momentos constitucionales se tomarían decisiones mediante reformas constitucionales o nuevas constituciones, mientras que en los momentos de la política ordinaria se adoptarían decisiones legislativas y reglamentarias para hacer efectivas las normas constitucionales. Desafortunadamente, en la práctica, puede ocurrir que se enmiende formalmente la Constitución sin que haya un momento constitucional, o que concurran todas las condiciones para la existencia de un momento constitucional sin que se promuevan o tengan éxito los procesos del cambio constitucional formal.

Desde que se aprobó la Constitución, el país solo ha tenido dos verdaderos momentos constitucionales. El primero dio origen a la Asamblea Nacional Constituyente, provocó una ruptura con la Constitución de 1886 y condujo a la aprobación de la Constitución de 1991. El segundo momento constitucional ocurrió con la transición parcial que significó el proceso de paz con la guerrilla de las FARC. En este se aprobaron varias e importantes enmiendas constitucionales mediante un proceso expedito de reforma a la Constitución (*fast track*). De

modo general, las demás reformas (más de sesenta hasta hoy) ocurrieron sin un verdadero momento constitucional.

Saber identificar cuando existe –y especialmente cuando no ocurre– un momento constitucional no solo es una cuestión de adaptación teórica. Por el contrario, el hecho de que los cambios constitucionales formales respondan a verdaderos momentos constitucionales y no a vientos pasajeros es fundamental para: preservar la legitimidad de la Constitución existente y de la enmienda que se le pretende introducir, asegurar la eficacia de la enmienda y preservar la estabilidad del consenso constitucional originario. Lo que ocurre cuando se reforma (total o parcialmente) la Constitución, sin que exista un verdadero momento constitucional, es que ese cambio cae en el vacío y no resuelve el problema social que se pretendía atacar. Esa ineficacia de la Constitución genera el mismo nivel de frustración social que surge cuando no se logra reformarla, a pesar de haber un amplio y verdadero momento constitucional. Esto último ha ocurrido en Chile en los últimos siete años, luego del fracaso de dos destacados intentos por adoptar una nueva Constitución.

Esta distinción dualista es fundamental para entender y evaluar cualquier propuesta de reforma constitucional parcial o total de la Constitución de 1991. Más allá del contenido concreto que se proponga en cada enmienda (i. e. la paz, la justicia, las pensiones, la corrupción), la ciudadanía siempre se debería preguntar: ¿estamos en un momento constitucional en el que la causa de nuestros problemas estructurales o de alguno específico que nos acucia radica en una deficiencia del texto actual de nuestra Constitución o en toda la Constitución vigente? La respuesta a esta pregunta debería determinar buena parte de nuestra posición sobre si debemos iniciar un proceso de cambio constitucional, con el desgaste institucional y deliberativo que ello implica.

Esta pregunta es una buena forma para detectar los casos de populismo constitucional. Estos ocurren cuando se le atribuye a la Constitución (a toda o a una de sus partes) la existencia, extensión o agravación de un problema social estructural, de manera que la reforma de la Constitución aparece como la única fórmula mágica para cambiar ese aspecto social. Ese populismo está dotado de un cierto fetichismo constitucional y es semejante a la situación de quien pierde el partido y elige responsabilizar a las reglas del juego o al árbitro como una forma de encubrir su descontento con el resultado derivado de su incapacidad para vencer al rival. La reforma excesiva de la Constitución es una forma de encubrir la responsabilidad por no cumplirla efectivamente. En el caso de la Constitución de 1991, la insistencia desmesurada en su reforma niega que la transformación social puede ocurrir con la Constitución actual. Esta no es perfecta, pero dotó al sistema colombiano de los mecanismos dogmáticos y funcionales necesarios

para construir un verdadero Estado de bienestar. No en vano se trata de una de las Constituciones con mayor vocación dentro del constitucionalismo transformador global.

Además, el cambio social es muy importante como para dejarlo solo en manos de la Constitución. Por ello, la sociedad colombiana debería realizar una especie de pacto de los diez años. Este consistiría en una década sin reformas constitucionales formales. Se trataría de una especie de descanso institucional para mirar a otro lado, específicamente, hacia las causas estructurales de los acuciantes problemas sociales y políticos. La Constitución de 1991 es suficientemente aspiracional como para cubrir la mayor parte de los retos de esta generación tanto en los ámbitos social y político como ambiental y de las nuevas tecnologías. El deber ciudadano (y ello incluye en primer lugar a las autoridades) es cumplirla, tomársela en serio y no modificarla. La garantía de los derechos de los más débiles requiere aproximar las promesas de la actual Constitución a la vida de las personas para cambiar esas vidas. Lo que no parece una necesidad contemporánea es cambiar la Constitución para que esas vidas esperen en la desolación que una enmienda constitucional haga por ellas lo que –usualmente– no está detrás de la motivación por un nuevo pacto constitucional. De manera que ¡a cumplirla en lugar de cambiarla!

Contra el populismo constitucional antidemocrático

Bajo el enfoque del populismo constitucional antidemocrático se deben evaluar algunas propuestas que, no por descabelladas o excesivamente inconstitucionales, deben ser omitidas como peligros relevantes para la estabilidad del sistema democrático y constitucional. En Colombia, desde 1992, todos los presidentes han cedido a la tentación de proponer una Asamblea Nacional Constituyente con la excusa de resolver los problemas sociales acuciantes o corregir errores del diseño institucional. La verdad es que en el trasfondo siempre ha estado latente la idea de perpetuarse en el poder. Incluso el presidente Juan Manuel Santos, quien presume haber abolido la reelección en Colombia en 2015, presentó la propuesta de enmienda constitucional que prohibía esa figura solo después de haberse reelegido él mismo y de esa forma asegurarse ocho años en el cargo de presidente. Una de las primeras cosas que deberían aprender los líderes políticos colombianos es que hoy la república se encuentra en una situación de madurez, como para saber que no se juega con la Constitución ni con el poder constituyente con fines personales.

Desde una perspectiva jurídica y formal, la reelección se impuso abusivamente en varios Estados de la región (i.e. Bolivia, El Salvador o Nicaragua), mediante

la fácil instrumentalización del control de convencionalidad y la jurisprudencia interamericana. Ese fundamento se diluyó debido a que la Corte Interamericana de Derechos Humanos respondió –en una opinión consultiva que fue solicitada por Colombia– a una pregunta que nadie seriamente informado se hacía en el derecho internacional de los derechos humanos. La pregunta era si la reelección era un derecho humano. El tribunal interamericano dejó muy claro (por si hacía falta) que la reelección presidencial no es un derecho humano y que la limitación para el ejercicio de los cargos públicos no es contraria al derecho humano a la igualdad. De manera que prohibir la reelección no es una limitación a los derechos políticos o una vulneración del principio de igualdad de quien gobierna.⁹⁴

A pesar de ello, recientemente el presidente Gustavo Petro ha propuesto una especie de reforma constitucional popular. Su argumento es que el Congreso de la República no ha aprobado las leyes que concretan el programa de gobierno del presidente que fue elegido popularmente para el periodo 2022-2026. Esa idea del presidente desconoce la separación de poderes, el rol de control político del parlamento y que una reforma a la Constitución debe generar un momento de consenso social y político en lugar de constituir una imposición trascendental de un programa de gobierno. El proceso constituyente no es un escenario que ocurre como un sucedáneo de la falta de acuerdos en la política ordinaria. Cuando el Congreso no logra avanzar en la agenda legislativa, o no alcanza acuerdos fundamentales para responder a los acuciantes problemas del país, ello constituye una precaución –y no un incentivo– para realizar un proceso constituyente que no tiene la virtualidad intrínseca de generar consensos ni la capacidad de poner la agenda ciudadana en los intereses de la política.

Además, la pretensión de constitucionalizar una política de gobierno o el plan político de un partido es uno de los ejemplos de constitucionalismo abusivo. Se trata de la estrategia en la que los ganadores del momento lo toman todo (*winers take all*). Esa forma de actuar políticamente es perjudicial porque genera una dinámica de ciclos –o péndulos– que fue bien conocida en Colombia hasta antes de 1991. En esta, el partido ganador de las elecciones lo tomaba todo mediante la elaboración de su propia Constitución. La historia constitucional de Colombia discurre infortunadamente entre la dicotomía incesante de las constituciones

94 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021, La figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance de los artículos 1, 23, 24 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 3.d de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Carta Democrática Interamericana), Serie A, No. 28.

liberales y conservadoras que impidieron –hasta 1991– la madurez necesaria de una república deliberativa y de consensos.

Incluso ahora, bajo el paradigma deliberativo de la Constitución de 1991, no se toman en serio las nuevas dinámicas deliberativas. Una de las formas de deliberación más interesantes de participación ciudadana son las asambleas o mini-públicos que han tenido lugar en Alemania, British Columbia, Escocia, Irlanda o Mongolia. Sin embargo, en ninguno de estos casos se ha propuesto que esas asambleas sustituyan completamente al poder institucional o que se realicen sin que alguna forma de poder institucional (referendo, Congreso o elecciones) valide (o no) los acuerdos que allí han surgido. En Colombia, la aspiración es que los grupos se empoderen y participen; no que estos, en medio de su marginación, se conviertan en islas de decisión fuera de los causes institucionales, tal y como ahora se propone. Por ello, ni siquiera la ocurrencia actual de un movimiento social –como el de la entonces séptima papeleta– permitiría o justificaría un proceso constituyente en Colombia bajo las vías institucionales de la Constitución de 1991. El movimiento de la séptima papeleta –con su posterior refrendación judicial y electoral– ocurrió en un momento de ruptura constitucional y frente a una carta que cerraba los causes para el cambio constitucional transformador.

Adicionalmente, la Constitución de 1991 no representa ningún obstáculo para el cambio social o para enfrentar los retos sociales contemporáneos. A diferencia de lo que se suele sostener, la actual Constitución es un pacto constituyente abierto que fomenta la transformación social. El objetivo más importante de la Constitución de 1991 es la construcción de un Estado de bienestar. La gran prueba de que puede ocurrir una verdadera transformación social sin necesidad de una nueva carta es que en Colombia se hizo una transición (ciertamente parcial e incompleta) dentro de la Constitución luego del proceso de paz con las FARC. Asimismo, en el ámbito ambiental que hoy es, por mucho y con buenas razones, la preocupación global más acuciante, la Constitución de 1991 permite tanto políticas de desarrollo sostenible como otras de mayor sensibilidad ante la catástrofe climática. En definitiva, la Constitución de 1991 no ha dejado de ser una buena herramienta para afrontar el futuro. La ciudadanía de muchos países del mundo quisiera tener el grado de acuerdos que hay en Colombia en el ámbito constitucional.

Desde luego, la evaluación de la Constitución vigente debe ocurrir sin conformismo. Los constitucionalistas tenemos una buena lista de errores que se cometieron en el diseño institucional de 1991 y de otros que se le han introducido en las últimas tres décadas. En la próxima década, la Constitución debería mantenerse estable para que la sociedad piense con calma en aquello que claramente no está bien: el ordenamiento territorial, la autonomía de las superintendencias en un

mundo regulado, las fisuras del sistema electoral o la configuración económica de la inversión en relación con la protección de derechos de sujetos y grupos marginados. Nada de esto requiere una reforma urgente, amerita una Asamblea Nacional Constituyente o está en la agenda de quienes más interesados están en convocarla. Por esa razón, no hay que ceder ante el populismo constitucional antidemocrático que se asienta en todos los espectros del pensamiento político.

CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS

El presente trabajo abordó los principales riesgos para el Estado de derecho en Colombia. Así, se analizaron los fenómenos del constitucionalismo conservador, la erosión democrática y su manifestación en el constitucionalismo abusivo y la desigualdad económica. Igualmente, se revisó el fenómeno del populismo constitucional antidemocrático en relación con las propuestas de convocatoria a una nueva Asamblea Nacional Constituyente para modificar la carta de 1991.

Además, se expusieron las respuestas que pueden otorgarse a estos riesgos. En particular, se enfatizó en el constitucionalismo transformador como respuesta al conservadurismo y en las herramientas con las que la Corte Constitucional ha enfrentado los intentos de erosión democrática y los dispositivos mediante los cuales lucha contra la desigualdad. En relación con el populismo constitucional, se defendió que, aunque imperfecto, el consenso logrado en 1991 sigue vigente y los esfuerzos institucionales deberían enfocarse en cumplir con la Constitución, no en modificarla.

La defensa en contra de la erosión democrática y la crisis del Estado de derecho no es una tarea acabada. Las amenazas persisten y los retos son cada vez más apremiantes. Como se evidencia en reportes del Democracy Index de 2023 y 2024, la población mundial que vive en democracias plenas se redujo en estos años del 8 al 6,6%. La democracia sigue bajo asedio y, en esa medida, el cumplimiento de las constituciones democráticas es más urgente que nunca.

De este modo, y como hemos sostenido,⁹⁵ el cumplimiento efectivo de las promesas constitucionales constituye una responsabilidad primaria de las instituciones políticas, de la administración y de la judicatura. Se trata de un trabajo

95 Jorge Ernesto Roa Roa y Juan José Aristizábal, “Enfrentar judicialmente la vulnerabilidad y la discriminación: el constitucionalismo transformador igualitario en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia”, en Felipe Franco, Monia Clarissa Henning Leal y Hartmut Rank (eds), *Activismo Judicial 2: la protección de los grupos vulnerables y la superación de la discriminación estructural*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2025, p. 171.

cooperativo que no puede ser sustituido por la acción proactiva de uno solo de los poderes.⁹⁶ Puede haber decisiones compensatorias de los déficits de otros poderes, pero la compensación siempre es limitada. De manera que la plena eficacia de la Constitución no puede ser alcanzada solamente por decisiones judiciales.

En el contexto latinoamericano y colombiano, las acusaciones a la Corte Constitucional de realizar activismo judicial suelen ser una forma de expresar las preocupaciones conservadoras por determinadas decisiones judiciales.⁹⁷ En muchos casos, el activismo judicial es un argumento fácil para expresar el desacuerdo con una determinada decisión judicial. Lo que parece más cierto es que los jueces latinoamericanos siempre infraaplican la Constitución; y ello no es por desidia de los tribunales, sino porque, incluso el más grande y transformador esfuerzo judicial por aproximar las promesas constitucionales a la vida de las personas es insuficiente para lograr la transformación al nivel que ha sido prometida en las generosas cartas de derechos. De este modo, se requiere menos autorrestricción judicial y más constitucionalismo transformador. Ello es lo que se exige para enfrentar la crisis del Estado de derecho en Colombia y en Latinoamérica.

BIBLIOGRAFÍA

AGRAST, Mark David, Juan Carlos BOTERO y Alejandro PONCE, *Rule of Law Index 2011*, Washington, The World Justice Project, 2011.

ALDAO, Martin, Laura CLÉRICO y Liliana RONCONI, “A multidimensional approach to equality in the inter- american context redistribution, recognition, and participatory parity”, en Eduardo FERRER MACGREGOR, Mariela MORALES, Flavia PIOVESAN y Armin VON BOGDANDY, *Transformative Constitutionalism in Latin America*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

CARLINO, Valentina, Tania GROPPY y Giamaria MILANI, “Preface”, en *Framing and diagnosing constitutional degradation*, Siena, Editore Consulta OnLine, 2022.

CHEMERINSKY, Erwin, “Progressive and conservative constitutionalism as the United States Enters the 21st Century”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 67, n.º 3, 2004, pp. 53-62, <http://www.jstor.org/stable/27592051>.

96 Jorge Ernesto Roa Roa, “El diseño de la justicia constitucional y el carácter subsidiario del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, en Arturo Crispín Sánchez (coord.), *Mecanismos procesales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Peticiones y trámite en sede supranacional*, Lima, Gaceta Jurídica, 2023, pp. 9-53.

97 Jorge Ernesto Roa Roa, “Activismo judicial, legitimidad democrática de la protección judicial de los derechos e incidente de impacto fiscal”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. xxiii, 2017, pp. 455-482.

COUNCIL OF EUROPE, State of democracy, human rights and the rule of law. An Invitation to Recommit to the Values and Standards of the Council of Europe, Report of the Secretary General of the Council of Europe, 2023.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (DANE), *Censo Nacional Agropecuario*, Bogotá, DANE, 2014.

DEMUTO, Gianmario, "Populism and constitutional degradation", en CARLINO, Valentina, Tania GROPPY y Giamaría MILANI, *Framing and diagnosing constitutional degradation*, Siena, Editore Consulta OnLine, 2022.

DIXON, Rosalind y David LANDAU, "Transnational constitutionalism and a limited doctrine of unconstitutional constitutional amendment", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 13, n.º 3, 2015.

GARGARELLA, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires, Katz, 2014.

GINSBURG, Tom y Azis Huq, *How to save a Constitutional Democracy*, Chicago, The University of Chicago Press, 2018.

KIRST, Niels, "Rule of law conditionality: The long-awaited step towards a solution of the rule of law crisis in the European Union?", *European Papers*, vol. 6, n.º 1, 2021.

LAMB, Robert, *La propiedad*, Madrid, Alianza Editorial, 2021.

LANDAU, David, "Abusive constitutionalism", *University of California Davis Law Review*, vol. 47, 2013.

LAWSON, Gary "Conservative or constitutionalist", *Georgetown Journal of Law & Public Policy*, vol. 1, 2002.

OXFAM, *Radiografía de la desigualdad*, Bogotá, Oxfam Colombia, 2017.

PERINI, María "Introduction", en CARLINO, Valentina, Tania GROPPY y Giamaría MILANI, *Framing and diagnosing constitutional degradation*, Siena, Editore Consulta OnLine, 2022.

ROA ROA, Jorge Ernesto, *Control de Constitucionalidad Deliberativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2019.

ROA ROA, Jorge Ernesto, "El diseño de la justicia constitucional y el carácter subsidiario del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", en A. Crispín SÁNCHEZ (coord.), *Mecanismos procesales em el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Peticiones y trámite en sede supranacional*, Lima, Gaceta Jurídica, 2023, pp. 9-53.

ROA ROA, Jorge Ernesto, "Activismo judicial, legitimidad democrática de la protección judicial de los derechos e incidente de impacto fiscal", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. XXIII, 2017.

- ROA ROA, Jorge Ernesto y Juan José ARISTIZÁBAL, “The court speaks first? Problems and challenges of prior judicial review”, *Suprema: revista de estudos constitucionais*, vol. 4, n.º 1, pp. 55-88, <https://doi.org/10.53798/suprema.2024.v4.n1.a411>.
- ROA ROA, Jorge Ernesto y Juan José ARISTIZÁBAL, *Confronting Vulnerability and Discrimination Before Courts: Egalitarian Transformative Constitutionalism in the Constitutional Court of Colombia*, Heidelberg, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research, 2024.
- ROA ROA, Jorge Ernesto y Juan José ARISTIZÁBAL, “Enfrentar judicialmente la vulnerabilidad y la discriminación: el constitucionalismo transformador igualitario en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia”, en Felipe FRANCO, Monia Clarissa HENNING LEAL y Hartmut RANK (eds), *Activismo Judicial 2: la protección de los grupos vulnerables y la superación de la discriminación estructural*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2025.
- ROA ROA, Jorge Ernesto y Roberto GARGARELLA, *Diálogo democrático emergencia en América Latina*, Heidelberg, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL), 2020.
- ROBLEDO SILVA, Paula y Jorge Ernesto ROA ROA, “La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia en el año 2010. Los límites a la reforma de la Constitución, los derechos de las mujeres y los debates comunes a Colombia y España”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 15, 2011, pp. 645-651.
- RODRÍGUEZ, César, “El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales”, en Roberto Gargarella, *Por una justicia dialógica*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2014.
- PIKETTY, Thomas, *Breve historia de la igualdad*, Bogotá, Planeta, 2021.
- SEN, Amartia, *Desarrollo y libertad*, Buenos Aires, Planeta, 1999.
- TAYLOR, Charles, *La ética de la autenticidad*, Barcelona, Paidós, 2018.
- TUSHNET, Mark, “Varieties of constitutionalism”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 14, n.º 1, 2016.
- UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME (UNDP), *2023 Global Multidimensional Poverty Index (MPI): Unstacking global poverty: Data for high impact action*, New York, UNDP, 2023.
- VAROL, Ozan, *Stealth Authoritarianism*, Portland, Lewis & Clark Law School Legal Studies, 2014.
- WALDRON, Jeremy, “The Rule of Law”, en Edward NOURI ZALTA y Uri NODELMAN, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, California, Stanford, 2023, <https://plato.stanford.edu/archives/fall2023/entries/rule-of-law>.
- WEST, Robin, “Progressive and conservative constitutionalism”, *Michigan Law Review*, vol. 88, n.º 4, 1990, pp. 641-721.

ZWITTER, Andrej, “The rule of law in times of crisis: A legal theory on the state of emergency in the liberal democracy”, *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, vol. 98, n.º 1, 2012, pp. 95-111, <http://www.jstor.org/stable/24769102>.

ARTÍCULO PRESENTADO EL 20 DE NOVIEMBRE DE 2024.

CRISIS DEL ESTADO DE DERECHO EN AMÉRICA LATINA. CONTEXTO Y DESAFÍOS PARA GUATEMALA

Aylín Ordóñez Reyna*

REFLEXIONES EN TORNO A LA CRISIS DEL ESTADO DE DERECHO EN LA REGIÓN

La revisión de la realidad en Latinoamérica permite observar escenarios de crisis en diferentes Estados de la región. Si bien con particulares situaciones en algunos de ellos, también con elementos comunes en otros. Dentro de estos últimos puede apreciarse el avance del autoritarismo en diferentes Estados, dentro de los cuales la figura del presidente de la República ha cobrado protagonismo, imponiendo decisiones que van desde limitaciones de los derechos de la población mediante medidas como los estados de excepción,¹ disposiciones específicas que inciden en la restricción de las libertades –como manifestación y expresión–,

* Doctora en Derecho; magíster en Derecho Pluralista Público y Privado, Universidad Autónoma de Barcelona. Coordinadora de la maestría en Derecho Constitucional, Universidad Rafael Landívar y de la Magistratura de la Corte Constitucional de Guatemala. aordonezreyna@gmail.com.

1 Marcos González Díaz, “En Centroamérica asistimos a un resurgimiento del autoritarismo y ojalá no se extienda a otros países de América Latina”, *BBC News Mundo*, 16 de mayo 2023, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-65567338>. Al respecto, se señala que el estado de excepción instalado en El Salvador para frenar la violencia hace más de un año, se acabó por replicar en la vecina Honduras, incluida la suspensión de garantías constitucionales que acompaña esta medida. Refiere también que cientos de opositores en Nicaragua pasarán años encarcelados. Ver Médico Internacional, entrevista a Claudia Paz y Paz, exfiscal general de la República de Guatemala, quien señala que en Nicaragua, jueces independientes fueron desplazados de la Corte Suprema, mientras que a jueces cercanos a Ortega se les extendió el mandato de manera ilegal. En El Salvador, el presidente Bukele destituyó a cinco jueces de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia que le resultaban incómodos y los sustituyó por otros leales a él, <https://www.medico.de/es/autoritarismo-contagioso-19056>.

persecución de críticos del gobierno, hasta llegar a situaciones más complejas como la reelección presidencial a efectos de mantener el ejercicio del cargo, para lo cual se realizan incluso reformas constitucionales o interpretaciones de los más altos tribunales que han posibilitado esa reelección.

Dentro de esas reformas puede citarse el caso de la reelección indefinida en Nicaragua en 2014, y Bolivia en 2017, cuando el Tribunal Constitucional Plurinacional habilitó al presidente Evo Morales para presentarse de manera indefinida a la reelección argumentando que era parte de sus derechos humanos.² Puede señalarse también el caso de Nayib Bukele en El Salvador, quien fue reelecto en un período sucesivo al que había desempeñado, aun cuando la Constitución contiene varias disposiciones que no lo permitían en ese lapso.³

Otra compleja situación, de reciente data y que lesiona la voluntad ciudadana, es la acontecida en Venezuela con el proceso electoral realizado el 28 de julio de 2024, en el que se hizo el anuncio oficial del triunfo electoral de Nicolás Maduro, frente al cuestionamiento de la ciudadanía por no acreditarse el resultado con las actas respectivas, ante el hecho de que la población e integrantes de las mesas electorales presentaban resultados que distaban de los oficiales.⁴

2 Fabián Alejandro Acuña Villarraga, “La tentación reeleccionista en América Latina: Reformas políticas para prolongar o restringir el mandato presidencial (1977-2021)”, en Flavia Freidenberg (ed.), *Las reformas a la representación política en América Latina*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2022, p. 165. Se señala en el citado artículo que la Comisión de Venecia se pronunció de manera contundente en el “Informe sobre los límites a la reelección” aprobado en su 114^a sesión plenaria, al manifestar que los límites a la reelección no restringen indebidamente los derechos humanos y políticos de los candidatos ni de los electores. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) emitió la Opinión Consultiva OC-28/21 referente a la figura de la reelección presidencial indefinida en los sistemas presidenciales en el contexto del sistema interamericano de derechos humanos, concluyendo que la reelección presidencial indefinida no es un derecho autónomo y que su prohibición puede ser compatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Carta Democrática Interamericana, https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_28_esp.pdf.

3 En mayo de 2021, el Congreso, integrado por una mayoría oficialista, expulsó a cinco jueces de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y, posteriormente, integrada con nuevos jueces, realizó una interpretación que autorizaba su reelección inmediata; “Nayib Bukele anuncia que aspirará a la reelección en El Salvador (aunque expertos dicen que lo prohíbe la Constitución)”, *BBC News Mundo*, 16 de septiembre de 2022, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-62928401>.

4 Al respecto, Allan Brewer-Carías señala que el 29 de julio de 2024 se anunció como ganador a Nicolás Maduro dando un resultado parcial de las votaciones sin respaldo en totalización alguna de votos con base en las actas de escrutinio, afirmando que el poder electoral era el único que tenía “exclusivas atribuciones constitucionales y legales”, y que podría totalizar

Estos son algunos casos producidos en la región, que evidencian escenarios de crisis del Estado, donde se denota que ante el ejercicio del poder, se cuestiona a los gobernantes la falta de cumplimiento de los límites constitucionales o legales establecidos en el marco normativo.

Además, en diferentes Estados de la región se ha presentado una grave dificultad en cuanto a la efectiva protección de los derechos humanos para todos los habitantes. De esa cuenta, tan solo en el último quinquenio (2019-2024) pueden mencionarse, dentro de las situaciones de crisis, la acontecida en Chile, en la que se produjo un estallido social en reclamo de mejores condiciones socioeconómicas para sus habitantes, así como una mayor igualdad entre su población.⁵ Ello condujo a un proceso constituyente en el que se discutió y sometió a la población en dos ocasiones un texto constitucional con la expectativa de adoptar una nueva carta, a fin de superar la vigente, a la que se le reprocha su origen durante la dictadura. Así, se pretendía que con el nuevo texto se lograra una protección más igualitaria; sin embargo, en ambas ocasiones la propuesta fue rechazada por la población debido a la falta de acuerdos entre los diferentes sectores participantes en la discusión, de manera que la falta de aprobación de esta surge de que no se presentó una propuesta que representara a la mayoría.

En lo referente a temas de derechos humanos, en la región Centroamericana se observan también los estados de excepción que suspenden la plena vigencia de estos derechos, tal es el caso de El Salvador, que lo decretó en marzo de 2022, sustentándose en “graves perturbaciones al orden público por grupos delincuenciales que atentan contra la vida, la paz y la seguridad de la población salvadoreña”,⁶ un estado de excepción que se ha prolongado reiteradamente. En

votos. Sin embargo, ello varió cuando la Sala Electoral intervino mediante un procedimiento de verificación de resultados, el cual no estaba previsto, y realizó un “proceso de peritaje” que no existe en el ordenamiento jurídico venezolano; Allan R. Brewer Cariás, *Crónica constitucional sobre el secuestro de la elección presidencial del 28 de julio de 2024*, Colección de crónicas constitucionales para la memoria histórica, 10, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Católica Andrés Bello, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2024, pp. 212-213.

- 5 César Jiménez Yañez, “#Chile despertó: Causas del estallido social en Chile”, *Revista Mexicana de Sociología*, 82, n.º 4, 2020, p. 951. Refiere el autor que Chile es el país más caro de América Latina en cuanto a servicios públicos, la educación superior es de las más caras en el planeta y es el único país de Latinoamérica en el que todas las universidades (públicas y privadas) cobran matrícula, https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-25032020000400008.
- 6 En junio 2024, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) emitió el informe “Estado de excepción y derechos humanos en El Salvador”, en el que señala que el Estado refiere una sumatoria de esfuerzos intersectoriales en materia de prevención de

Guatemala, durante los años 2020 y 2021 se emitieron una serie de decretos relacionados con la vigencia de estados de excepción, varios de ellos derivados de la pandemia de covid-19 que se afrontaba, otros sustentados en crisis de gobernabilidad o calamidad pública.

También se han presentado dificultades en cuanto a la protección de diferentes derechos individuales como lo es la libertad de expresión y el derecho de manifestación, lo cual es más evidente en los Estados en los cuales se ha ido fortaleciendo el autoritarismo de los gobiernos, en determinado momento.

Definitivamente, para la plena vigencia de un Estado de derecho deben existir mecanismos efectivos de protección de los derechos humanos, lo que se dificulta en situaciones en las que estos son suspendidos. Asimismo, debe haber garantías para los poderes públicos de que su actuación pueda darse en respeto del mandato constitucional y legal conferido.

En cuanto a derechos sociales, una situación que evidenció la debilidad de diferentes sistemas de salud de la región fue la derivada de la pandemia del covid-19, en la que quedó al descubierto la insuficiencia de la red hospitalaria y de servicios médicos e insumos para atender a la población y, en muchos casos, la demora por parte de las autoridades en adoptar soluciones efectivas.

Algunas complejas situaciones en temas de derechos humanos no son exclusivas de un Estado, como es el caso de las migraciones masivas, que se han producido en los últimos años por grandes grupos de personas que recorren diferentes fronteras en las que quienes las realizan enfrentan todo tipo de desafíos a su paso. Lo mencionado son algunos factores que se reiteran en diferentes Estados de la región.

Puede apreciarse también la difícil situación económica en países de la región, tal es el caso de Argentina, en la cual según el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) de esa república, los resultados para el primer semestre de 2024, correspondientes al total de aglomerados urbanos, registraron que el

violencia, mitigación de riesgos y daños a grupos vulnerables, así como para la rehabilitación del tejido social y comunitario y “toma nota de la información disponible sobre los actuales e inéditos índices de mejora en la seguridad ciudadana en el país reportados por el Estado que demostrarían que no existe una situación de emergencia que justifique mantener vigente la suspensión de derechos y garantías conforme las exigencias de la Convención Americana”. A pesar de ello, se prolonga el estado de excepción. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Estado de excepción y derechos humanos en El Salvador”, junio de 2024, p. 4, https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2024/Informe_EstadoExcepcionDDHH_ElSalvador.pdf.

porcentaje de hogares por debajo de la línea de pobreza alcanzó el 42,5, y en ellos reside el 52,9% de la población.⁷

Como lo señaló el profesor Antonio Colomer,

... un Estado de Derecho es el formado por ciudadanos libres e iguales, con plena garantía de sus derechos y libertades. En el plano político la posibilidad de la alternancia en el poder mediante elecciones libres y plurales, en las cuales la protección al discrepante minoritario y alternativo sea el primer deber de un gobierno democrático fuerte.⁸

Los aspectos relacionados evidencian algunos de los elementos que reflejan situaciones de crisis dentro de diferentes Estados de la región, en los que no se produce la plena vigencia de las normas supremas, en cuanto al respeto y la garantía de los derechos de sus habitantes y la separación e independencia de los poderes públicos.

A continuación, se estudiará el caso de Guatemala, partiendo de una breve relación del reconocimiento de los derechos humanos y el lugar que ocupa en la Constitución Política de la República, para luego analizar la situación que ha atravesado en los últimos años, los desafíos que afronta y, finalmente, reflexiones o recomendaciones de aspectos que podrían tomarse en consideración para el fortalecimiento del Estado de derecho.

LA SITUACIÓN DE GUATEMALA

Contexto normativo

Guatemala se encuentra regida por la Constitución Política de la República, promulgada en el año de 1985 y vigente en su totalidad a partir del 14 de enero de 1986, por lo que, a inicios de 2025, cuenta con 39 años de vigencia. Es decir, el Estado de Guatemala posee una Constitución que ha atravesado diferentes escenarios políticos, económicos y sociales surgidos en distintas décadas, viendo la luz en un momento en el que precedían una serie de rompimientos del orden constitucional,

7 Instituto Nacional de Estadística y Censos, República de Argentina, Informes técnicos, EPH, “Incidencia de la pobreza y de la indigencia”, *Condiciones de vida*, vol. 8, n.º 21, p. 4, https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/eph_pobreza_09_241C2355AD3A.pdf.

8 Antonio Colomer Viadel, “Constitución, Estado, Democracia y Justicia, entre la ficción y la realidad. Al hilo de las crisis democráticas en las sociedades Iberoamericanas”, *Direito Processo e Cidadania*, vol. 2, n.º 3, 2023, p. 17.

producidos durante los primeros setenta años del siglo XX, estableciendo un sistema democrático y con una amplia protección de derechos humanos.

Uno de los más grandes desafíos que superó exitosamente la actual Constitución fue la situación producida el 25 de mayo de 1993, derivada de la decisión adoptada por el entonces presidente de la República, mediante la cual pretendió dejar sin efecto más de 40 artículos de la Constitución, 20 artículos de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, disolver el Congreso de la República, y dejar sin efecto la integración de la Corte Suprema de Justicia y la Corte de Constitucionalidad. En esa ocasión, al dictarse una sentencia de la Corte de Constitucionalidad que declaró la inconstitucionalidad de las normas temporales de gobierno, se mantuvo la plena vigencia del texto constitucional, superándose la crisis mediante los mecanismos constitucionales.⁹

La Constitución ha estado vigente durante épocas de profunda participación social, como la negociación de los Acuerdos de Paz que concluyó con la firma del Acuerdo de Paz Firme y Duradera, el 29 de diciembre de 1996, que permitió a Guatemala superar un conflicto armado que se prolongó por más de 36 años.

La Constitución que rige al Estado presenta rasgos característicos, dentro de los que puede destacarse la amplia protección de los derechos humanos de sus habitantes; el establecimiento de un gobierno republicano, democrático y representativo; el reconocimiento de la delegación de la soberanía que radica en el pueblo, con los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial para su ejercicio. Un principio que consolida el texto constitucional es el de la rigidez de sus cláusulas, al establecer mecanismos calificados para su reforma.

En lo referente a los derechos humanos, en su texto se evidencia una amplia protección a la persona humana. Así, desde sus primeros dos artículos reconoce que el Estado se organiza para proteger a la persona y a la familia, y que su fin supremo es la realización del bien común, así como que es deber del Estado

9 Mathias Herdegen, *La Corte de Constitucionalidad como último guardián del orden constitucional: Negotiorum gestio para restablecer el equilibrio estatal, reflexiones sobre la sentencia del 25 de mayo de 1993, en eficacia de la justicia constitucional*, Corte de Constitucionalidad, Guatemala, 1994. Señala el autor relacionado que: “la sentencia comentada, a pesar de su dinamismo excepcional, se presenta como una evolución afortunada de la Constitución. Invita a la metáfora de la mitología griega que alude al rey Midas, quien convirtió todo lo que tocó en oro. Los altos órganos de jurisdicción constitucional tienen una facultad comparable en cuanto a los conceptos que se encuentran alrededor de los principios constitucionales y que están vinculados con el texto fundamental de manera casi embrionaria. Bajo la condición que el desarrollo de tales principios se ajuste a los cánones de interpretación jurídica y que se trate de una audacia controlada por la vocación genuina del juez, las jurisdicciones constitucionales pueden integrar esos conceptos embrionarios al seno del orden constitucional, reclamando y justificando así su papel como voz de la Constitución”, p. 31.

garantizar a sus habitantes la vida, libertad, justicia, seguridad, paz y el desarrollo integral de la persona.

Es una Constitución que reconoce una amplia protección de los derechos humanos en el enunciado de sus cláusulas, que puede ampliarse, según su propia previsión, mediante la inclusión de otros derechos que, aunque no figuren expresamente en el texto constitucional, son inherentes a la persona humana, y por los derechos humanos contenidos en tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, los cuales tienen preeminencia sobre el derecho interno.¹⁰

Casi la mitad de su articulado contiene protección en esta temática, tanto en el desarrollo del Título II el cual se denomina “Derechos humanos” (arts. 3 al 139), como al reconocer en el Título VI garantías constitucionales que permiten la defensa de su normativa (arts. 263 al 276).

Otro aspecto característico de la Constitución es su rigidez. La historia constitucional guatemalteca evidencia que durante los siglos XIX y XX se encontraron vigentes diferentes textos constitucionales, período en el cual se produjeron una serie de reformas constitucionales dirigidas a modificar, suspender o reformar lo referente al período presidencial, prohibición de reelección o alternancia en el período presidencial, ello con el objeto de lograr la permanencia de los gobernantes en el poder o posibilitar su reelección.¹¹ Esa historia provocó que al regularse lo referente a la reforma se creara un nivel de rigidez que ha tornado en sumamente complejo el procedimiento para realizar variaciones a su texto.¹² Una sola vez, durante los 39 años de vigencia, se ha aprobado una reforma

¹⁰ Según lo previsto en el artículo 44 de la Constitución Política de la República de Guatemala: “Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana”. Por su parte, la cláusula contenida en el artículo 46 prevé: “Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el Derecho interno”.

¹¹ Corte de Constitucionalidad, *Digesto Constitucional*, Guatemala, Serviprensa, 2005. Pueden mencionarse, entre otras disposiciones, los artículos 66 y transitorio de las reformas de 1885 a la Constitución de 1879; artículo 66 y 4º transitorio de las reformas de 1887 a la Constitución de 1879; artículo 1º del Decreto 4 del 11 de julio de 1935, reformas a la Constitución de 1879.

¹² La Constitución Política de la República de Guatemala reconoce tres tipos de normas según la posibilidad de su reforma, siendo estas: a) las modificables mediante Asamblea Nacional Constituyente convocada por el Congreso de la República por dos terceras partes de los diputados que lo integran, que constituyen la norma que contiene esa previsión y los artículos referentes a derechos individuales; b) las normas pétreas que son aquellas que definen al Estado de Guatemala como libre, independiente y soberano, republicano, democrático y representativo; la soberanía; el desconocimiento del presidente de la República si, vencido su período constitucional, continúa en el cargo; las prohibiciones para optar

constitucional; si bien en otra ocasión se finalizó el proceso, el voto de la población fue de desaprobación de esta. A pesar de haberse presentado diferentes iniciativas de reforma constitucional, estas no han logrado su aprobación en el Congreso y posterior ratificación por la población.

El sistema constitucional prevé diferentes controles interorgánicos como la interpelación a los ministros de Estado por parte de diputados al Congreso de la República,¹³ el veto del Ejecutivo a proyectos de ley,¹⁴ el desconocimiento del presidente de la República por parte del Congreso si, vencido su mandato, no cesa en sus funciones.¹⁵

La Constitución de 1985 estableció también la Corte de Constitucionalidad como un tribunal permanente, autónomo, de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional.¹⁶ Instituyó al procurador de los Derechos Humanos como un comisionado del Congreso de la República para la defensa de los derechos humanos que la Constitución garantiza.¹⁷ Además, señala que lo referente al sufragio, los derechos políticos, las organizaciones políticas, las autoridades, los órganos electorales y el proceso electoral serán regulados por la ley constitucional de la materia, la que instituye el Tribunal Supremo Electoral como la máxima autoridad en materia electoral, independiente y no supeditado a organismo alguno del Estado.¹⁸

al cargo de presidente y vicepresidente de la República y la prohibición de reelección, así como toda cuestión que se refiera a la forma republicana de gobierno y el principio de no reelección; c) para cualquier otra reforma será necesario que el Congreso de la República lo apruebe con el voto afirmativo de las dos terceras partes del total de diputados y no entrará en vigencia sino hasta que sean ratificadas mediante la consulta popular (arts. del 277 al 281 de la Constitución).

¹³ Artículo 166 de la Constitución.

¹⁴ Artículos 178 y 183 inciso h) de la Constitución.

¹⁵ Artículo 165 inciso g) de la Constitución.

¹⁶ De conformidad con lo establecido en el artículo 268 de la Constitución, la Corte de Constitucionalidad es un tribunal permanente, de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional; actúa como tribunal colegiado con independencia de los demás organismos del Estado, y ejerce funciones específicas que le asignan la Constitución y la ley de la materia.

¹⁷ Artículo 274 de la Constitución Política de la República.

¹⁸ Artículo 223 de la Constitución Política de la República y 121 de la Ley Electoral y de Partidos Políticos, Decreto 1-85 de la Asamblea Nacional Constituyente.

Situación del Estado de derecho

Aun cuando Guatemala posee una normativa interna con una amplia protección de los derechos humanos, así como la división de poderes con diferentes controles interorgánicos, de frenos y contrapesos, actualmente en el país se presentan una serie de desafíos al Estado de derecho. Por ello, resulta de interés presentar algunos aspectos que destacan, para luego concluir en reflexiones o recomendaciones que puedan considerarse para la consolidación y vigencia del Estado de derecho.

Los derechos humanos en el contexto nacional

En el Índice de Desarrollo Humano (IDH), del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Latinoamérica sufrió una caída global durante la pandemia. Aunque había mejorado en 2022, en el informe 2023/2024 titulado “Saliendo del estancamiento: reimaginando la cooperación en un mundo polarizado”,¹⁹ Guatemala ocupa la posición 136 de los 193 países que son medidos, con un IDH de 0,629, lo cual la sitúa entre los países con un desarrollo humano medio.²⁰ Con relación a ello, se observa que Guatemala tuvo un desempeño relativamente acelerado de 2000 a 2015.²¹ Al revisar el IDH de Guatemala en relación con años pasados, puede observarse que en 1994 el país ocupó el lugar 108, en 2004 y 2014 el lugar 127, habiendo alcanzado recientemente el lugar 136 en el IDH, lo que evidencia que han decrecido las condiciones de vida digna, saludable, esperanza de vida al nacer y renta per cápita, entre otros aspectos.²² Se menciona que el crecimiento relativamente acelerado del año 2000 a 2015, en parte se produjo

¹⁹ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Informe sobre Desarrollo Humano 2023/2024. Panorama General: salir del estancamiento, reimaginar la cooperación en un mundo polarizado*, PNUD, https://hdr.undp.org/system/files/documents/global-report-document/hdr2023-24overviewsp.pdf?gl=1*1xxdpnk*gcl_au*MzI2NzU3ODQzLjE3MzA2Nzk4NDA_*_ga*MTM2MDI4MzY3My4xNzMwNjc5ODQw*ga_3W7LPKoWP1*MTczMDY4ODkxNC4yLjEuMTczMDY4OTAwMC4zNS4wLjA.

²⁰ Ana María Díaz “PNUD presenta nuevo informe sobre Desarrollo Humano 2023/24”, Prensa libre, 13 de abril de 2024, https://www.prensalibre.com/opinion/columnasdias/pnud-presenta-nuevo-informe-sobre-desarrollo-humano-2023-24/?utm_source=modulosPL&utm_medium=linkinterno&utm_campaign=ux?utm_source=modulosPL&utm_medium=linkinterno&utm_campaign=ux.

²¹ Índice Nacional de Desarrollo Humano, *Panorama nacional: desarrollo humano en Guatemala, 2022*, https://indhguatemala.org/app/uploads/2022/07/IDH_Guatemala_2.pdf.

²² Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Informe sobre Desarrollo Humano 2023/2024. Panorama General: salir del estancamiento, reimaginar la cooperación en un mundo polarizado*, PNUD, https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/2024-03/hdr_2024.pdf.

por la aplicación de algunas políticas posteriores a los Acuerdos de Paz firmados en 1996, que aumentaron el gasto en inversión social, produciéndose a partir de 2015 la ralentización del índice, principalmente por el estancamiento en la calidad y cobertura del sistema educativo 2015 y 2019.²³ Frente a este decrecimiento debe considerarse la urgente necesidad de fortalecer las instituciones que participan en el acceso a derechos sociales, como educación y salud, así como la evaluación de políticas que permitan ampliar el acceso laboral o la mejora de los salarios, de manera que se cuente con una mayor posibilidad de desarrollo.

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su informe anual de 2021, señala que de acuerdo con el *Índice de Estado de Derecho 2021*, elaborado por el World Justice Project, Guatemala se ubica en el puesto 109 de un ranking de 139 países a nivel mundial, y en lugar 26 de 32 países en la región de América Latina y el Caribe. Entre los rubros peor evaluados para el Estado se encuentran la corrupción en el país y en diferentes instancias, incluyendo la justicia civil y la justicia penal. Asimismo, el *Índice de Percepción de la Corrupción (IPC)*, publicado en enero de 2021 por Transparencia Internacional, posicionó a Guatemala en el puesto 149 de 180 países.²⁴

Al respecto, entre el 31 de julio y el 4 de agosto de 2017, la CIDH realizó una visita *in loco* al país y preparó el “Informe sobre la Situación de Derechos Humanos en Guatemala”, ocasión en la que señaló que el país se encontraba en la encrucijada de adoptar medidas para resolver problemas estructurales y garantizar derechos humanos del pueblo guatemalteco o se arriesgaba a enfrentar retrocesos en esa materia y repetir episodios de graves violaciones de los derechos humanos del pasado.²⁵

En el año 2021, la CIDH determinó la inclusión de Guatemala en el Capítulo IV.B de su Informe anual, en el que se encuentran Cuba, Nicaragua, Venezuela y Guatemala, por presentar graves retrocesos en la lucha contra la impunidad y la corrupción derivados de ataques e injerencias contra la independencia de órganos que, desde la salida de la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala (CICIG), se destacaron por su trabajo independiente e imparcial en esta materia, tales como la Corte de Constitucionalidad, la Fiscalía Especial contra

²³ PNUD, *Panorama Nacional: Desarrollo humano en Guatemala. Resumen ejecutivo*, Guatemala, PNUD, 2022, <https://indhguatemala.org/panorama-nacional-desarrollo-humano-en-guatemala/>.

²⁴ CIDH, Informe Anual, 2021, Capítulo IV.B, Guatemala, p. 750, <https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2021/capitulos/IA2021cap4BGuatemala-es.pdf>.

²⁵ CIDH, Visita *in loco* a Guatemala. Observaciones preliminares, 22 al 26 de julio de 2024, p. 7, https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2024/observaciones_preliminares_guatemala.pdf.

la Impunidad y los juzgados con competencia penal en procesos de mayor riesgo; se constató así una intensificación del hostigamiento y la criminalización de operadores de justicia, defensores de derechos humanos y periodistas.²⁶

Los aspectos antes descritos evidencian graves dificultades en cuanto al Estado de derecho, en lo referente a la garantía de los derechos de los habitantes y también en lo que respecta al fortalecimiento institucional.

Elecciones generales 2023

En 2023 se realizaron comicios generales en Guatemala para la elección de presidente y vicepresidente de la República, diputados al Congreso, diputados al Parlamento Centroamericano, alcaldes y corporaciones municipales. Durante la etapa inicial, en el proceso de inscripciones se produjeron una serie de vicisitudes. Así, durante la etapa de postulación e inscripción de candidatos quedaron fuera algunos que se percibían con un alto porcentaje de votos.

Con relación a la etapa de inscripciones, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) en Guatemala señaló que el marco normativo que rige el proceso electoral fue aplicado de manera discrecional durante esta etapa, generando obstáculos para la garantía del derecho a participar en los asuntos públicos en igualdad de condiciones a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos.²⁷

Durante la primera etapa del proceso electoral se produjo la inadmisión de candidatos, cuestionándose en ocasiones que contra estos se presentaron denuncias, y que ello impedía su participación, cuando en el caso concreto, no existía una sentencia condenatoria firme. Se dio, incluso, la revocatoria de la inscripción de un candidato,²⁸ cuando para ser inscrito había presentado el documento que hacía constar la inexistencia de cuentas pendientes en su calidad de exfuncionario, sin embargo, el documento se revirtió derivado de una denuncia posterior a la fecha de emisión del referido documento, presentada en su contra.

²⁶ CIDH, Informe Anual 2023, Capítulo IV. B, p. 781, https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2023/capitulos/IA2023_Cap_4B_Guatemala_SPA.PDF.

²⁷ OACNUDH, Situación de los derechos humanos en Guatemala durante 2023. Informe del Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos, febrero 2024, párrafo 8, p. 6, https://issuu.com/oacnudhgt/docs/informe_anual_2023.

²⁸ Sandy Pineda y Raúl Barreno, “Elecciones en Guatemala 2023: MLP presenta apelación ante la CC para revertir fallo que impide la inscripción de Thelma Cabrera y Jordán Rodas”, *Prensa Libre*, 25 de mayo de 2023, <https://www.prensalibre.com/guatemala/elecciones-generales-guatemala-2023/elecciones-en-guatemala-2023-mlp-presenta-apelacion-ante-la-cc-para-revertir-fallo-que-impide-la-inscripcion-de-thelma-cabrera-y-jordan-rodas/>.

Si bien algunos rechazos se produjeron en las etapas iniciales del proceso, se cuestionó que no se permitiera la inscripción de los candidatos relacionados cuando no poseían una causal que impidiera su participación, derivada de una resolución firme. Otro reproche que se formuló surgió cuando, luego de conocerse la intención de voto en una de las encuestas nacionales, se impugnó al candidato que aparecía en primer lugar en las encuestas y quedó fuera de las elecciones; el cuestionamiento se refirió a irregularidades en la Asamblea en la que fue electo como candidato de su partido.²⁹

Finalmente, en los comicios generales para elección de presidente y vicepresidente participaron 23 organizaciones políticas, de las cuales dos partidos actuaron en coalición.

El 25 de junio de 2023 se realizaron las elecciones generales, cuyos resultados se oficializaron el 12 de julio del citado año,³⁰ en las que ningún candidato a presidente y vicepresidente de la República obtuvo la mayoría absoluta de votos, por lo que, según el sistema electoral, debía realizarse el balotaje entre los dos candidatos que obtuvieron los primeros lugares, siendo ellos Sandra Torres Ca- sanova del partido político Unidad Nacional de la Esperanza y Bernardo Arévalo de León del partido político Movimiento Semilla (Semilla).

En los resultados electorales se observa que, para la conformación del Congreso de la República, en la legislatura electa –conformada por 160 diputados– hay 32 mujeres, lo que alcanza solo el 20% de diputadas, evidenciándose una elevada diferencia entre este porcentaje y el 80% de diputados, por lo que, en el caso de Guatemala, está lejos de alcanzarse la paridad de cuotas de participación entre mujeres y hombres.

En cuanto a los resultados electorales, el mismo día en el que se oficializaron por parte del Tribunal Supremo Electoral, el juez séptimo pluripersonal de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente, emitió una resolución en la que suspendía la personalidad jurídica del partido político Movimiento Semilla, el cual postuló al candidato Bernardo Arévalo. Derivado de ello, se promovió un amparo, cuya protección interina fue decretada por la Corte de Constitucionalidad en el sentido de que esa suspensión no afectaba ni dejaba en suspenso el Acuerdo del Tribunal Supremo Electoral que oficializó los

²⁹ Jeraldine Del Cid, “Elecciones 2023 en Guatemala: el punto de inflexión para la democracia”, *Revista Elecciones*, vol. 23, n.º 27, enero-junio 2024, p. 344, <https://doi.org/10.53557/Elecciones.2024.v23n27.12>.

³⁰ Mediante Acuerdo 1328-2023 de 12 de julio de 2023, del Tribunal Supremo Electoral, en el que la organización política Unidad Nacional de la Esperanza figura en primer lugar y en segundo el Movimiento Semilla, siendo los candidatos de estos partidos entre quienes debía celebrarse el balotaje.

resultados de la primera vuelta electoral, además de indicar que no afectaba el proceso electoral en la fase en la que se encontraba ni en las siguientes.³¹ Debe señalarse que, de conformidad con el artículo 92 de la Ley Electoral y de Partidos Políticos,³² no podrá suspenderse un partido después de la convocatoria a una elección y hasta que esta se haya celebrado.

La segunda vuelta electoral se realizó el 20 de agosto de 2023, habiéndose declarado ganador al binomio postulado por el partido político Movimiento Semilla, que obtuvo el 60,91% de votos con los candidatos César Bernardo Arévalo de León y Karin Larissa Herrera Aguilar, mientras que el partido Unidad Nacional de la Esperanza (UNE) obtuvo el 39,09% de votos válidos.³³

En el lapso que transcurrió entre la primera y segunda vuelta electoral, es decir, desde el 25 de junio al 20 de agosto, y desde esa fecha hasta el momento en que los candidatos electos asumieron la presidencia, se presentaron una serie de impugnaciones, no solo en el ámbito electoral, es decir, ante las autoridades competentes en la materia y facultadas para conocer de los recursos electorales previstos en ese proceso, sino mediante actuaciones del Ministerio Público y órdenes de jueces penales y, luego, a partir de la celebración de la segunda vuelta electoral y hasta la toma de posesión de los electos, se presentaron de nueva cuenta una serie de impugnaciones, derivadas en su mayoría de acciones penales.

Si bien la existencia de mecanismos de impugnación dentro de un proceso electoral constituye una garantía de que frente a actuaciones que se estimen contrarias a la ley se cuenta con medios específicos para cuestionar esas actuaciones, debe tomarse en consideración que cuando se presentan cuestionamientos que trascienden los mecanismos previstos en la Ley Electoral, o se produce una excesiva cantidad de procesos judiciales cuestionando diferentes facetas del proceso electoral, acudiendo incluso a la jurisdicción penal, y se generan consecuencias para el proceso electoral, puede ocurrir incertidumbre y tensión, lo que puede debilitar el proceso.

Es posible señalar que de los procesos electorales que se han desarrollado en Guatemala a partir de la vigencia de la actual Constitución, el producido en 2023 fue el que atravesó mayores vicisitudes que van desde los cuestionamientos en cuanto a la falta de claridad de los criterios para el rechazo de candidaturas, hasta la promoción de cuestionamientos hacia el proceso electoral por los

³¹ Corte de Constitucionalidad, Auto de 13 de julio 2023, Expediente 3985-2023, <https://cc.gob.gt/wp-content/uploads/2023/10/COM-013-2023.pdf>.

³² Asamblea Nacional Constituyente de Guatemala, Ley Electoral y de Partidos Políticos, Decreto 1-85, Guatemala, 1985, <https://www.tse.org.gt/images/LEPP.pdf>.

³³ Acuerdo 1659-2023 del Tribunal Supremo Electoral, de 28 de agosto de 2023, <https://www.tse.org.gt/images/Acuerdos2023/1659-2023>.

mecanismos judiciales y particularmente penales, y no únicamente mediante los recursos electorales. Así como la pretensión de suspensión o cancelación del partido político ganador, o la persecución de los candidatos electos.

Dentro de las acciones que se produjeron puede mencionarse que, una vez declaradas las dos candidaturas que irían al balotaje, en el período que transcurrió entre la primera y la segunda vuelta, a solicitud del Ministerio Público, derivado de la denuncia de un ciudadano, la Dirección del Registro de Ciudadanos del Tribunal Supremo Electoral suspendió provisionalmente al partido político Movimiento Semilla por supuestas irregularidades en su proceso de formación.³⁴ Asimismo, se formularon una serie de cuestionamientos hacia el referido partido entre el momento en el que fue declarado ganador y la fecha en la que debía asumir el cargo, esto derivado de acciones del Ministerio Público.³⁵ Se cuestionaron los resultados electorales a pesar de la validación de resultados por parte del Tribunal Supremo Electoral. La disputa en torno a la suspensión y cancelación del citado partido político continúa a la fecha y ha tenido diversas repercusiones en la participación de las y los diputados de la citada organización ante el Congreso de la República.

Tal como se mencionó en párrafos precedentes, el traslado de las contiendas electorales al ámbito penal no contribuye a garantizar la participación plural dentro del proceso electoral, dado que el potencial uso de las herramientas el derecho penal –más severas que aquellas empleadas en el campo del derecho

34 Del Cid, “Elecciones 2023”, *op. cit.*, p. 347. Continúa señalando la citada autora que, como ha expresado la Misión de Observación Electoral de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en Guatemala: “Suspender a un partido político con base en el requisito de firmas resulta extemporáneo luego de la elección, cuando ese mismo partido ya recibió un respaldo en las urnas que excede, con creces y contundencia el mínimo legal establecido para su conformación y para su registro. De esta forma, el bien jurídico que busca la norma se encuentra plenamente protegido en el caso del Movimiento Semilla”.

35 Señala la CIDH en su Informe Anual 2023, Capítulo IV.B, numeral 6: “Durante el 2023, el ejercicio abusivo del poder con fines político-electorales quedó de manifiesto durante las elecciones generales de 2023, por una serie de injerencias del Ministerio Público, seriamente cuestionadas tanto a nivel nacional como internacional, que pusieron en entredicho los resultados del proceso, socavando y contrariando el Estado de Derecho colocando en riesgo el orden constitucional y la independencia de los poderes públicos. Entre ellas [...] la suspensión provisional de la inscripción como persona jurídica del Movimiento Semilla con el fin de impedir a sus integrantes la adjudicación de cargos públicos y el allanamiento a su sede; la sustracción de más de 125,000 documentos y actas originales de las elecciones generales; la orden de detención contra una funcionaria del Registro de ciudadanos del TSE, los allanamientos y las amenazas a magistradas y magistrados de dicha institución y las solicitudes de antejuicio tramitadas en su contra”, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 386 rev. 1, https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2023/capitulos/IA2023_Cap_4B_Guatemala_SPA.PDF.

electoral- puede generar desconfianza o disuasión entre quienes contienden. Aquello provoca, a su vez, inestabilidad y desconfianza sobre el respeto de la voluntad popular, expresada en los resultados del proceso electoral, tal como lo han referido órganos como la CIDH.³⁶

Debe señalarse que un factor relevante en el proceso de transición entre autoridades salientes y electas, lo constituyó la manifestación ciudadana, que reclamaba el respeto de los resultados electorales, apoyando a los candidatos electos; dentro de esta manifestación popular participó activamente la población indígena. También fue de suma importancia el acompañamiento de la comunidad internacional y los organismos internacionales.³⁷

Puede señalarse que las elecciones realizadas tanto en la primera como en la segunda vuelta electoral se produjeron con la participación de la población guatemalteca, colaborando en el proceso electoral ciudadanos que formaron parte de las juntas receptoras de votos, juntas electorales municipales y Juntas departamentales conformadas por ciudadanos, que colaboraron voluntariamente en el proceso, fungiendo el Tribunal Supremo Electoral como máxima autoridad electoral. También se contó con la asistencia de observadores de 20 organizaciones nacionales e internacionales, entre ellos de la Unión Europea, la Organización de los Estados Americanos (OEA), la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Misión de Observación Electoral de Guatemala (MOE-Gt) y Guatemala Visible.³⁸ La Misión de la Unión Europea desplegó 120 observadores provenientes de todos los países de la UE, Noruega y Canadá.³⁹ Por su parte, la

36 *Ibid.*, 31 de diciembre de 2023, Conclusiones, pár. 224, https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2023/IA2023_SPA.pdf.

37 Al respecto se pronunció la CIDH en las Observaciones Preliminares de su visita *in loco* a Guatemala, documento aprobado el 15 de agosto de 2024. La visita se realizó del 22 al 26 de julio de 2024, y se señaló que en el Informe Anual 2023 la CIDH observó que el proceso electoral en el cual se eligió democráticamente al presidente Bernardo Arévalo se vio empañado por acciones que plantearon graves amenazas al orden constitucional y al Estado de derecho, manifestando su preocupación por el conjunto de acciones e interferencias indebidas y arbitrarias por parte del Ministerio Público y avaladas por el Poder Judicial, que amenazaron con anular la voluntad expresada por la mayoría de la población. Se afirma, además, que al finalizar el año 2023, las movilizaciones sociales convocadas por las autoridades ancestrales y comunidades indígenas en defensa de la institucionalidad democrática, junto con el escrutinio de la comunidad internacional, fueron determinantes para asegurar una transición pacífica.

38 Tribunal Supremo Electoral, Comunicado del 22 de junio de 2023, <https://www.lared1061.com/nacionales/que-misiones-de-observacion-estaran-en-las-elecciones-2023-de-guatemala/>.

39 Unión Europea, “Una segunda elección presidencial bien organizada y transparente en Guatemala: un fuerte compromiso de los ciudadanos con la democracia”, en *Misión de*

OEA conformó su MOE con 90 expertos y observadores de 20 países. Finalizado el proceso electoral, las diferentes autoridades electorales extendieron los documentos respectivos que convalidaron el proceso y su resultado.

Dentro de la problemática afrontada se encontró que el proceso fue cuestionado, no solo mediante los recursos electorales previstos en la ley, sino por diferentes acciones, incluso penales, que produjeron momentos de tensión durante el proceso y finalizado este, entre la primera y segunda vuelta, así como entre su conclusión y el momento en el que se asumirían los cargos, particularmente el presidente y la vicepresidenta de la República.

Finalmente, ante la continuación de cuestionamientos dirigidos a actuaciones del proceso electoral, y ante la amenaza de que no se realizara la oportuna toma de posesión de los electos, un grupo de ciudadanos promovió un amparo contra el presidente de la República, el ministro de Relaciones Exteriores, el ministro de Gobernación, el director general de la Policía Nacional, el Congreso de la República, la Junta Directiva del Congreso de la República, el fiscal general de la República, así como contra algunos fiscales y el juez A del Juzgado Séptimo Pluripersonal de Primera Instancia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente del departamento de Guatemala. Las decisiones provisional y definitiva adoptadas otorgaron la protección constitucional, de esa cuenta, en la primera de ellas dictada el 6 de octubre de 2023, se dio la orden a todas las autoridades denunciadas de cumplir en sus respectivas competencias con el deber de preservar el régimen democrático del Estado, observando en cada actuación los valores fundamentales de la justicia, seguridad y la paz, en particular el principio de alternabilidad en el ejercicio del poder. También se ordenó realizar los actos que les competen observando que, imperativamente, la renovación de los integrantes de los poderes Legislativo y Ejecutivo, y de las municipalidades se llevaran a cabo en la fecha prevista en la Constitución Política de la República.⁴⁰

observación electoral de la Unión Europea Guatemala 2023, UE, 2023. Se indica que Leopoldo López Gil, jefe de la delegación del Parlamento Europeo, que ha integrado la Misión de Observación Electoral (MOE) UE, declaró que la jornada electoral se caracterizó por la transparencia del proceso en todas sus etapas, así como el valor añadido que representa el reconocimiento de los resultados, destacando la buena administración, el normal funcionamiento de las elecciones y el extraordinario trabajo de los miembros de las juntas, coordinadores de centros, así como el compromiso de los fiscales de los partidos entre los que había un gran número de mujeres y jóvenes, https://www.eeas.europa.eu/eom-guatemala-2023/una-segunda-elección-presidencial-bien-organizada-y-transparente-en-guatemala-un-fuerte-compromiso_es

⁴⁰ Corte de Constitucionalidad, Auto de amparo provisional de 6 de octubre de 2023, Expediente 6175-2023.

El 14 de diciembre de 2023 se profirió la sentencia en ese caso en la que, entre otros aspectos, se consideró que

... ante elecciones con resultados oficializados, no existen razones constitucionalmente fundamentadas que impidan al Legislativo ejercer su atribución de recibir el juramento de ley al Presidente y Vicepresidente de la República y darles posesión de sus cargos, en el día establecido por ese mismo artículo 211 de la ley electoral, así como, de recibir las credenciales, según corresponda, de otros funcionarios electos... la orden de suspensión del partido político Movimiento Semilla no afectó la participación de este en el proceso electoral, por lo que no impide la concreción de las elecciones [...]. Por ende, con la conclusión del proceso electoral y oficialización de los resultados obtenidos en las elecciones generales y para el Parlamento Centroamericano celebradas en junio, así como en la segunda elección presidencial celebrada en agosto, declarada la validez de los comicios, no cabe que el Congreso de la República y su Junta Directiva puedan desconocer el carácter resolutivo del Decreto 5-2023, del Tribunal Supremo Electoral ni de la oficialización de los resultados que ahí se confirman.⁴¹

En la referida sentencia se resolvió cominando al Congreso de la República y su Junta Directiva a garantizar la toma de posesión de todo funcionario electo en el proceso electoral de 2023, actuar conforme al deber que tiene de preservar el régimen democrático, observando que imperativamente la renovación de integrantes de los poderes Legislativo y Ejecutivo se llevaría a cabo el 14 de enero de 2024 conforme los resultados avalados por el Tribunal Supremo Electoral.⁴²

Esta sentencia fue de relevancia porque, derivado de la promoción de diferentes procesos judiciales ante distintas judicaturas, se encontraban diversas acciones contra los candidatos electos, así como contra el partido político que los postuló. Efectivamente, la juramentación de los electos se produjo y estos asumieron el cargo en la fecha prevista constitucionalmente. Sin embargo, el período que atravesó Guatemala en esta ocasión estuvo inmerso en una serie de tensiones. La actuación del Ministerio Público fue muy cuestionada porque, justificándose en el ejercicio de la acción penal, realizó una serie de actos, como el allanamiento de las instalaciones del Tribunal Supremo Electoral y el secuestro de documentos originales de los resultados electorales, lo que generó una

⁴¹ Corte de Constitucionalidad de Guatemala, “Sentencia de 14 de diciembre de 2023, Expediente 6175-2023”, en *Sumario de jurisprudencia constitucional*, octubre-diciembre 2023, pp. 63 y 64, <https://cc.gob.gt/wp-content/uploads/2024/01/Sumario-150-octubre-diciembre-2023.pdf>.

⁴² En la sentencia precitada, dictada en el Expediente 6175-2023, pp. 56, 57 y 59.

profunda preocupación respecto del resguardo de estos. Dentro de los actos realizados se secuestraron incluso actas y boletas electorales que daban cuenta de los resultados del proceso electoral, lo que provocó tensión durante el período transcurrido entre la elección general y la toma de posesión de los electos.

Dentro de las conclusiones basadas en el trabajo del MOE-Gt y voluntariado electoral del procurador de los Derechos Humanos se estimó: “Judicialización del proceso: La alta utilización de recursos y acciones legales, administrativas, ordinarias y constitucionales, del proceso electoral evidencia la necesidad de una mayor y mejor comprensión e interpretación de las normas electorales para su correcta aplicación en casos concretos, esto también produjo incertidumbre y tensión en el proceso electoral”.⁴³

Los magistrados del Tribunal Supremo Electoral en Pleno, por medio de Acuerdo 1659-2023 de 28 de agosto de 2023, oficializaron los resultados electorales, una vez las Juntas Electorales Departamentales concluyeron con el procedimiento de las audiencias de revisión de escrutinios e integración de las actas,⁴⁴ proceso que finalizó con la asunción de los cargos de quienes fueron electos, pero evidenciándose una fuerte judicialización del proceso que superó con creces el cuestionamiento de sus resultados únicamente mediante los recursos electorales.

No cabe duda de que el acompañamiento de la población durante todo este proceso fue fundamental, habiéndose producido manifestaciones de diferentes sectores de la población que reclamaban por el respeto de los resultados electorales.

Con posterioridad al proceso electoral, cuatro de los cinco magistrados titulares del Tribunal Supremo Electoral han sido sometidos a proceso penal, reprochándoseles supuestas anomalías derivadas de la compra de un sistema informático para la transmisión de resultados electorales preliminares. Dentro del referido proceso se dictaron medidas que les imposibilitan ejercer el cargo, acercarse a la sede electoral y comunicarse con los trabajadores de la institución. Si bien las medidas se revirtieron temporalmente, lo que permitió la transmisión de la Presidencia, de nueva cuenta se decretaron, por lo que los referidos magistrados continuaron imposibilitados para ejercer el cargo.⁴⁵

43 Procurador de los Derechos Humanos, “Informe Anual Circunstanciado de actividades y de la situación de los Derechos Humanos 2023”, Guatemala, 2024, p. 71.

44 Tribunal Supremo Electoral, “TSE oficializa resultados de la elección para Presidente y Vicepresidente de la República”, 28 de agosto de 2023, <https://www.tse.org.gt/index.php/comunicacion/noticias/923-tse-oficializa-resultados-de-la-eleccion-para-presidente-y-vicepresidente-de-la-republica>

45 Miguel Barrientos y Douglas Cuevas, “Sala prohíbe ejercer cargos a magistrados del TSE señalados en caso TREP”, *Prensa Libre*, 5 de abril de 2024, <https://www.prensalibre.com/>

A pesar de que el reproche se refiere a cuestionamientos de una compra administrativa, el proceso seguido es penal y de ello derivó la separación del cargo, lo que ha provocado una serie de complejas situaciones para el funcionamiento del Tribunal Supremo Electoral.

Proceso de elección de la Corte Suprema de Justicia y de salas de la Corte de Apelaciones

En Guatemala, el período para el cual se eligen los magistrados de las salas de la Corte de Apelaciones y de la Corte Suprema de Justicia es de cinco años, por lo que debe realizarse la renovación de la totalidad de estos Tribunales cada quinquenio, siendo viable la reelección.

Los magistrados son electos por el Congreso de la República de una nómina que contiene el doble de los candidatos por elegir, la cual se prepara por una comisión de postulación cuya conformación se encuentra establecida en la Constitución Política de la República. De conformidad con lo previsto en los artículos 215 y 217 de la Ley Suprema, las Comisiones de Postulación se integrarán por:

- a) un representante de los Rectores de las Universidades del país, quien la preside;
- b) los decanos de las Facultades de Derecho o Ciencias Jurídicas y Sociales de cada Universidad del país;
- c) un número equivalente de representantes electos por la Asamblea General del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala;
- d) un número equivalente al de decanos, de representantes electos por magistrados (en el caso de la Comisión de Postulación para elegir magistrados de salas, los representantes serán magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y en el caso de la Comisión de Postulación para elegir magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los magistrados representantes serán de salas de la Corte de Apelaciones).

Este sistema de comisiones de postulación, con la actual regulación, ha estado vigente desde las reformas constitucionales de 1993, es decir, desde hace más de 30 años.⁴⁶ En ese momento, las facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales o de

guatemala/justicia/sala-prohibe-ejercer-cargos-a-magistrados-del-tse-senalados-en-ca-so-trep-breaking/.

46 Antes de la reforma constitucional, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia se elegían para un período de 6 años, cuatro directamente por el Congreso de la República y otros cinco de un listado de 30 candidatos presentado por una Comisión de Postulación integrada por los decanos de las facultades de Derecho, un número equivalente de representantes del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala y un representante del

Derecho eran cuatro,⁴⁷ sin embargo, con el pasar de los años han aumentado a doce, y al integrarse la Comisión por representantes del Colegio de Abogados y Notarios y representantes de magistrados, en un número equivalente al de los decanos, la comisión ha ido incrementado considerablemente su conformación, lo que ha tornado más compleja la discusión para la adopción de decisiones.

La integración de la Corte Suprema de Justicia y las salas de la Corte de Apelaciones quedó consignada, desde la reforma constitucional de 1993, cada cinco años; dado que el período por el que son electos el presidente de la República, el Congreso y las autoridades municipales es de cuatro años, no siempre coincide el momento de su designación.

De esta manera, al momento de su elección en los diferentes quinquenios, se han hecho cuestionamientos respecto del proceso, por aspectos tales como el contenido de la tabla de gradación que se utiliza para evaluar a los candidatos, la elección de los magistrados representantes que integrarán las Comisiones de Postulación, el procedimiento de votación por parte del Congreso de la República, la evaluación del desempeño de integrantes de la Carrera Judicial, entre otros. En 2019 se produjeron una serie de impugnaciones al proceso en curso, que fueron desde el cuestionamiento de la forma de elección de los representantes de los magistrados titulares de las Salas de la Corte de Apelaciones y otros tribunales colegiados de igual categoría para conformar la Comisión de Postulación que elaboraría la nómina de candidatos para elegir magistrados de Corte Suprema de Justicia,⁴⁸ hasta la falta de evaluación del desempeño de los miembros de la Carrera Judicial. Mediante una acción de amparo, se otorgó la pro-

Organismo Judicial nombrado por la Corte Suprema de Justicia. Es decir, el número de integrantes era menor ya que el representante del Organismo Judicial era uno y no el equivalente a representantes del número de decanos.

- 47 En el documento “Las universidades y las facultades de Derecho que nominan candidatos a las Cortes” se señala que, previo a 1994, existían cuatro universidades con facultades de Derecho, siendo estas la Universidad estatal, Universidad de San Carlos de Guatemala, y tres universidades de Derecho, mientras que 30 años después el número se triplica, además de integrarse con un número equivalente al de decanos de representantes del Organismo Judicial y del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala. Ver Movimiento Pro Justicia, “Las universidades y las facultades de derecho que nominan candidatos a las Cortes”, Guatemala, abril de 2024, <https://www.movamientoprojusticia.org.gt/images/Archivos%202024/La%20academia%20y%20las%20comisiones%20de%20postulaci%20n%202024.pdf>
- 48 En los expedientes 4251-2019 y 4862-2019 se cuestionó que en el artículo 4º de la Ley de Comisiones de Postulación, se establece que los representantes del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala y de los magistrados de salas serán electos por el método de representación proporcional de minorías, entre las planillas participantes; en el caso de análisis solo participó una planilla y, por ende, se eligieron de esta todos los representantes.

tección provisional⁴⁹ ordenándose la elección de representantes de magistrados según lo previsto en la Ley de Comisiones de Postulación, así como la realización de las evaluaciones del desempeño.

Al aproximarse el momento de la finalización del mandato de los electos sin que se hubiere concluido el proceso de conformación de la nueva Corte, se solicitó opinión consultiva a la Corte de Constitucionalidad, preguntando si los magistrados actuales podían continuar ejerciendo funciones, si no se presentaban sus sustitutos, a lo cual se respondió que no podían dejar su cargo sino hasta el momento en el que se presentaran sus sucesores,⁵⁰ ello según el mandato del artículo 71 de la Ley del Organismo Judicial. Los magistrados electos debían asumir el 13 de octubre de 2019.

Se presentó otro amparo, en esta ocasión promovido la fiscal general y jefa del Ministerio Público contra el Congreso de la República, reprochando la amenaza de que procediera a elegir magistrados que no reunieran los requisitos establecidos en el artículo 113 de la Constitución Política de la República –méritos de capacidad, idoneidad y honradez–, refiriendo que se produjeron influencias indebidas en el proceso de elección de los integrantes de las nóminas.

El amparo se otorgó en sentencia de 6 de mayo de 2020, ordenando a la fiscal remitir al Congreso de la República informe circunstanciado de los profesionales que conforman las nóminas relativas a la manipulación e influencia que pudo haber existido en el proceso eleccionario, así como otros procesos penales, investigaciones en curso y sentencias condenatorias referentes a los candidatos. Se ordenó también que al momento de la elección los diputados, a viva voz, expresaran las razones por las cuales cada candidato cumplía o no con los requisitos, ordenándose la exclusión de aquellos cuya idoneidad y honorabilidad estuvieran comprometidas.

Frente a esta decisión, se produjo la falta de elección de los nuevos magistrados, convocándose ese proceso en sesiones del Organismo Legislativo sin que se llevara a cabo la elección durante los años 2020, 2021, 2022 y parte de 2023. El 6 de noviembre de 2023, se dictó un auto para supervisar la ejecución del fallo, ocasión en la que se estimó que había transcurrido mucho tiempo para elegir las Cortes sin que ello ocurriera, además de que se acercaba la elección para el siguiente período (2024-2029). Por ello, se realiza un análisis de los efectos dados en la sentencia y se determina que, para la elección a viva voz sobre requisitos de los aspirantes,

49 Corte de Constitucionalidad, Auto de 16 de septiembre de 2019, expedientes 4251-2019 y 4862-2019.

50 Corte de Constitucionalidad, Opinión Consultiva de 8 de octubre de 2019, Expediente 5477-2019.

podría utilizarse el sistema de elección nominal por medio del sistema electrónico previsto en la ley, permitiéndose la discusión para debatir del cumplimiento de requisitos, de ser necesario; además, se fijó como máximo el 15 de diciembre de 2023, para la realización de la referida elección. Otro aspecto que se puntuó fue el referente a que el período por el cual serían electos los magistrados sería para finalizar el de 2019-2024, por lo que terminaría el 12 de octubre de 2024. Recién finalizada la elección, y habiendo tomado posesión de sus cargos los integrantes de las Cortes, inició el nuevo proceso de conformación de estas para el período 2024-2029, magistrados que asumieron el 13 de octubre de 2024.

Respecto a la elección de magistrados de salas de la Corte de Apelaciones y de la Corte Suprema de Justicia puede observarse que se ha tornado en un proceso complejo, y respecto al cual se han producido también una serie de cuestionamientos, impugnaciones mediante garantías constitucionales, en su mayoría amparos. De esa cuenta, en el proceso 2019-2024, se produjo un considerable retraso en la elección de magistrados, lo que llevó a que los electos desempeñaran el cargo durante un lapso menor a un año, cuando su mandato debió haber sido de cinco años, por ende, el período de los magistrados anteriores se extendió a más de nueve años.

En la elección 2024-2029, se produjeron cuestionamientos al proceso e impugnaciones. Inicialmente, el proceso ante las Comisiones de Postulación produjo una intensa discusión respecto de aspectos distintos al estudio de los candidatos, invirtiendo varias semanas en el debate sobre la sede en la que se llevarían a cabo las reuniones de los referidos cuerpos colegiados.⁵¹ Ello generó preocupación de que pudiera incumplirse el plazo para conformar las nóminas que se debían remitir al Congreso de la República.

Se dio cumplimiento a los plazos, entregándose las nóminas por las Comisiones de Postulación dentro del término fijado y habiéndose realizado la elección también dentro del plazo previsto, sin embargo, la demora inicial provocó que el proceso de elección se realizara con suma celeridad, restando tiempo a la discusión y el análisis de los perfiles de los candidatos que se presentaron. Se mantuvo

⁵¹ La Misión de Observación de Elecciones de Autoridades de Justicia en Guatemala expresó su preocupación ante los retrasos en el proceso de elección de Cortes, al señalar el 6 de agosto de 2024 su “profunda preocupación por el escaso avance en las discusiones de las Comisiones Postuladoras, sobre todo a la luz de los cortos plazos para culminar este proceso. Los retrasos son significativos y luego de semanas de haber sido juramentados los miembros de las Comisiones, aún no se discuten cuestiones de fondo y las discusiones giran en torno a la sede de las Comisiones”. Comunicado de Prensa C-051/24, de la Organización de los Estados Americanos, https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-051/24

una sede que permitió el acceso a la prensa, la sociedad civil y los postulantes para la presentación de su documentación.

El Organismo Judicial es uno de los tres poderes del Estado, y la situación de que sus máximas autoridades no fueran electas, como aconteció en el quinquenio 2019-2024, generó incertidumbre tanto en la población como en los magistrados que continuaron en funciones, lo que pudo provocar una desestabilización de uno de los poderes del Estado.

En entrevista realizada por la revista *Plaza Pública* a la exfiscal y actual directora del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil), Claudia Paz y Paz, expone que el proceso recién finalizado nos deja muchas lecciones aprendidas, y, dentro de ellas, que el sistema de elección de altas cortes ya no funciona, pues deben elegirse muchas personas en plazos muy cortos, por comisiones designadas para ese efecto, además de que la ley permite conflictos de interés, porque había personas que eran electores y candidatos; no obstante, resalta que dentro de los aspectos positivos está que hubo elección, la participación de los pueblos indígenas, las organizaciones, misión de observación de la OEA, el Panel de Personas Expertas Independientes (PEI).⁵²

No cabe duda de que el sistema de comisiones de postulación, vigente desde hace más de 30 años en Guatemala, para presentar las nóminas de candidatos a magistrados debe ser revisado y reformado para que se garantice la selección de los candidatos más idóneos, capaces, aptos y probos, a fin de conformar un poder del Estado con la responsabilidad trascendental de juzgar y ejecutar lo juzgado.

Máximos Tribunales: Corte Suprema de Justicia, Corte de Constitucionalidad y Tribunal Supremo Electoral

El Tribunal Supremo Electoral (justicia electoral) es la máxima autoridad en materia electoral, no supeditado a organismo alguno del Estado. Convoca al proceso electoral, declara los resultados y la validez o nulidad de las elecciones, además de adjudicar los cargos. Resuelve sobre asuntos decididos por el Registro de Ciudadanos, así como lo referente a inscripción, sanciones, suspensión y cancelación de organizaciones políticas. El sistema de justicia en Guatemala reconoce en forma independiente a la Corte Suprema de Justicia (justicia ordinaria) y a la Corte de Constitucionalidad (justicia constitucional). Ahora bien, como toda resolución de autoridad, las del Tribunal Supremo Electoral pueden

⁵² Jody García y Liliana Villatoro, “Claudia Paz y Paz, ‘El sistema de elección de altas cortes ya topó, se ha demostrado que no funciona’”, *Plaza Pública*, 21 de octubre de 2024, <https://www.plazapublica.com.gt/justicia/informacion/claudia-paz-y-paz-el-sistema-de-eleccion-de-altas-cortes-ya-topo-se-ha>.

ser cuestionadas mediante amparo, el que se conoce en primera instancia por la Corte Suprema de Justicia y en alzada por la Corte de Constitucionalidad.

En cuanto a la Corte Suprema de Justicia, esta es la máxima autoridad de la justicia ordinaria, a quien se le confiere la potestad de ejercer con exclusividad la función jurisdiccional, así como a los demás Tribunales que conforman el Organismo Judicial (art. 203 CPR). Por su parte, la Corte de Constitucionalidad se creó como un tribunal permanente de jurisdicción privativa, cuya función esencial es la defensa del orden constitucional (art. 268 CPR).

A pesar de la independencia de ambos tribunales, poseen una relación derivada de la competencia que se les asigna desde la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (LAEPyC) a los tribunales de primer grado, salas de la Corte de Apelaciones, Cámara de Amparo y Corte Suprema de Justicia (todos ellos parte del Organismo Judicial y actúan en calidad de tribunales de amparo en primer grado o en carácter de tribunales constitucionales). Estas decisiones se conocen en alzada por la Corte de Constitucionalidad, es decir, aunque son dos tribunales independientes, en cuanto al conocimiento de acciones constitucionales, los tribunales del Organismo Judicial conocen en primer grado y en alzada la Corte de Constitucionalidad.

Otra relación que se produce entre ambos es la que surge de los amparos que se interponen contra autoridades que forman parte del Organismo Judicial, ello deriva de que en Guatemala existe el amparo judicial y la gran mayoría de asuntos que se cuestionan en amparo tienen como subyacente un proceso judicial. De esa cuenta, en ellos la autoridad reprochada es un juez, sala, cámara o Corte Suprema de Justicia; de esta manera, es a tales tribunales a quienes se les confieren las audiencias y respecto de quienes se deciden los asuntos. En caso de otorgarse la protección, la orden que se dé por el tribunal que decida el asunto es dejar en suspenso el acto reclamado y ordenar que se dicte una nueva decisión sin incurrir en lesión constitucional.

Las competencias de la Corte de Constitucionalidad son bastante amplias, y posee facultad para dejar en suspenso cualquier acto de autoridad que sea considerado contrario a mandatos constitucionales, pudiendo conocer actuaciones provenientes de todos los poderes públicos o autoridades privadas, ya sea en forma directa –en el caso de las más altas autoridades–, o en alzada respecto del resto de casos. Así, pueden señalarse decisiones como la mencionada sentencia del 25 de mayo de 1993, que dejó sin validez disposiciones del presidente de la República que pretendía suspender normativa constitucional y separar de sus cargos a funcionarios, sin contar con facultades para ello. En el ámbito de derechos humanos, posee facultad para actuar en defensa de los derechos de la población tanto en casos concretos como en aquellos

en los que se ha reconocido legitimación para actuar en defensa de derechos de la colectividad.

Dentro de las resoluciones de la Corte de Constitucionalidad, de reciente data, que han tenido trascendencia nacional, pueden mencionarse las proferidas dentro del Expediente 6175-2023, el 6 de octubre de 2023 y el 14 de diciembre de ese año, que decidieron el amparo provisional y definitivo con relación al reclamo formulado por ciudadanos contra el Congreso de la República, presidente de la República, ministros de Relaciones Exteriores y de Gobernación, director de la Policía Nacional Civil, fiscal general de la República y algunos fiscales, reclamando frente a la amenaza de que se desobedeciera la voluntad popular expresada por el pueblo de Guatemala, mediante acciones que pudieran afectar la toma de posesión y el ejercicio de los cargos para los que fueron electos el presidente y vicepresidente de la República, así como diputados al Congreso de la República y todos los restantes funcionarios electos en 2023. En la protección interina se ordenó a las diferentes autoridades en el ámbito de sus competencias preservar el régimen democrático del Estado observando los valores fundamentales de la justicia, seguridad, paz y, en particular, el principio de alternabilidad en el ejercicio del poder, así como realizar todos los actos que les competan, observando imperativamente que la renovación de los integrantes de los poderes Legislativo, Ejecutivo y Municipal debía llevarse a cabo en las fechas previstas en la Constitución Política de la República.⁵³

Derivado de la continuación de los procesos penales instaurados por el Ministerio Público y resoluciones dictadas que ordenaban la cancelación del partido político Movimiento Semilla que postuló a los candidatos ganadores del proceso electoral para presidente y vicepresidente de la República, al dictar sentencia se estimó que la orden penal dictada no afectaba ni dejaba en suspenso el Acuerdo del Tribunal Supremo Electoral que oficializó los resultados electorales, careciendo de efecto positivo en cuanto a suspender el proceso electoral en la fase en la que se encontraba, así como sus efectos posteriores. Se consideró, además, que una vez oficializados los resultados obtenidos en las elecciones generales, no era dable que el Congreso de la República pudiera desconocer el carácter resolutivo de los decretos del Tribunal Supremo Electoral que oficializaron resultados. Se ordenó que el Congreso de la República realizara los actos de su competencia para la renovación de los integrantes de los poderes Legislativo y Ejecutivo, los que debían llevarse a cabo en la fecha constitucionalmente prevista, siendo esta

53 Auto de 06 de octubre de 2023, dictado dentro del Expediente 6175-2023, pp. 20-25.

el 14 de enero de 2024, con las personas que resultaron electas conforme los resultados avalados por el Tribunal Supremo Electoral.⁵⁴

Las decisiones jurisdiccionales recién mencionadas consolidaron la transición del Ejecutivo, el Legislativo y las autoridades municipales en las fechas previstas, según los resultados electorales oficializados por el Tribunal Supremo Electoral.

Como se mencionó, el proceso electoral realizado en 2023 ha sido uno de los que han afrontado mayores dificultades durante la vigencia de la actual Constitución desde 1986⁵⁵, de esa cuenta, atravesó una serie de impugnaciones en el ámbito administrativo ante las autoridades electorales; pero, además de ello, afrontó una fuerte judicialización, particularmente mediante procesos penales promovidos por el Ministerio Público.

Se produjeron también acciones constitucionales relacionadas con la elección de magistrados de salas de la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema de Justicia, tales como la que reclamó a las Comisiones de Postulación que presentarían las nóminas de candidatos para elegir magistrados de Cortes de Apelaciones y otros Tribunales de igual categoría, demora en su actuación por haber prolongado la discusión de su sede durante varias semanas, en las que no se produjo la discusión de aspectos de fondo del proceso. Ese cuestionamiento derivó en la decisión de 16 de agosto de 2024, en la que se ordenó por la Corte de Constitucionalidad el cumplimiento de los procedimientos, plazos, objetivos y mecanismos para llevar a cabo su función, abstenerse de realizar actos que pudieran derivar en retraso en la entrega de las nóminas, bajo la advertencia de que, en caso de incumplimiento, incurriían en las responsabilidades civiles y penales correspondientes.⁵⁶ Posteriormente, también se reprochó al Congreso de la República la amenaza de que la elección no se realizara cumpliendo con el principio de alternancia en el poder y el principio de legalidad, habiéndose

54 Corte de Constitucionalidad, Sentencia de 14 de diciembre de 2023, Expediente 6175-2023, pp. 61-65.

55 Con anterioridad a ello, un proceso electoral muy convulsionado fue el realizado en 2003, cuando se autorizó la candidatura de Efraín Ríos Montt, un exdictador, quien había ejercido la presidencia con anterioridad, derivada de un golpe de Estado, y por ello encuadraba en un caso de prohibición constitucional. Ver Human Rights Watch, “Ex-dictador de Guatemala candidato ‘no apto’ para presidente. Candidatura de Ríos Montt, retroceso de los derechos humanos”, 15 de julio de 2003, https://www.hrw.org/legacy/spanish/press/2003/guatemala_riosmontt.html.

56 Corte de Constitucionalidad, Auto de 16 de agosto de 2024, Expediente 5165-2024, www.cc.gob.gt. Ver Douglas Cuevas, “Magistrados de la CC ordenan a postuladoras evitar retraso y respetar los plazos para la renovación de las Cortes”, *Prensa Libre*, 16 de agosto de 2023, <https://www.prensalibre.com/guatemala/justicia/magistrados-de-la-cc-ordenan-postuladoras-evitar-retraso-y-respetar-los-plazos-para-la-renovacion-de-las-cortes/>.

otorgado y ordenado al Legislativo, ente encargado de la elección, que el proceso se realizara en cumplimiento de los plazos constitucionales y legales para que los designados fueran electos y pudieran asumir en los plazos previstos.⁵⁷ El proceso de elección de magistrados de Salas y Tribunales de igual categoría, así como de magistrados de Corte Suprema de Justicia, se realizó dentro de los plazos constitucionales, habiendo asumido en el lapso señalado.

Puede observarse entonces que, si bien las mencionadas son las más altas autoridades judiciales o electorales, la jurisdicción constitucional prevé el cuestionamiento de sus actuaciones por esta vía. También es dable cuestionar el proceso de conformación de estas.

Una situación que se observa frecuentemente durante los últimos años ha sido la promoción de procesos penales contra diversas autoridades,⁵⁸ tal como lo acontecido con 4 de los 5 magistrados del Tribunal Supremo Electoral, lo que podría conllevar la dificultad de funcionamiento de este, y, por ende, se sitúa en riesgo a un órgano fundamental dentro del Estado.

Ello llama a la reflexión de reformas que podrían realizarse, dirigidas a fortalecer el debido funcionamiento de entes estatales de especial trascendencia como lo es el Tribunal Supremo Electoral.

En lo que respecta a aspectos por fortalecer con relación a la Corte Suprema de Justicia, puede considerarse la consolidación de la Carrera Judicial, lo que es dable mediante reforma legal, así como la revisión del proceso de elección de magistrados de las salas de la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema de Justicia, lo que sí requeriría una reforma constitucional. En cuanto a la Corte de Constitucionalidad también podría considerarse la renovación de esta en forma parcial, de manera que no se verifique un cambio total en un mismo momento.

Dentro de las fortalezas de estos tribunales puede señalarse que, a pesar de la crisis que se produjo en el proceso electoral de 2023, el Tribunal Supremo Electoral resolvió las impugnaciones por los mecanismos establecidos y oficializó oportunamente los resultados electorales, lo que posibilitó que los funcionarios electos pudieran asumir sus cargos.

57 Corte de Constitucionalidad, Resolución de 30 de septiembre de 2024, Expediente 6265-2024. Se pidió a los órganos jurisdiccionales del país prudencia y proporcionalidad en las resoluciones que se emitieran a efecto de evitar obstaculizaciones, paralización o dilaciones innecesarias del procedimiento de elección y designación de los magistrados del Poder Judicial para el período 2024-2029. En similar sentido, ver Corte de Constitucionalidad, Auto de 30 de septiembre de 2024, Expediente 6437-2024, www.cc.gob.gt.

58 CIDH, Observaciones Preliminares, Observación 15. Visita *in loco* a Guatemala, 2024, p. 10, https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2024/observaciones_preliminares_guatemala.pdf.

Dentro de los aportes a la protección de los derechos humanos puede, proveniente de la justicia constitucional, haberse reconocido mediante la jurisprudencia constitucional la legitimación con efectos hacia la generalidad al procurador de los Derechos Humanos y a colectividades respecto de sus integrantes.

Así, dentro de las acciones instadas por el procurador de los Derechos Humanos a favor de la generalidad, pueden mencionarse los reclamos formulados: a) por el alza al servicio de energía eléctrica, cuando para ello no se siguió el procedimiento establecido legalmente,⁵⁹ cuyo otorgamiento benefició a toda la población; b) al ministro de Salud debido a la actitud omisa de diseñar e implementar políticas y programas para prevenir el cáncer cérvico-uterino y la negativa de proporcionar la vacuna de prevención de esa enfermedad para las mujeres que prestaran su consentimiento libre, consciente e informado para recibirla;⁶⁰ c) al referido ministro por el desabastecimiento de medicamentos, insumos y personal médico y paramédico en los centros estatales.⁶¹

También se ha reconocido la legitimación activa a los habitantes para cuestionar la conformación de órganos de poder público o asuntos que afecten a la totalidad de habitantes del Estado.⁶² Estos aspectos han ampliado el ámbito de protección de los derechos humanos. Se ha reconocido la existencia de un bloque de constitucionalidad⁶³ y se efectúa control de convencionalidad.⁶⁴

Se han proferido sentencias estructurales en temas en los que se reclamaba la implementación de proyectos sin haber efectuado el proceso de consulta a las comunidades indígenas que habitaban la región.⁶⁵

También, en lo que respecta a la protección de los derechos humanos, puede señalarse que se ha reconocido la existencia de un bloque de constitucionalidad⁶⁶

59 Corte de Constitucionalidad, Sentencia de 19 de diciembre de 1996, Expediente 1398-96.

60 Corte de Constitucionalidad, Sentencia de 23 de mayo de 2013, Expediente 4048-2012.

61 Corte de Constitucionalidad, Sentencia de 24 de julio de 2012, Expediente 3501-2011.

62 Corte de Constitucionalidad, Sentencia de 07 de marzo de 2014, Expediente 461-2014, <https://consultajur.cc.gob.gt/wcJur/Portal/wfTextoLibre.aspx>.

63 Corte de Constitucionalidad, Sentencia de 17 de julio de 2012, Expediente 1822-2011, <https://jurisprudencia.cc.gob.gt/ptmp/TextoLibre.aspx>.

64 Corte de Constitucionalidad, Sentencia de 18 de octubre de 2017, Expediente 3066-2017, <https://jurisprudencia.cc.gob.gt/ptmp/TextoLibre.aspx>.

65 Corte de Constitucionalidad, Sentencia de 26 de mayo de 2017, expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017 CC, <https://jurisprudencia.cc.gob.gt/ptmp/TextoLibre.aspx>.

66 Corte de Constitucionalidad, Sentencia de 17 de julio de 2012, Expediente 1822-2011, <https://jurisprudencia.cc.gob.gt/ptmp/TextoLibre.aspx>.

y el control de convencionalidad,⁶⁷ lo que amplía el ámbito de protección de los derechos humanos al reconocer la aplicación de la normativa proveniente de convenciones y tratados internacionales, como parte del bloque de constitucionalidad, y posibilitar la verificación de las normas ordinarias frente a las convencionales mediante este control.

REFLEXIONES FINALES Y RECOMENDACIONES

La contextualización de la situación del Estado de derecho en la región y, en particular, en el caso de Guatemala, evidencia algunos de los desafíos que presenta en la actualidad el Estado de derecho, lo que dificulta alcanzar la realización del bien común para todos los habitantes, así como la plena garantía de los derechos humanos de sus integrantes, logrando la protección de la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona, tal como se prevé en los primeros artículos del texto constitucional.

Después de expuesto el panorama y análisis de la situación, es de interés realizar propuestas que puedan contribuir a superar las situaciones de crisis que se presentan o puedan presentarse.

Del contexto referido resulta preocupante que en 30 años Guatemala ha descendido del puesto 108, que ocupaba en 2004 al 136 en el Índice de Desarrollo Humano, por lo que es urgente que las autoridades estatales consideren esta situación de manera que tracen metas concretas a corto plazo que permitan suspender ese decrecimiento y gradualmente iniciar su recuperación. Si bien las metas a largo plazo pueden dificultarse por los cambios de gobiernos, más cuando quien asume pertenece a un partido político distinto al del anterior gobernante, debe darse continuidad a programas que contribuyan al fortalecimiento del desarrollo humano. La revisión de las políticas públicas con estos objetivos es fundamental.

Otro aspecto que no ha sido bien evaluado en el Estado de Guatemala es la corrupción, y uno de los objetivos anunciados por el actual gobierno va dirigido al ataque a este flagelo, por lo que, con esa meta trazada, deben presentarse resultados concretos que evidencien los avances. Una de las acciones que podría contribuir al ataque de la corrupción es la implementación de normas y mecanismos en las diferentes instituciones públicas dirigidos a la transparencia, ya que mientras más visible sea la actuación pública, mayor auditoría social puede

67 Corte de Constitucionalidad, Sentencia de 07 de marzo de 2018, Expediente 5181-2017, <https://jurisprudencia.cc.gob.gt/ptmp/TextoLibre.aspx>.

realizarse y más complejo se tornaría un acto de corrupción. Por esto, podría ejercerse la iniciativa de ley del Ejecutivo para la propuesta de normativa dirigida a ese objetivo. Un sistema efectivo de denuncias ciudadanas puede contribuir con ello.

Hay una serie de factores que pueden provocar un impacto en la economía e incidir en el desarrollo de la población como son las migraciones, por lo que es indispensable el surgimiento de nuevas fuentes de trabajo a fin de evitar migraciones masivas para obtener mejoras económicas. Para ello, el gobierno podría considerar la concesión de créditos que permitan establecer actividades económicas que generen recursos y fuentes de empleo. Al respecto, un área que debe analizarse es el turismo, ya que se cuenta con valiosos sitios turísticos tanto históricos como naturales que pueden constituir lugares de interés, lo cual no es aprovechado en Guatemala y podría constituirse en fuente de empleos e ingreso de recursos económicos. Resultaría interesante consolidar lazos con otros Estados centroamericanos para el fortalecimiento del turismo regional.

El fortalecimiento del sistema educativo es fundamental, de manera que los guatemaltecos posean una formación que no solo incluya la elemental, sino niveles más elevados de educación, lo que a futuro les permitiría optar a puestos de trabajo que les posibiliten un nivel de vida digno. Por otro lado, respecto a la problemática de la deserción escolar, causada por diferentes factores, por lo que deberían adoptarse medidas específicas para afrontarla y superarla. Podría considerarse el mantenimiento de planes educativos virtuales para ampliar la asistencia a clases.

En cuanto a la conformación del poder público, ha sido sumamente preocupante el cuestionado proceso electoral realizado en 2023. El sistema electoral guatemalteco prevé que los ciudadanos conformen las juntas receptoras de votos, juntas municipales y juntas departamentales, lo que permite que cada una valide mediante actas los datos obtenidos, conservando copia de estas y trasladando los resultados a la autoridad superior, garantizando de esa manera la salvaguarda de los datos obtenidos. Sin embargo, en esta ocasión se promovieron acciones judiciales contra las diferentes autoridades electorales, cuestionando resultados, mediante procedimientos que no eran los establecidos en la Ley Electoral y de Partidos Políticos, incluso procesos penales, lo que generó mucha incertidumbre durante el proceso electoral. Derivado de ello, se estima aconsejable analizar lo acontecido a fin de proponer de manera puntual las reformas pertinentes a la Ley Electoral, que permitan garantizar las elecciones, así como revisar el contenido relativo a impugnaciones a efecto de proteger el proceso electoral.

En la revisión de la Ley Electoral podrían proponerse las cuotas de género, toda vez que es evidente la poca participación de mujeres y mucho menos las que efectivamente lograron asumir cargos de elección popular pues, como se

mencionó, en el Congreso de la República, de 160 parlamentarios, 32 son mujeres, lo que alcanza solo el 20%.

Las leyes se deben ir adaptando a los cambios de la sociedad y, si bien la Constitución como norma suprema debe poseer estabilidad, también debe considerarse su reforma para incorporar las modificaciones necesarias. Es evidente que una única reforma durante casi 40 años de vigencia ha dejado fuera de su texto una serie de aspectos necesarios.

Podría analizarse de una forma que involucre a los diferentes sectores sociales, la discusión de una reforma constitucional. En temas de derechos humanos la Constitución posee un amplio reconocimiento de derechos individuales y sociales, sin embargo, sería aconsejable una protección desarrollada al medio ambiente, el reconocimiento del derecho a la paz, al desarrollo integral, entre otros.

Un tema debatido en diferentes ocasiones al mencionar la reforma constitucional ha sido lo referente al sector justicia. A ese respecto, la conformación de las salas de la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema de Justicia, electas de nóminas elaboradas por Comisiones de Postulación, cuya conformación se ha ido ampliando cada vez más, y en las que se ha evidenciado que se ha tornado muy compleja su actuación, es un mecanismo que debe revisarse, de manera tal que la selección de candidatos se realice por el sistema más idóneo, que permita proponer a los candidatos más capacitados, y que posibilite la evaluación de los méritos suficientes para optar a las diferentes magistraturas. Debe revisarse también el sistema de la Carrera Judicial que permita evaluar los méritos y que estos sean considerados para los futuros cargos.

Otra reforma que debería considerarse es que la renovación de las más altas magistraturas no se realice en su totalidad en un mismo momento, ya que ello dificulta la continuidad en un tiempo determinado.

Para el caso de los más altos tribunales, como son la Corte Suprema de Justicia y la Corte de Constitucionalidad, podría considerarse su renovación parcial, para que pueda mantenerse la experiencia de la judicatura de quienes vienen desempeñándose en el cargo y permitir a quienes se incorporan conocer la jurisprudencia del Tribunal. De esta manera, en el caso de la Corte Suprema de Justicia, podría darse la renovación en una ocasión de seis de sus integrantes y en la otra de siete de estos, toda vez que se integra por trece magistrados. En el caso de la Corte de Constitucionalidad, la renovación de tres y luego de dos de sus integrantes, titulares y suplentes.

Mientras no se realice una reforma constitucional, podrían proponerse iniciativas de ley para el desarrollo legislativo de los derechos humanos que aún no se encuentran expresamente contenidos en la Constitución. En cuanto a la conformación de los poderes públicos, también podría promoverse la reforma

a la Ley de Comisiones de Postulación de manera que puedan introducirse los aspectos que posibiliten que su actuar contribuya a la mejor propuesta de los candidatos idóneos y con mejores méritos para la postulación.

No cabe duda de que los primeros 25 años del siglo XXI han traído grandes cambios en los Estados de la región y, en algunos de ellos, con mayores o menores crisis, así como con períodos de estabilidad. En todo caso, la expectativa es alcanzar su consolidación y un sistema democrático en el que se logre el mayor beneficio para la población.

BIBLIOGRAFIA

ACUÑA VILLARRAGA, Fabián Alejandro, “La tentación reelecciónista en América Latina: Reformas políticas para prolongar o restringir el mandato presidencial (1977-2021)”, en Flavia FREIDENBERG (ed.), *Las reformas a la representación política en América Latina*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2022, pp. 159-178.

BARRIENTOS, Miguel y Douglas CUEVAS, “Sala prohíbe ejercer cargos a magistrados del TSE señalados en caso TREP”, *Prensa Libre*, 5 de abril de 2024, <https://www.prensalibre.com/guatemala/justicia/sala-prohibe-ejercer-cargos-a-magistrados-del-tse-senalados-en-caso-trep-breaking/>.

BBC NEWS MUNDO, “Nayib Bukele anuncia que aspirará a la reelección en El Salvador (aunque expertos dicen que lo prohíbe la Constitución)”, 16 de septiembre de 2022, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-62928401>.

BREWER CARÍAS, Allan R., *Crónica constitucional sobre el secuestro de la elección presidencial del 28 de julio de 2024*, Colección de crónicas constitucionales para la memoria histórica, No. 10, Caracas, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Católica Andrés Bello, Editorial Jurídica Venezolana Internacional, 2024.

COLOMER VIADEL, Antonio, “Constitución, Estado, Democracia y Justicia, entre la ficción y la realidad. Al hilo de las crisis democráticas en las sociedades Iberoamericanas”, *Direito, Processo e Cidadania*, vol. 2, n.º 3, 2023, pp. 12-19.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), *Informe Anual, 2021*, Capítulo IV.B, Guatemala, <https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2021/capitulos/IA2021cap4B.Guatemala-es.pdf>.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), *Informe Anual 2023*, Capítulo IV. B, https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2023/capitulos/IA2023_Cap_4B_Guatemala_SPA.PDF.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), “Observaciones preliminares. Visita *in loco* a Guatemala”, 22 al 26 de julio de 2024, https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/2024/observaciones_preliminares_guatemala.pdf.

CUEVAS, Douglas, “Magistrados de la CC ordenan a postuladoras evitar retraso y respetar los plazos para la renovación de las Cortes”, *Prensa Libre*, 16 de agosto de 2023, <https://www.prensalibre.com/guatemala/justicia/magistrados-de-la-cc-ordenan-postuladoras-evitar-retraso-y-respetar-los-plazos-para-la-renovacion-de-las-cortes/>.

DÍAZ, Ana María, “PNUD presenta nuevo informe sobre Desarrollo Humanos 2023/24”, *Prensa libre*, 13 de abril de 2024, https://www.prensalibre.com/opinion/columnas-diarias/pnud-presenta-nuevo-informe-sobre-desarrollo-humano-2023-24/?utm_source=modulosPL&utm_medium=linkinterno&utm_campaign=ux?utm_source=modulosPL&utm_medium=linkinterno&utm_campaign=ux.

DEL CID, Jeraldine, “Elecciones 2023 en Guatemala: el punto de inflexión para la democracia”, *Revista Elecciones*, vol. 23, n.º 27, enero-junio 2024, pp. 339-356, <https://revistas.onpe.gob.pe/index.php/elecciones/article/view/344>.

GARCÍA, Jody y Liliana VILLATORO, “Claudia Paz y Paz, ‘El sistema de elección de altas cortes ya topó, se ha demostrado que no funciona’”, *Plaza Pública*, 21 de octubre de 2024, <https://www.plazapublica.com.gt/justicia/informacion/claudia-paz-y-paz-el-sistema-de-eleccion-de-altas-cortes-ya-topo-se-ha>.

GONZÁLEZ DÍAZ, Marcos, “En Centroamérica asistimos a un resurgimiento del autoritarismo y ojalá no se extienda a otros países de América Latina”, en *BBC News Mundo*, 16 de mayo 2023, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-65567338>.

HERDEGEN, Matthias, “La Corte de Constitucionalidad como último guardián del orden constitucional: *Negotiorum gestio* para restablecer el equilibrio estatal”. Reflexiones sobre la Sentencia del 25 de mayo de 1993.

HUMAN RIGHT WATCH, “Ex-dictador de Guatemala candidato ‘no apto’ para presidente. Candidatura de Ríos Montt retroceso de los derechos humanos”, https://www.hrw.org/legacy/spanish/press/2003/guatemala_riosmontt.html.

MOVIMIENTO PRO JUSTICIA, “Las universidades y las facultades de derecho que nominan candidatos a las Cortes”, Guatemala, abril de 2024, <https://www.movamientoprojusticia.org.gt/images/Archivos%202024/La%20academia%20y%20las%20comisiones%20de%20postulaci%20n%202024.pdf>.

JIMÉNEZ YÁÑEZ, César, “#Chile despertó: Causas del estallido social en Chile”, *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 82, n.º 4, 2020, pp. 949-957.

MEDICO INTERNACIONAL, “Entrevista a Claudia Paz y Paz, exfiscal General de la República de Guatemala”, 19 de diciembre de 2022, <https://www.medico.de/es/autoritarismo-contagioso-19056>.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Guatemala, *Situación de los derechos humanos en Guatemala durante 2023*, OACNUDH, 2024, https://issuu.com/oacnudhgt/docs/informe_anual_2023.

PINEDA, Sandy y Raúl BARRENO, “Elecciones en Guatemala 2023: MLP presenta apelación ante la CC para revertir fallo que impide la inscripción de Thelma Cabrera y Jordán Rodas”, *Prensa Libre*, 25 de mayo de 2023.

PROCURADOR DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Informe Anual Circunstanciado de actividades y de la situación de los Derechos Humanos 2023*, Guatemala, 2024, https://dipmindef.mil.gt/docs/IAC_2023.pdf.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD), *Panorama Nacional: Desarrollo humano en Guatemala. Resumen ejecutivo*, Guatemala, PNUD, 2022, https://indhguatemala.org/app/uploads/2022/07/IDH_Guatemala_2.pdf.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD), *Informe sobre Desarrollo Humano 2023/2024. Panorama General: salir del estancamiento, reimaginar la cooperación en un mundo polarizado*, PNUD, https://hdr.undp.org/system/files/documents/global-report-document/hdr2023-24overviews.pdf?gl=1*1xxdpnk*gcl_au*MzI2NzU3ODQzLjE3MzA2Nzk4NDA.*_ga*MTM2MDI4MzY3My4xNzMwNjc5ODQw*_ga_3W7LPKoWPi*MTczMDY4ODkxNC4yLjEuMTczMDY4OTAwMC4zNS4wLjA.

TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL, Comunicado del 22 de junio de 2023, <https://www.lared1061.com/nacionales/que-misiones-de-observacion-estaran-en-las-elecciones-2023-de-guatemala/>.

TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL, “TSE oficializa resultados de la elección para Presidente y Vicepresidente de la República”, <https://www.tse.org.gt/index.php/comunicacion/noticias/923-tse-oficializa-resultados-de-la-eleccion-para-presidente-y-vicepresidente-de-la-republica>.

UNIÓN EUROPEA, “Una segunda elección presidencial bien organizada y transparente en Guatemala: un fuerte compromiso de los ciudadanos con la democracia”, en *Misión de observación electoral de la Unión Europea Guatemala 2023*, UE, 2023, https://www.eeas.europa.eu/eom-guatemala-2023/una-segunda-eleccion-presidencial-bien-organizada-y-transparente-en-guatemala-un-fuerte-compromiso_esc;

JURISPRUDENCIA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA DE 1985.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Auto de 06 de octubre de 2023, Expediente 6175-2023.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Auto de 13 de julio de 2023, Expediente 3985-2023.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Auto de 16 de agosto de 2024, Expediente 5165-2024.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Auto de 16 de septiembre de 2019, expedientes acumulados 4251-2019 y 4862-2019.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Auto de 30 de septiembre de 2024, Expediente 6265-2024.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Auto de 30 de septiembre de 2024, Expediente 6437-2024.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, *Digesto Constitucional*, Guatemala, Serviprensa, 2005.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD OPINIONES Y RESOLUCIONES, www.cc.gob.gt.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Sentencia de 14 de diciembre de 2023, expediente 6175-2023.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Sentencia de 19 de diciembre 1996, expediente 1398-96.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Sentencia de 23 de mayo de 2013, expediente 4048-2012.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Sentencia de 24 de julio de 2012, expediente 3501-2011.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Sentencia de 26 de mayo de 2017, expedientes acumulados 90-2017, 91-2017 y 92-2017.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Sentencia de 07 de marzo de 2014, expediente 461-2014.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Sentencia de 17 de julio de 2012, expediente 1822-2011.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Sentencia de 18 de octubre de 2017, expediente 3066-2017.

CORTE IDH OPINIÓN CONSULTIVA OC-28/21 DE 07 DE JUNIO DE 2021, https://www.cor-teidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_28_esp.pdf.

LEY DE AMPARO, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, Decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente.

LEY ELECTORAL Y DE PARTIDOS POLÍTICOS, Decreto 1-85 de la Asamblea Nacional Constituyente. Opinión consultiva CC de 8 de octubre de 2019, Expediente 5477-2019.

TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL, Acuerdo 1328-2023 de 12 de julio de 2023, <https://www.tse.org.gt/images/Acuerdos2023/1328-2023.pdf>.

TRIBUNAL SUPREMO ELECTORAL, Acuerdo 1659-2023 de 28 de agosto de 2023, <https://www.tse.org.gt/images/Acuerdos2023/1659-20>.

ARTÍCULO PRESENTADO EL 14 DE JULIO DE 2025.

ESTADO DE DERECHO EN MÉXICO: NORMAS INEFECTIVAS Y REALIDADES PREOCUPANTES

Alfonso Herrera García*

INTRODUCCIÓN. UN CONCEPTO DE “ESTADO DE DERECHO”

Para comenzar, es preciso definir el concepto de Estado de derecho, que será objeto de consideración en este trabajo, dada la conocida equivocidad y el carácter multívoco del mismo.

El Estado de derecho consiste en la sujeción efectiva de todos, poderes públicos y privados, así como de la sociedad, a un sistema racional de reglas de derecho. Estas reglas se caracterizan por la limitación legal al ejercicio del poder, por un lado, y la consagración y garantía material de libertades y derechos fundamentales de las personas, por el otro.

En un Estado de derecho, el cumplimiento de ese sistema de reglas forma parte de la cultura, las conductas y la vocación de autoridades y personas, con infaltables dosis de convicción y de convencimiento de practicarlas de buena fe, cotidianamente y de transmitirlas a las nuevas generaciones de la sociedad.

CONTENIDOS DEL ESTADO DE DERECHO EN LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

Pese a todos los problemas de materialización del Estado de derecho en el país –a los que me referiré en este trabajo–, el ordenamiento mexicano cuenta con

* Doctor en Derecho Constitucional, Universidad Complutense de Madrid. Profesor de la maestría en Derecho Procesal Constitucional, Universidad Panamericana; investigador Nacional nivel II del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Humanidades, Ciencias y Tecnologías (Conahcyt). En representación de México es miembro del Grupo de Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer. jaherrera@ yahoo.com.mx.

coberturas jurídicas más o menos claras de los elementos normativos que le serían propios.

Principios para la aplicación de las reglas de derecho

Principio de legalidad

De acuerdo con el artículo 16 constitucional, ninguna persona puede ser molestada en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, si no es con base en un mandamiento escrito de la autoridad competente. La autoridad está obligada a fundar y motivar la causa legal del procedimiento que supone esa molestia o afectación.

Mucho antes de la época considerada como de la transición democrática (desde finales de la década de los setenta), la Suprema Corte desprendió de este artículo el entendimiento clásico del principio de legalidad. Así lo sostuvo, por ejemplo, en el amparo penal directo 1979/52, según el cual, en un Estado de derecho, el “principio de distribución” consiste en que las constituciones establezcan facultades limitadas y expresas para la autoridad, lo que únicamente les permite hacer lo que la ley les autoriza de modo explícito. Mientras que el particular disfruta de su derecho de libertad, lo cual le permite hacer lo que estime conveniente, excepto lo que la ley le prohíbe de modo expreso.¹

Más de 60 años después, el principio de legalidad mantiene su centralidad en la idea del Estado de derecho, como se observa, por ejemplo, en el recurso de reclamación 777/2014. En este caso, la Corte establece que, en el ejercicio de sus labores, las autoridades no pueden hacer prevalecer su propia interpretación de la Constitución y de la ley. Su competencia o atribuciones constituyen un principio fundamental del Estado de derecho, lo cual es una cuestión de orden público que contribuye a brindar certeza jurídica a las personas que interactúan con las autoridades.²

Principio de seguridad jurídica

En términos del artículo 14 constitucional, se obtiene seguridad jurídica a partir del mandato de que ninguna persona pueda ser privada de su libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino se le sigue un juicio ante tribunales

¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 17 de junio de 1953, Tomo CXVII, p. 1441.

² Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 30 de octubre de 2014, Libro 15, Tomo II, p. 1766.

previamente establecidos. Juicio en el cual deben cumplirse las formalidades esenciales del procedimiento y cumplirse leyes previamente establecidas para todos.

Se trata de un principio, un derecho humano (en el concepto constitucional mexicano) y un derecho subjetivo estelar en el sistema judicial del país. Y que en la actualidad también aparece directamente vinculado con el cumplimiento y la ejecución efectiva de las sentencias que han causado cosa juzgada. Así, en el amparo directo en revisión 2562/2015, por poner un ejemplo, se recuerda que la cosa juzgada dota de certeza jurídica a la decisión definitiva y a los intervenientes en un juicio respecto de las consecuencias derivadas del caso. El respeto por la decisión judicial constituye un pilar del Estado de derecho como fin último de la impartición de justicia.³

Principios de acceso a la justicia y tutela judicial efectiva

En términos del artículo 17 de la Constitución, todas las personas tienen derecho a la administración de justicia por tribunales que actuarán de manera pronta, completa, gratuita e imparcial, conforme a plazos y términos que fijen las leyes.

Desde la primera época de la vigencia de la Constitución de 1917, la noción de la impartición de justicia se vinculó con la prohibición de la justicia por propia mano (así, por ejemplo, en el lejano amparo civil directo 6368/36).⁴ La jurisprudencia de la Corte mantuvo la idea relativa a que la estructura constitucional del Estado de derecho está cimentada en el ordenamiento de justicia y en la pronta y expedita administración de ella.

Debe recalcarse que, para conseguir una genuina tutela judicial, de conformidad con la reforma constitucional del 15 septiembre de 2017 al artículo 17, existe la obligación, por parte de todos los órganos jurisdiccionales, de “privilegiar la solución del conflicto” por sobre los “formalismos procedimentales”. Ello, sin afectar la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio.

Principio de irretroactividad de las leyes

El mismo artículo 14 constitucional establece el principio de no retroactividad de las leyes. En este precepto se consagra que “a ninguna ley debe darse un efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”. En congruencia con ello, en su

³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 25 de noviembre de 2015, Libro 29, Tomo II, p. 1107.

⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 13 de octubre de 1938, Tomo LVIII, p. 533.

jurisprudencia histórica, como la desprendida del amparo en revisión 1362/28, la Corte estableció que este principio

... busca proteger al gobernado (sic) tanto de la ley en sí mismo, desde el inicio de su vigencia, como de su aplicación, al constreñir al órgano legislativo a no expedir leyes que en sí mismas resulten retroactivas, y a las demás autoridades a que no las apliquen retroactivamente. Resultaría incongruente admitir que el amparo proceda contra leyes y se niegue cuando se demuestre que sus preceptos, automáticamente, vuelven sobre el pasado, lesionándose derechos adquiridos.⁵

Esta concepción básica se mantiene en nuestra época, por ejemplo, cuando la Primera Sala reiteró que, de acuerdo con este principio, no debe autorizarse que una situación anterior sea regulada por disposiciones que entren en vigor posteriormente en perjuicio de las personas (amparo directo en revisión 2029/2011).⁶

Principio de publicidad del derecho

De conformidad con el principio de publicidad, las normas jurídicas producen sus efectos vinculantes cuando se han dado a conocer con la debida oportunidad a las personas. En un Estado de derecho, todas las personas deben estar enteradas del contenido de las disposiciones legislativas para estar en condiciones de cumplirlas. Con ello, se busca combatir la arbitrariedad de las autoridades y se intenta garantizar otros principios, como el de certeza y seguridad jurídica.⁷ En el amparo directo en revisión 1807/2011, la Primera Sala posiciona a la publicidad del derecho como uno de los elementos característicos del Estado de derecho.

Esas condiciones buscan garantizarse también con el artículo 14 constitucional, según el cual, como se mencionó, nadie puede ser privado de la libertad, propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

5 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XVIII, p. 126. Ver, asimismo, el amparo en revisión 914/2002, del 21 de mayo de 2003, con el que se integró jurisprudencia.

6 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 23 de noviembre de 2011, Libro IV, Tomo 3, p. 2907.

7 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 4 de noviembre de 2011, Libro IV, Tomo 3, p. 2908.

Principio de jerarquía de normas

El principio de jerarquía de las normas y, en específico, el principio de supremacía de la Constitución, fue equiparado por la Corte con el establecimiento mismo del Estado de derecho en el amparo en revisión 4045/60. La jerarquía de las normas se encuentra fijada en el artículo 133 constitucional, que en su primera parte dispone: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión”.

Cabe destacar que los tratados internacionales han sido objeto de interpretaciones evolucionistas en tiempos en que, en el orden político, pudo verificarse una transición democrática en el país. Un criterio de 1992 los consideraba jerárquicamente al mismo nivel que las leyes federales. Sin embargo, una posterior interpretación, en el amparo en revisión 1475/98, los puso por encima de las leyes federales e inmediatamente por debajo de la Constitución mexicana.

En materia de derechos humanos, esta interpretación fue interrumpida por la resolución del Expediente varios 912/2010, el 14 de julio de 2011 (que dio recepción el caso Radilla Pacheco vs. México, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH] el 23 de noviembre de 2009). Fue una determinación que tomó en cuenta el nuevo marco constitucional que introdujo la reforma constitucional del 10 de junio de 2011. En su resolución, la Corte avanzó en la definición de la trascendencia jerárquica de los tratados en materia de derechos humanos, mediante nuevas interpretaciones relacionadas con el valor de las sentencias de la Corte IDH y de la jurisprudencia de esta misma Corte.

Posteriormente, al resolver la contradicción de tesis 293/2011, la Corte introdujo el criterio que prevalece hoy en día en esta materia. Se sostuvo que no existe una genuina relación de jerarquía entre las normas constitucionales y las normas internacionales: “Las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos”. En ese sentido, los derechos humanos, en su conjunto, integran el denominado “parámetro de control de regularidad constitucional”, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y los actos de las autoridades.

Principio de separación y equilibrio entre poderes

También, el principio de la separación de poderes ha constituido uno de los pilares esenciales en la edificación de una primera e imperfecta versión de Estado liberal de derecho en el constitucionalismo mexicano.

Se ha entendido que ese principio implica una división funcional de atribuciones, pero que no opera de manera rígida, sino flexible. El reparto de funciones encomendadas a cada uno de los poderes no constituye una separación absoluta y determinante. Entre ellos debe presentarse una coordinación o colaboración a efecto de conseguir un equilibrio de fuerzas y un control recíproco que garantice la unidad política del Estado.⁸

Al lado de los poderes públicos de orden clásico, distintas reformas a la Constitución mexicana durante la década de los noventa incorporaron órganos constitucionales autónomos, cada uno de ellos vinculado al ejercicio y la satisfacción de derechos y libertades emergentes, o a la administración y operación de algún sector público o económico, sin depender de los citados poderes de la Unión.

Este principio había modificado el entendimiento del Estado de derecho, en términos de distribución del poder público. No obstante, una reforma constitucional reciente, del 20 de diciembre de 2024, eliminó varios de esos órganos, con lo cual es legítimo cuestionarse sobre la reversión que dicha extinción implica en este tema. Más adelante volveré con precisiones sobre esta reforma.⁹

La Constitución incorpora algunos mecanismos de control interorgánico entre los poderes públicos. Es el caso de nombramientos de altos funcionarios de la administración pública federal. Es necesaria la ratificación por el Senado de los secretarios de Relaciones Exteriores y de Hacienda que propone la presidenta de la República cuando no se opte por un “gobierno de coalición” (figura introducida en 2014). Si esta Cámara no ratifica en dos ocasiones la propuesta presidencial debe ocupar el cargo la persona que designe la propia presidenta (art. 89).

Asimismo, el Senado de la República debe aprobar los nombramientos de embajadores, cónsules generales y empleados superiores de hacienda; así como coroneles y demás oficiales superiores del ejército, la armada y la fuerza aérea nacionales.

Hay mecanismos de interacción de distinto signo. En el caso de la declaración de guerra, esta le compete a la presidenta previa ley que emita el Congreso de la Unión. Asimismo, si la presidenta se ausenta hasta por siete días del territorio nacional, debe informar previamente los motivos de su ausencia a la Cámara de Senadores o, en su caso, a la comisión permanente. Debe informarle a esta Cámara también los resultados de las gestiones realizadas. Para ausencias mayores

8 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 3 de marzo de 2008, Tomo XXX, p. 1540.

9 Ver “Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de simplificación orgánica”, *Diario Oficial de la Federación*, 20 de diciembre de 2024.

a ese tiempo, se requiere el permiso de la propia Cámara de Senadores o de la mencionada comisión (art. 88).

Como se señaló, desde la reforma política de 2014, se reconoció la posibilidad de un gobierno de coalición con uno o varios partidos políticos representados en el Congreso de la Unión. Si fuera el caso, el gobierno de coalición deberá regularse con un convenio y un programa, los cuales deben aprobarse por mayoría de los legisladores presentes en la Cámara de Senadores.

Además, los secretarios del despacho que forman parte de la administración pública federal, que encabeza la presidenta de la República, deben dar cuenta al Congreso acerca del estado en que se encuentran sus respectivos ramos una vez abierto el periodo de sesiones ordinarias. Cualquiera de las Cámaras puede convocar a los secretarios de Estado, directores y administradores de las entidades paraestatales, así como a los titulares de los órganos autónomos, para que informen cuando se discuta una ley o se estudie un asunto concerniente a sus respectivos ramos o actividades, o para que respondan a interpelaciones o preguntas.

Desde 1977, se prevé que las Cámaras, a solicitud de una cuarta parte de sus miembros, si se trata de los diputados, y de la mitad, si se trata de los senadores, tengan la facultad de integrar comisiones para investigar el funcionamiento de organismos descentralizados y empresas de participación estatal mayoritaria. Los resultados de las investigaciones deben remitirse al Ejecutivo federal.

Las Cámaras pueden requerir información o documentación a los titulares de las dependencias y entidades del gobierno federal, mediante pregunta por escrito, la cual debe responderse en un término no mayor a 15 días hábiles a partir de su recepción (art. 93).

Finalmente, por cuanto hace al régimen de responsabilidades de carácter político, la Constitución prevé el juicio político como mecanismo de control de altos funcionarios del Estado, cuando en el ejercicio de sus funciones incurran en actos u omisiones que redunden en perjuicio de intereses públicos fundamentales o de su buen despacho. El juicio puede instaurarse en contra de senadores y diputados del Congreso de la Unión, ministros de la Suprema Corte, secretarios de despacho, el fiscal general de la República, entre otros (arts. 109 y 110).

El procedimiento recuerda al clásico *impeachment* estadounidense. La Cámara de Diputados sustancia el procedimiento con audiencia del inculpado. Posteriormente, puede formular la acusación respectiva ante la Cámara de Senadores, previa declaración de la mayoría absoluta del número de los miembros presentes en la sesión.

La Cámara de Senadores conoce de la acusación erigida en jurado de sentencia. Practica las diligencias correspondientes con audiencia del acusado. A

esta Cámara le compete la aplicación de la sanción correspondiente mediante resolución de las dos terceras partes de los miembros presentes en sesión. Las sanciones consisten en la destitución del servidor público y en su inhabilitación para desempeñar funciones, empleos, cargos o comisiones de cualquier naturaleza en el servicio público. Las declaraciones y resoluciones de las Cámaras de diputados y senadores en juicio político son inatacables (art. 110).

En otro apartado, dada una reforma de profundo calado publicada el 15 de septiembre de 2024, y por su importancia capital para el equilibrio de poderes, me referiré a las perspectivas y los riesgos que ella implica para el control constitucional que compete al Poder Judicial de la Federación.

Principios de derechos humanos

Sistema normativo de los derechos humanos y posición constitucional de los tratados internacionales

En la Constitución federal, los derechos fundamentales se denominan literalmente como “derechos humanos”.¹⁰ La profunda reforma constitucional del 10 de junio de 2011 introdujo esta nomenclatura para las normas de derechos, en sustitución de la expresión “garantías individuales” que les había caracterizado desde 1917 (y aún antes, desde la Constitución predecesora de 1857). Sin embargo, el cambio de 2011 significó mucho más que solo una modificación semántica a la noción de los “derechos”.

Gracias a esa reforma de 2011, la Constitución dispone que las personas son titulares de los derechos humanos establecidos en tratados internacionales, además de los que reconoce la Constitución (art. 1, párr. 1). Establece mandatos hermenéuticos al disponer que las normas de derechos deben interpretarse de conformidad con los propios tratados y, además, con la Constitución. Asimismo, dispone que esas interpretaciones deben favorecer en todo tiempo la protección más amplia para las personas (art. 1, párr. 2).

Establece también la orientación específica de obligaciones de las autoridades y de principios de derechos humanos. Todas las autoridades tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. Lo deben hacer de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia,

¹⁰ Para un análisis relativo al devenir histórico de las normas de derechos humanos a lo largo de un siglo, bajo la Constitución vigente, ver Héctor Fix-Fierro y Jacqueline Martínez Uriarte, *Derechos humanos. Cien años de evolución de los derechos en la Constitución mexicana*, México, Fondo de Cultura Económica, 2018, pp. 92-161.

indivisibilidad y progresividad. Además, el Estado debe prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de los derechos (art. 1º, párr. 3).¹¹

En cuanto a la positivación constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la Constitución los menciona en distintas ocasiones, no necesariamente de manera sistemática. Puede afirmarse que las normas constitucionales les reconocen a los tratados reiterativas y distintas funcionalidades en el sistema jurídico.

Así, el mencionado artículo 1º los consagra tanto como fuente máxima de derechos como canon interpretativo de las normas que los contienen. El artículo 103, relativo al juicio de amparo, caracteriza a los tratados como parámetro de las normas generales y los actos de autoridad que pueden impugnarse en este proceso jurisdiccional.

El artículo 15 los prevé como parámetro normativo para la presidenta de la República y el Senado dentro del procedimiento de aceptación y ratificación de otros tratados: no pueden celebrarse tratados o convenios que alteren los derechos humanos reconocidos por la Constitución y otros tratados de los que el Estado mexicano sea parte.

La recepción del caso Radilla Pacheco (el referido Expediente varios 912/2010) significó el inicio de una fase corta pero trascendental en términos de los puntos de quiebre que implicó para el modelo mexicano de justicia constitucional y como un loable intento de amplificación protectora de los derechos humanos. Se trató de una ampliación en un triple sentido: hacia el control difuso de normas que inciden en los derechos, hacia el derecho internacional de los derechos humanos, y hacia las sentencias de la Corte IDH en casos en los que el Estado mexicano ha sido parte.

Esas determinaciones marcaron un viraje en la ruta del sistema de derechos humanos: interrumpió una jurisprudencia que por varias décadas prohibió el control difuso en los tribunales no pertenecientes a la justicia de amparo; determinó que los tratados y la jurisprudencia interamericana son parámetro conjunto en todo control de constitucionalidad y convencionalidad; y concluyó que las sentencias condenatorias de la Corte IDH en contra del Estado mexicano son obligatorias “en sus términos”.¹²

¹¹ Para un estudio exhaustivo sobre la reforma, ver, por todos, Sergio García Ramírez y Julieta Morales Sánchez, *Constitución y derechos humanos. La reforma constitucional sobre derechos humanos*, 6^a ed., México, Porrúa / UNAM, 2023.

¹² Para una explicación más amplia de esos criterios, puede consultarse el libro de Alfonso Herrera García, *La interpretación de los derechos humanos y sus garantías por la SCJN. Una aproximación jurisprudencial*, México, CNDH, 2015, pp. 34-51.

Esa prospectiva, inicialmente generosa con los derechos, se interrumpió relativamente pronto, con la sentencia a la contradicción de tesis 293/2011. Esta contradicción produjo dos condiciones muy claras para el sistema de derechos: es inaugural y, a la vez, definitoria de una etapa de rebaja de las expectativas de los alcances posibles de su interpretación constitucional.

Una nueva reflexión llevó a retomar un postulado de una de las versiones más ortodoxas del constitucionalismo. La decisión toral de la contradicción puede describirse así: las restricciones constitucionales explícitas de los derechos humanos no pueden inaplicarse cuando colisionan con las normas internacionales. Esta conclusión es trascendental en el sistema por una razón esencial: antes de la reforma de 2011 existían en la Constitución restricciones incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). Aún más, después de la reforma se han incorporado otras con restricciones expresas al ejercicio de determinados derechos.

Según la Corte, las antinomias posibles no pueden resolverse a favor de los tratados porque la nueva lectura del artículo 1º era dar cabida sistémica a una disposición que había pasado inadvertida: los tratados contienen derechos de máximo rango en el ordenamiento mexicano (en el sentido de que no tienen jerarquía alguna frente a los establecidos en la Constitución), siempre y cuando se respeten las “condiciones que la propia Constitución establece” (enunciado final del propio art. 1º).

La contradicción 293/2011 contiene una segunda decisión: las sentencias interamericanas derivadas de casos en los que México no fue parte le son vinculantes cuando implican un mayor beneficio para las personas, se entiende, en términos del ejercicio más protector para sus derechos humanos.

A mi juicio, cabe precisar que no es que el Estado mexicano pueda sentirse vinculado solo en el referido supuesto. La jurisprudencia interamericana le es vinculante en todo caso. Solo que en el ejercicio interpretativo puede suceder que el efecto vinculatorio de la argumentación interamericana no implique una mayor protección. La propia jurisprudencia interamericana ha admitido que sus contenidos constituyen pisos mínimos de protección. En este caso, la vinculatoredad no se traduce en la selección del criterio supranacional, sino en el criterio interno que le supera.

Con todo, la contradicción de tesis 293/2011, aunque planteó un esquema que en la práctica puede considerarse excepcional, también marcó una reducción de la oferta constitucional de los derechos porque preparó un esquema de

condicionamiento a la eficacia de los tratados de derechos humanos y de su interpretación.¹³

En cierto sentido, se trata de un esquema excepcional porque las restricciones de los derechos incompatibles con el derecho internacional (que las hay) no son especialmente prolíficas en la Constitución.¹⁴ Pero se trata de un régimen de excepción muy importante porque ese conjunto de puntuales restricciones, por definición, contradicen normas mínimas de protección imperantes en una comunidad internacional o interamericana de las que México forma parte, ante la cual se comprometió a proteger esos derechos internacionales y a sancionar sus violaciones.

Esta etapa de regresión llegó a un extremo con la resolución al Expediente varios 1396/2011. Esta decisión significó otro peldaño de retroceso interpretativo para el marco jurisprudencial de los derechos, en esta ocasión, mediante la introducción de condiciones para la recepción de sentencias interamericanas. A esta conclusión nos lleva el establecimiento por la Corte de “directrices” para concretar las obligaciones que debe cumplir el Poder Judicial de la Federación cuando sean impuestas por dichas sentencias supranacionales. Esas directrices derivaron de la recepción de las sentencias condenatorias en los casos Fernández Ortega y otros, y Rosendo Cantú y otra, ambas del 15 de mayo de 2011 contra México, emitidas por la Corte IDH.¹⁵

En su recepción de la sentencia, dice la Corte, deben analizarse los siguientes elementos: a) los “débitos” que expresamente se desprenden de las sentencias interamericanas para el Poder Judicial federal como parte del Estado mexicano, y b) la “correspondencia” que debe existir entre los derechos humanos que estimó vulnerados la Corte IDH, con los reconocidos por la Constitución o los tratados internacionales y que, por tanto, se comprometió a respetar. En ese análisis de “correspondencia” debe tomarse en cuenta que “si alguno de los deberes del fallo implica desconocer una restricción constitucional, esta deberá prevalecer”.¹⁶

¹³ Acerca de esa decisión y de su deliberación, ver José Ramón Cossío, Raúl Mejía Garza y Laura Rojas Zamudio, *La construcción de las restricciones constitucionales a los derechos humanos*, México, Porrúa, 2015.

¹⁴ Cfr. Alejandra Medina Mora, Pedro Salazar Ugarte y Daniel Vázquez, *Derechos humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia*, México, Porrúa / UNAM, 2015, pp. 59-95.

¹⁵ Para un desarrollo más amplio de este tema, cfr. Alfonso Herrera García, “Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado mexicano. El papel de la SCJN en la búsqueda de su cumplimiento”, en Víctor Bazán y Marie-Christine Fuchs (eds.), *Ejecución, nivel de cumplimiento e implementación de sentencias de tribunales constitucionales y cortes supremas en la región*, Berlín-Bogotá, Tirant Lo Blanch / Konrad Adenauer Stiftung, 2020, pp. 209-210.

¹⁶ Ese razonamiento se incorporó a la tesis del Tribunal Pleno P. XVI/2015 (10^a), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 11 de mayo de 2015, Libro 22, Tomo I, p. 237. La

Cabe mencionar que el criterio señalado fue adoptado por una votación de 6 votos contra 5. Por tanto, desde un punto de vista técnico, no generó obligatoriedad en el orden jurídico mexicano. Sin embargo, es un criterio que tampoco ha sido expresamente superado y, por tanto, pervive como criterio mayoritario vigente. En todo caso, se trata de un criterio sujeto a una pronta revisión.¹⁷

Lo anterior, máxime cuando hace poco tiempo la Corte IDH emitió dos sentencias condenatorias en contra del Estado mexicano en las cuales determinó análogas medidas de reparación, sin precedentes para México: tanto en el caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México (notificada el 27 de enero de 2023),¹⁸ como en el caso García Rodríguez y Alpízar Ortiz vs. México (notificada el 12 de abril de 2023),¹⁹ ordenó dejar sin efectos las figuras del arraigo y de la prisión preventiva oficiosa en el ordenamiento jurídico interno. Ambas figuras tienen expreso fundamento en la Constitución. Por ello, en el segundo caso, la Corte IDH de modo expreso estableció: “incluyendo sus disposiciones constitucionales” (párr. 301 de la sentencia).

Así, México debe reformar su Constitución como consecuencia de sendas sentencias condenatorias. La Suprema Corte deberá pronunciarse próximamente acerca del significado, los efectos y el impacto de estas sentencias en el sistema jurídico.

En ese sentido, con estas dos trascendentales e históricas sentencias interamericanas corre por estos días un nuevo capítulo en la evolución de las fuentes, la jerarquía de las normas y la posición de las normas de derechos humanos, incluso más allá de la lógica de la mera jerarquía normativa.

Igualdad y no discriminación

Desde el texto original de la Constitución de 1917, en el propio artículo 1º se prohíbe la esclavitud. Además, desde su reforma el 14 de agosto de 2001, se incorporó

resolución del expediente varios 1396/2011, del que emanó esta tesis, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de agosto de 2015.

¹⁷ Cfr. Alfonso Herrera García, “A 10 años de la reforma constitucional sobre derechos humanos: una propuesta de cuatro fases jurisprudenciales”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y José Luis Caballero Ochoa (coords.), *La reforma constitucional sobre derechos humanos en México. Una evaluación con perspectiva de futuro*, México, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 637-662.

¹⁸ Corte IDH, Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México, Sentencia de 7 de noviembre de 2022, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 470.

¹⁹ Corte IDH, Caso García Rodríguez y otro vs. México, Sentencia de 25 de enero de 2023, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 482.

una idea jurídica más completa del principio y el derecho a la igualdad y a la no discriminación. Lo hace mediante una fórmula de prohibición en el sentido de que queda proscrita toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidades, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y las libertades de las personas (párr. 5).

En la Constitución no se diseñó un capítulo específico para derechos de personas en situación de vulnerabilidad, ni una estructuración normativa ordenada para manifestaciones del principio de igualdad. En este punto, cabe destacar precisamente por su esfuerzo sistemático, el artículo 2º que aglutina exclusivamente –dentro del extenso marco constitucional– el régimen y los principios de los pueblos y las comunidades indígenas.

Libertad de expresión y derecho a la información

De acuerdo con los artículos 6º y 7º de la Constitución, la manifestación o expresión de las ideas no debe ser objeto de “inquisición” judicial o administrativa. Solo puede ser motivo de restricción en los casos en que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, si provoca algún delito o perturba el orden público.

El derecho a la información debe ser garantizado por el Estado. Todas las personas tienen derecho al libre acceso a información plural y oportuna, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, por cualquier medio de expresión. El Estado debe garantizar el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet.

Según la Constitución, la libertad de difundir opiniones, información e ideas, a través de cualquier medio, es inviolable. Este derecho no puede restringirse por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares, de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios y tecnologías de la información y comunicación encaminados a impedir la transmisión y circulación de ideas y opiniones.

Derechos político-electORALES

En materia de derechos político-electORALES, la Constitución establece que, para ser considerados ciudadanos de la República mexicana, hombres y mujeres

deben contar con la nacionalidad mexicana, haber cumplido 18 años y “tener un modo honesto de vivir” (art. 34). La nacionalidad es una precondition de la ciudadanía, la cual se adquiere por nacimiento o por naturalización (art. 30).

La calidad de la ciudadanía permite la titularidad de derechos políticos tales como el derecho a votar o a ser votado en las elecciones populares, los derechos de asociación política y de petición, el derecho a ser nombrado para cualquier empleo o comisión del servicio público (arts. 34 y 35). Todavía se prevé, a consecuencia del espíritu revolucionario que rodeó a su creación, el derecho a “tomar las armas en la fuerza armada permanente o en los cuerpos de reserva, para la defensa de la República” (art. 35).

También se consagran derechos políticos a partir de una lógica de democracia participativa, como son los derechos a la iniciativa popular de leyes, a votar en consultas populares y a votar en procesos de revocación del mandato del presidente o presidenta de la República. Como más adelante referiré, estos derechos ahora contemplan la polémica posibilidad de elegir a integrantes del Poder Judicial, desde la Suprema Corte hasta los tribunales de los Estados.

Derechos sociales y colectivos

La Constitución de 1917, como es conocido en el derecho comparado, estableció desde su origen los primeros derechos sociales que se hayan visto en una carta fundamental en el mundo. Al mismo tiempo, por supuesto, incorporó derechos civiles básicos. A lo largo de las últimas décadas, la Constitución ha sido modificada múltiples veces para incorporar otros derechos de tipo colectivo, y también económicos, sociales, culturales y ambientales. Casi todos ellos en el mismo capítulo de los derechos, pero sin un orden o una sistemática específica.

Los derechos sociales que se abrieron paso en la Constitución tras la gesta revolucionaria fueron fundamentalmente tres: el derecho a la educación (art. 3º), el derecho a la propiedad social (art. 27) y el derecho individual y colectivo al trabajo (art. 123). Mientras que el artículo 4º constitucional ha servido mayormente como recipiente de derechos tales como los derechos a la vivienda, a la alimentación, a la protección de la salud, al medio ambiente sano; al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico; así como de acceso a la cultura, a la cultura física y la práctica del deporte.²⁰

²⁰ El artículo 4º constitucional también recoge derechos de carácter individual como el derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata al nacimiento, o el derecho a la movilidad en condiciones de seguridad vial, así como derechos a favor de las personas adultas mayores y de personas jóvenes.

La Suprema Corte ha tenido ocasión de aproximarse a soluciones estructurales como consecuencia de violaciones de derechos sociales, sin que podamos concluir, sin embargo, que existan líneas jurisprudenciales rotundas y sostenidas en esta materia. Por su particularidad, menciono un par de ejemplos.

Destaca el amparo en revisión 378/2014, en el que se llamó al Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias a la adecuación de su infraestructura para la apropiada atención de pacientes con VIH/sida (caso conocido como “pabellón 13”).²¹ Asimismo, el amparo directo 9/2018 en el que, ante una evidente omisión legal, se ordenó al Instituto Mexicano de Seguro Social a incorporar a empleadas domésticas en un régimen obligatorio y especial de seguridad social, vinculándolo a que propusiera al Congreso federal las adecuaciones legales que estimara necesarias para un nuevo régimen aplicable a todas las personas trabajadoras del hogar.²² Así como el amparo en revisión 307/2016, en el que se concedió la protección de la justicia en contra de un proyecto de parque temático con impacto en una laguna por la violación del derecho a un ambiente sano, ordenándose a las autoridades responsables la recuperación del ecosistema y sus servicios ambientales en el área afectada.²³

Desafíos del Estado de derecho en México

Estado de derecho en un régimen político hegemónico

Como se puso de manifiesto en el apartado anterior, la difícil construcción jurídica del Estado de derecho en México está directamente ligada a la evolución de las reformas a su Constitución centenaria. Desde un punto de vista formal, la Constitución mexicana contiene elementos que, en su redacción vigente, satisfarían un marco normativo propio de un Estado de derecho. El reformismo dinámico que ha mostrado la Constitución durante 108 años de vigencia, lógicamente también ha afectado la transformación misma de ese marco jurídico. Por ello, merece la pena hacer referencia, así sea de manera breve, a esa circunstancia, posiblemente muy particular del caso mexicano en términos comparados.

Los procesos políticos y jurídicos que le han dado forma a lo largo de un siglo indican que una Constitución como la mexicana no puede explicarse a partir de

²¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 15 de octubre de 2014, Libro 12, Tomo I.

²² Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 5 de diciembre de 2018, Libro 66, Tomo II.

²³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 14 de noviembre de 2018, Libro 61, Tomo I.

los cánones de un constitucionalismo clásico. En México, se ha decidido confiar las transformaciones de nuestros aparentes consensos sociales al órgano político competente para su reforma. Este escenario se ha vuelto especialmente relevante tras la experiencia del régimen autoritario, que solo empezó a ceder con paulatino y aparente debilitamiento hacia finales de los años setenta.

En otras palabras, por mucho tiempo, la mecánica del sistema no ha confiado las transformaciones constitucionales al Poder Judicial. Así visto, el modelo mexicano puede ser la antítesis de un modelo como el de Estados Unidos.²⁴

Ha sido solo en las últimas dos décadas que la Suprema Corte jugó un rol cada vez más presente en el proceso de “constitucionalización” de la vida pública y social. Desde luego, no en grados consistentes. No obstante, con esta circunstancia, pudo encontrarse un punto de partida legítimo para su papel de fundamentación judicial de un genuino Estado de derecho.

La jurisprudencia más reciente de la Corte pudo demostrar que la retórica política inicial que siempre precedía a las reformas constitucionales, no necesariamente las viciaba de ineeficacia jurídica. Sus sentencias concretaron disposiciones que antes de la transición democrática se leían como ofertas propagandísticas de los partidos.

La Constitución ha sido el recipiente de los acuerdos políticos que han conducido la vida social. Personifica la dinámica que se ha elegido para solventar el conflicto político y social. El costo que se ha pagado por ello es generar un rompecabezas normativo. El resultado (salvo puntuales excepciones, que sin duda son, por ello mismo, importantes) es un ordenamiento que, en el papel, ha contenido principios y valores propios de un régimen democrático.

Ahora bien, también es cierto que existen normas constitucionales que, al mismo tiempo, repelen la idea del Estado democrático de derecho. Como se refirió líneas arriba, la Constitución, de manera contradictoria, mantiene restricciones normativas al derecho internacional. Asimismo, desconoce un recurso judicial efectivo para combatir decisiones finales de órganos administrativos (en concreto, el Consejo de la Judicatura, sustituido por la “reforma” judicial de 2024 con el denominado Tribunal de Disciplina Judicial y con el Órgano de Administración Judicial); impide la reincorporación de miembros de seguridad pública pese a demostrar su inocencia en procedimientos sancionadores; excluye del derecho político a ser votado a personas que pertenecen a ministerios de culto. Además, mantiene restricciones a la libre expresión política en medios de

²⁴ Me referí a este argumento en Alfonso Herrera García, “En defensa de una Constitución centenaria”, *Blog: Agenda Estado de Derecho*, 5 de febrero de 2021, <https://agendaestadodederecho.com/en-defensa-de-una-constitucion-centenaria/>.

comunicación, como son la radio y televisión, que hoy, como se sabe, ni siquiera son los más importantes para la interlocución social en la era digital.

También avala la detención provisional (arraigo) de personas por sospechas ministeriales, esto es, sin mediación judicial; y prevé supuestos de prisiones preventivas oficiales o automáticas, sin necesidad de motivación y fundamentación judicial, irrespetuosas, por tanto, de la presunción de inocencia. Justamente por ello, estas últimas figuras –el arraigo y la prisión preventiva oficial– han sido central motivo de condena por las ya mencionadas sentencias interamericanas en los casos Tzompaxtle Tecpile y otros, y García Rodríguez y Alpízar Ortiz, de 2023.

Al respecto, debe destacarse que una preocupante reforma constitucional fue impulsada por el actual régimen político para ampliar las conductas que ameritan prisión preventiva oficial, por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 2024.²⁵ Esta extensión de supuestos rivaliza claramente con las medidas reparatorias de la sentencia interamericana en el caso García Rodríguez, la cual, se insiste, ordena la eliminación de la figura de la prisión preventiva oficial del artículo 19 de la Constitución mexicana.

Estado de derecho y modelo del Estado

La estructura jurídica del Estado mexicano en las normas constitucionales vigentes, así como en las leyes federales y locales de su orden jurídico, no tiene un reflejo fiel en la realidad social. El modelo federal mexicano ha tenido grandes dificultades materiales y operativas a lo largo de su historia, al grado en que la distribución política del poder público presenta rasgos centralizadores, fundamentalmente en los últimos años. A ello han contribuido un conjunto de sucesivas reformas constitucionales que atendieron dinámicas centralistas del poder político.

La “libertad y soberanía” de la que hablan las normas constitucionales, como atributos de las entidades federativas, en la práctica se ha traducido en posibilidades competenciales residuales que han dejado de asumir como suyas los poderes federales. Los estados “soberanos”, en la realidad política, no lo son. A lo más, se trata de entidades autónomas en facultades y atribuciones con el grado de intensidad que ha permitido el ensanchamiento de las competencias federales.

De esta manera, el artículo 124 constitucional, que dispone que todo lo no atribuido a la Federación se entiende reservado a los estados, se ha traducido

²⁵ Ver Decreto por el que se reforma el párrafo segundo del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de prisión preventiva oficial, *Diario Oficial de la Federación*, 31 de diciembre de 2024.

como principio operativo inverso. La dinámica de reformas federalizantes, a decir verdad, ha mostrado una vocación permanente y coyuntural: todo lo que con cada reforma se atribuye para sí la Federación le es paulatinamente desconocido como competencia a los estados.

Ciertamente, a ello históricamente han contribuido las composiciones políticas de los congresos estatales, pues ellos mismos forman parte del poder reformador de la Constitución federal (art. 135). La experiencia ha mostrado que, por férrea tradición, son afines a los poderes federales, los cuales en mayor medida han impulsado las iniciativas de cientos de reformas constitucionales. Un ejemplo palpable de lo anterior es la reforma constante del artículo 73, que ha incrementado las competencias para legislar del Congreso Federal en detrimento del ámbito legislativo de los estados. En 1917, el Congreso Federal tenía atribuidas 31 materias en las que podía ejercer facultades legislativas. Mientras que, 108 años después, expresamente se le reconocen 59.

Otro problema del Estado federal mexicano, que no puede dejar de mencionarse, es el de las denominadas facultades concurrentes. En principio, estas facultades consisten en reconocer la competencia simultánea en ciertas funciones públicas a la Federación, los Estados y los municipios. Es el caso, por ejemplo, de la educación, la salubridad, los asentamientos humanos, la seguridad pública, el medio ambiente o la protección civil. La concurrencia, en no pocas ocasiones, ha provocado la difuminación de responsabilidades: al contar todos con una participación en una misma competencia, la falta de cumplimiento de una función pública suele no atribuirse a un órgano o poder en específico.

Tampoco la jurisprudencia constitucional ha conseguido paliar las incertezas competenciales del sistema, fundamentalmente porque presenta una vocación casuística, con marcadas limitaciones de alcance pleno para el ordenamiento jurídico y el sistema político. Por razones como esa, la fuerza normativa de la jurisprudencia, si bien tiene un impacto general, al final suele tener un efecto relativo.

Como se recordó antes, una generalizada valoración en torno a la centenaria Constitución mexicana es su posición como pionera de los derechos sociales. Sin embargo, un siglo después es patente la falta de éxito y eficacia en la plasmación de esos derechos en la cotidianidad social.

Son múltiples los factores que explican que los celebrados derechos sociales que consagrara el texto de 1917 no tuvieran ni tengan un reflejo en la mejoría de las condiciones de vida para amplios sectores de la población. Un factor preponderante de este escenario fue la consideración, por un largo tiempo, de que esos derechos eran normas de carácter programático. Ello, unido a la comprensión política de la Constitución, no como norma directamente vinculante, lejos de una lectura genuinamente normativa de esta.

Fue solo hasta la reforma judicial de 1994, que atribuyó a la Suprema Corte funciones de tribunal constitucional y se incorporaron cambios significativos al Poder Judicial federal, así como con la reforma de 2011 en materia de derechos humanos, que pudo transitarse hacia una lenta y paulatina realización efectiva de derechos sociales. Por supuesto, no sin diversas dificultades técnicas, muchas de las cuales persisten en la cultura jurídica y jurisdiccional, en detrimento de una verdadera efectividad del Estado de derecho en esta materia.

No obstante, la reforma constitucional de 2014 al Poder Judicial terminó con una era de orientación democrática de este Poder, al introducir la elección popular de personas juzgadoras, tanto de la Federación (incluida la Suprema Corte), como de los Estados de la República. Por su importancia también para este tema, es preciso reiterar que me referiré con mayor precisión a ella en un apartado subsiguiente.

Estado de derecho desde la perspectiva del modelo económico

El modelo económico constitucional mexicano no ha evitado la fragilidad normativa de la planeación para el desarrollo nacional desde su introducción en la Constitución en 1983 (producto de la aguda crisis económica de 1982). Con base en esa constatación, hay voces en la doctrina que opinan –no sin razón– que su inclusión en la Constitución no ha tenido un impacto determinante, ni ha contribuido a un mejor desarrollo económico en el país.

Se ha sostenido incluso que, si la planeación no se hubiera introducido en el texto constitucional, no hubiera ocurrido nada significativo en otro sentido para la realidad social. Pero no solo ello, sino también que el proceso de planeación descrito en la Constitución y detallado en la legislación correspondiente “ha entorpecido el desarrollo mediante su burocratización”.²⁶

Por otro lado, cabe destacar que la inexactitud de la técnica legislativa en la Constitución, meramente topográfica en principio (inclusión de principios y reglas económicas en el capítulo de los derechos), tuvo consecuencias en términos de eficacia normativa. Una de ellas fue una influyente lectura jurídica en el sentido de que dichas disposiciones, “en puridad, no instituyen ni proclaman ninguna garantía en favor del gobernado frente a las autoridades del Estado”.²⁷

Con todo, a la larga, la incorporación de la rectoría y planeación económica del Estado ha redundado en, al menos, un par de valores añadidos en el régimen

²⁶ Gonzalo Hernández Licona, “Art. 26”, en J. R. Cossío Díaz (coord.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, Tirant lo Blanch, 2017, p. 543.

²⁷ Ignacio Burgoa, *Las garantías individuales*, 41^a ed., México, Porrúa, 2011, p. 727.

de libertades constitucionales. La primera es que trajo como consecuencia que no se admitiera constitucionalmente una libertad plena de los particulares para su personal y único desarrollo comercial. La segunda es que la rectoría del Estado implica el recorte o la limitación razonable de las libertades económicas, convivientes en un mercado no absolutamente libre, considerando las reglas básicas del juego que lo delimitan.

Bajo el gobierno del presidente Andrés Manuel López Obrador (2018-2024), el marco constitucional de la economía se mantuvo en su esencia, pero fue motivo de reestructuraciones en leyes secundarias. El proyecto político que impulsó la administración pública federal en ese sexenio mostró signos de incomodidad con varias de las reglas del Estado regulador.

Un ejemplo palpable de lo anterior fue la existencia de órganos constitucionales autónomos que jugaron un papel regulatorio o sancionador en ámbitos económicos. Precisamente, por su no sujeción al Poder Ejecutivo, mantuvieron funciones de control en varias parcelas con repercusiones económicas para el Estado.

Ese modelo fue motivo de revisión y de consecuente modificación mediante reformas constitucionales impulsadas por la presidenta Claudia Sheinbaum (2024-2030), dentro de su primer año de ejercicio presidencial. En particular, con las reformas en materia de industria eléctrica, que hace explícita la prevalencia del Estado en este sector (31 de octubre de 2024)²⁸ y la reforma que desapareció a varios de esos órganos autónomos (20 de diciembre de 2024, ya citada).

Una de las vocaciones centrales de estas reformas es devolver el control y la administración de esos sectores al ámbito de la administración pública. Un segundo argumento importante alrededor de estas reformas fue el principio de austeridad del Estado (rector de la política pública en los últimos dos gobiernos federales). Se trata de un razonamiento, a mi juicio, endeble, sobre todo, de cara a la pérdida del control democrático que dichos sectores suponían. Otro punto más para la preocupación cuando de la óptica del Estado de derecho se trata.

Estado de derecho desde el modelo político y el sistema de gobierno

El sistema presidencial mexicano tuvo un protagonismo central a lo largo del siglo XX. Ha sido desde la aparición de mecanismos de control en las cámaras legislativas, así como de la irrupción de órganos autónomos, a propósito de la transición democrática, cuando fue modificándose ese escenario constitucional.

²⁸ Ver Decreto por el que se reforman el párrafo quinto del artículo 25, los párrafos sexto y séptimo del artículo 27 y el párrafo cuarto del artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de áreas y empresas estratégicas, *Diario Oficial de la Federación*, 31 de octubre de 2024.

Sin embargo, respecto a la interacción entre los poderes Ejecutivo y el Legislativo, en la práctica, el sistema no permitió un exitoso control recíproco entre el presidente y las Cámaras, pese a las múltiples disposiciones que establecen procedimientos para su coordinación o interacción.

Los mecanismos que en el papel fomentan las relaciones interorgánicas no han producido los resultados democratizadores que en un principio se plantearon. La composición de las cámaras ha terminado por mostrar una disciplina especialmente deferente al Poder Ejecutivo. Esta situación incluso se ha acentuado en los dos últimos sexenios presidenciales.

Todavía más, en los tiempos en los que la composición de las Cámaras no fue afín al presidente, la dinámica política de todos modos mostró un deficiente papel de control parlamentario, probablemente por los costes que ello podría acarrear en el terreno electoral. Las concertaciones políticas consiguieron imponerse para obtener un alto número de reformas constitucionales planteadas por el Ejecutivo en turno. Así, actualmente, la Constitución de 1917 cuenta con más de 900 reformas en sus más de 100 años de historia.

Los órganos constitucionales autónomos intentaron cumplir una función democratizadora. Habían significado una reducción en las funciones que anteriormente se atribuían al Ejecutivo y que, por tanto, entraban dentro de la compleja ecuación del equilibrio del poder público.

Actualmente, de ese grupo de órganos permanecen en la Constitución los siguientes: el Instituto Nacional Electoral (organización de elecciones), la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (defensa de los derechos mediante procedimientos no jurisdiccionales) y el Banco de México (regulación de la moneda).

La reforma constitucional mencionada extinguió a los siguientes organismos: Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI); Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece); Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT); Comisión Reguladora de Energía (CRE); Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH); Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (Coneval) y Sistema Nacional de Mejora Continua de la Educación (Mejoredu).

Hasta antes del nuevo régimen político instaurado a partir de 2018, el ordenamiento constitucional reflejaba el tránsito del marco jurídico prototípico de un régimen presidencialista a uno presidencial con acotaciones democratizadoras. Las atribuciones de control parlamentario y el ascenso de los mencionados órganos autónomos eran prueba de ello.

Ese modelo concluyó. El expresidente de la República López Obrador y la actual presidenta Sheinbaum Pardo, especialmente, impulsaron la desaparición de esos órganos autónomos en nombre de la austeridad del Estado y la supuesta

ineficacia de estos, sin diagnósticos suficientes y, mucho menos, contundentes. Incluso, los órganos aún prevalecientes se encuentran también en procesos de revisión y no se pueden descartar nuevas reformas que, si bien podrían no extinguirlos, sí podrían implicar una modificación profunda a su sentido institucional.

Estado de derecho en un sistema de democracia representativa y participativa

El sistema representativo solo fue motivo de preocupación constitucional especialmente a partir del momento en que México incursionó en la etapa histórica conocida como “transición democrática”. Este periodo fue un proceso largo y complejo que, como se dijo, marcó su inicio hacia finales de los años setenta. La reforma constitucional que puso énfasis en el sistema representativo introdujo el régimen mixto electoral y el principio de representación proporcional en el órgano legislativo federal en 1977. En ese año también se constitucionalizaron los partidos políticos.

En todo caso, esa etapa está ligada al proceso que desembocó en la pérdida de hegemonía que por siete décadas mantuvo el Partido Revolucionario Institucional (PRI), debiéndose destacar dentro de ella, evidentemente, la presidencia de la República.²⁹ La derrota del PRI en las elecciones presidenciales en el año 2000 significó la llegada por primera vez en la historia de un candidato del Partido Acción Nacional (PAN). Sin embargo, una rápida evaluación, a la distancia de los años, nos permite concluir que esa sucesión no significó las grandes transformaciones que se esperaban ni para los signos identitarios del Estado mexicano, ni para el sistema político en general que, en realidad, mostró una línea de continuidad en las dinámicas presidenciales.

En el Poder Legislativo, el PRI perdió por primera vez la mayoría en las Cámaras, tres años antes, en las elecciones federales de 1997. A partir de entonces aparecieron realmente visos de un genuino pluralismo político en distintos órdenes de gobierno: federal, estatales y municipales.

El final de la presidencia de Felipe Calderón Hinojosa (2006-2012), y la víspera del regreso del PRI al poder presidencial en 2012, implicaron una revisión del sistema representativo. El contexto de exigencia social fue tan solo un factor que

²⁹ Para Cossío, el Estado de derecho en estas condiciones históricas es “una forma retórica, una manera de justificar la forma en que se ejerce el poder a fin de, justamente, alcanzar esa situación ideal, pero nunca la vía de control y racionalización de los actos del poder público y de la sociedad”. José Ramón Cossío Díaz, “El Estado de Derecho que no fue (¿y será?)”, en *Bosquejos constitucionales*, México, Porrúa, 2004; José Ramón Cossío Díaz, “El Estado de Derecho como modelo narrativo”, en *Bosquejos constitucionales*, México, Porrúa, 2004, pp. 241-253.

permitió que las fuerzas políticas consiguiieran la introducción de herramientas propias de una democracia semidirecta, participativa y, hasta cierto punto deliberativa, con la introducción de figuras tales como las iniciativas populares de ley y las consultas populares, por reforma a la Constitución de 9 de agosto de 2012.

En nuestros días, la experiencia práctica de estos mecanismos es aún incipiente. En 2014 se plantearon propuestas de consultas populares por los principales partidos políticos del momento (PRI, PAN y PRD) cuya materia fue declarada inconstitucional por la Suprema Corte. Las temáticas planteadas tenían que ver, respectivamente, con: si debía o no reducirse el número de integrantes del Congreso de la Unión; si debía o no elevarse el salario mínimo; o si debía o no revertirse una reforma constitucional en materia energética.

Por otro lado, en tiempo más reciente, la revocación del mandato presidencial fue impulsada por el expresidente López Obrador y el grupo legislativo que respaldaba su proyecto político (que en el discurso gubernamental acompaña el movimiento que se ha denominado “cuarta transformación”). Esta figura fue introducida a la Constitución por reforma de 20 de diciembre de 2019. El primer ejercicio electoral de revocación del mandato presidencial en la historia de México se llevó a cabo el 10 de abril de 2022, con una participación ciudadana del 17,77%, dentro de la cual el 91,86% de votantes lo hizo a favor de que el presidente “siguiera en sus funciones”. Este ejercicio electoral tuvo lugar dos años y medio antes de que culminara ese sexenio presidencial (el 1º de octubre de 2024).

Estado de derecho y sistema de derechos humanos

En la fundamental materia de los derechos humanos, la Constitución mexicana presenta un rostro diametralmente distinto al que tuvo a lo largo de más de nueve décadas, desde su promulgación en 1917. Las consecuencias de esos cambios en las normas de derechos tienen una presencia no desdeñable en la jurisprudencia constitucional de la Suprema Corte.

La jurisprudencia más destacada en el último lustro manifestó pasos adelante en la tutela de derechos. En años recientes, por ejemplo, mostró evoluciones considerables en materia de justiciabilidad de las normas por omisiones o deficiencias en el terreno legislativo o reglamentario. Esto orientaba el rumbo de una actitud judicial menos deferente al legislador y a la administración pública, especialmente cuando del principio constitucional a la igualdad y a la no discriminación se trataba.³⁰

³⁰ Así, por ejemplo, pueden destacarse casos relacionados con omisiones reglamentarias sobre el uso terapéutico de cannabis por niños con epilepsia, o la insuficiencia legislativa en

En la última década, también se advierte el impacto de la reforma en la consolidación de técnicas y métodos de interpretación en las sentencias constitucionales;³¹ técnicas y métodos que, en realidad, no podían considerarse de larga experimentación en la dinámica jurisprudencial de los tribunales federales. La jurisprudencia muestra virajes interpretativos relevantes, por ejemplo, en derechos tales como el derecho a la igualdad y la no discriminación, los derechos de las mujeres y de los niños en la convivencia familiar. También hay criterios importantes en materia de igualdad de género, así como en la protección de grupos en situación de vulnerabilidad, como derechos de personas indígenas, personas adultas mayores o en situación de discapacidad.

No obstante, como es lógico, no puede hablarse de un éxito en la materia cuando observamos que aún no existe un reflejo de esa reforma en la práctica cotidiana del resto de los tribunales del país, especialmente en los tribunales locales. Son numerosas las dificultades que ha tenido la comprensión general del derecho internacional de los derechos humanos, así como de principios, y las referidas técnicas y métodos interpretativos de los derechos por parte de un grueso sector de juzgadores a lo largo del territorio nacional. Tampoco ha permeado del todo en la comunidad de abogados litigantes.

Menos puede hablarse de un saldo positivo de la reforma de derechos humanos en términos de efectividad de ese renovado marco jurídico y jurisprudencial en el día a día de las personas. Aún no ha conseguido un efecto palpable en el objetivo de sentar las bases para una igualdad material en la sociedad. Se trata de un azaroso proceso de interiorización hacia las pautas y prácticas de la sociedad, lo cual se agravó aún más con los saldos sociales que arrojó la pandemia por covid-19 en el territorio mexicano,³² así como la grave crisis de seguridad pública que vive el país, especial y acentuadamente, desde hace dos décadas.

materia de discriminación racial. Estos casos se describen sucintamente en Alfonso Herrera García, “Casos relevantes de la SCJN de México en 2019”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 24, n.º 2, 2020, pp. 598-601, <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=8&IDN=1445&IDA=39212>.

³¹ Se da cuenta de algunas sentencias representativas que demuestran esa evolución en la obra: Arturo Zaldívar, *10 años de derechos. Autobiografía jurisprudencial*, México, Tirant lo Blanch, 2022.

³² Cfr. Alfonso Herrera García, “La pandemia del COVID-19 y el problema constitucional mexicano”, en Mônica Clarissa Hennig Leal y Hartmut Rank (eds.), *Control judicial y protección de derechos en tiempos de pandemia*, Berlín, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2023, pp. 223-237.

La “reforma” judicial de 2024: el desalentador futuro del Poder Judicial y de la Suprema Corte como garantes jurisdiccionales del Estado de derecho

Un contexto de la “reforma” judicial

Los tiempos del Poder Judicial, en cuanto institución responsable de salvaguardar los derechos fundamentales en época de transformaciones institucionales, se vislumbraban complejos ya desde el inicio del sexenio presidencial de López Obrador en 2018. Era inevitable: las “transformaciones” que planteaba ese gobierno debían encontrar adecuado acomodo democrático en un sistema jurídico que, si bien difícilmente, se había construido en el país a lo largo de, por lo menos, las últimas tres décadas.

El 10 de marzo de 2021 se concretó una reforma constitucional al Poder Judicial federal y, en específico, a la Suprema Corte. Esta reforma fue propuesta por la propia Corte y adoptada como iniciativa de reforma por el presidente de la República. En lo que respecta a las competencias de la Corte, las principales propuestas de esa reforma fueron cuestiones técnicas: la transformación del amparo directo en revisión en un recurso excepcional (la posibilidad de un *writ of certiorari*); la inimpugnabilidad del acuerdo que desecha dicho recurso; la creación de un sistema de precedentes obligatorios con una sola decisión de la Corte, sin necesidad de reiteración; así como la previsión expresa de controversias constitucionales contra actos omisivos.³³ La reforma del 2021 no significó grandes aspavientos para el Poder Judicial.

La polémica –y, a mi juicio, inconvencional– reforma constitucional del 15 de septiembre de 2024, ha terminado con una era histórica del Poder Judicial de la Federación.³⁴ También dio por concluida la época de la Suprema Corte de Justicia como Tribunal Constitucional, en el sentido contundente de la expresión, condición que había adquirido por la reforma del 31 de diciembre de 1994.³⁵

33 Para unas reflexiones críticas a esa reforma, me remito al artículo de Alfonso Herrera García, “La reforma de la Corte en la reforma judicial. ¿Qué Tribunal Constitucional queremos?”, *Blog del Centro de Estudios Constitucionales*, 23 de abril de 2020, <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/blog-cec/la-reforma-de-la-corte-en-la-reforma-judicial-que-tribunal-constitucional-queremos>.

34 Me refiero al Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de reforma del Poder Judicial, *Diario Oficial de la Federación*, 15 de septiembre de 2024.

35 Cfr. Eduardo Ferrer Mac-Gregory y Alfonso Herrera García, “La SCJN en su encrucijada competencial: a 25 años de la reforma de 1994”, en César Astudillo y José Ramón Cossío Díaz (coords.), *Organización y funcionamiento de la SCJN*, México, Tirant lo Blanch, IIJ UNAM, 2020, pp. 199-220.

La exposición de motivos de la reforma se sostiene en la premisa del distanciamiento de las autoridades de justicia con la sociedad; el supuesto privilegio que el Poder Judicial concede a grupos de poder en sentido “contrario al interés público”; la necesidad de generar responsabilidad de las decisiones judiciales frente a la sociedad; decisiones que, según la reforma, deben contar con una supuesta “legitimidad democrática”. Además, se introdujo el argumento de la corrupción presunta (por no rotundamente comprobada, al menos no en los términos sistémicos sugeridos por el discurso político) en los tribunales de justicia.

No es este el lugar adecuado para analizar las razones e impuntualidades de los motivos de la reforma. En efecto, el punto relativo a la distancia entre la justicia y la ciudadanía era un aspecto digno de considerar para emprender una reforma al aparato mexicano de la justicia. Una reforma judicial pudo ser necesaria.

Sin embargo, a mi juicio, se partió de afirmaciones sin sustento probatorio mínimo, sin argumentaciones racionales, sin diagnósticos contundentes, así como tergiversando el funcionamiento de las distintas autoridades existentes y de sus competencias. Por ejemplo, no existió ni la menor preocupación por distinguir entre las autoridades de procuración de justicia, la impartición de justicia local (que no es justicia de amparo) y la justicia federal (que es la justicia de amparo). La narrativa política tuvo como objetivo transmitir la idea de que, dado el deplorable estado general de la justicia, los tribunales debían ser sustituidos en su totalidad.

Desde luego, lamentablemente, son conocidos los problemas de ineficacia y corrupción en procuradurías de justicia, en los ministerios públicos, así como en los poderes judiciales locales, pero no –al menos no con los grados estructurales perversamente descritos por el poder político– en el Poder Judicial de la Federación. Los juzgados de distrito y tribunales colegiados de circuito, sí con dificultades y con problemas de prácticas internas que debían erradicarse (sobre todo en materia de acoso de personal y nepotismo), venían jugando un papel ascendente, en los últimos años, en materia de control del poder político.

Además, aunque no se transparentó así en los motivos de la reforma, pero sí lo revelarían con claridad los cotidianos discursos presidenciales y los comunicados oficiales de prensa, fue evidente que hubo decisiones judiciales que no fueron del agrado del poder. Así, por ejemplo, las sentencias de la Suprema Corte que declararon la inconstitucionalidad del mando militar en la guardia nacional, o la inconstitucionalidad de la reforma constitucional del plan electoral. Tampoco fueron bien recibidas por la presidencia de la República las suspensiones otorgadas por algunos jueces de Distrito a leyes o a proyectos de infraestructura impulsados por el gobierno. Así ocurrió, por ejemplo, en el caso de algunas suspensiones en contra la Ley de la Industria Eléctrica (por afectaciones a la competencia, libre concurrencia y al medio ambiente), otras otorgadas en contra

de la construcción del llamado “tren maya” en el sureste del país (también, por afectaciones al medio ambiente), u otras concedidas a funcionarios de oposición en el curso de investigaciones penales iniciadas en su contra.

De esta manera, por poner solo unos ejemplos representativos entre numerosos comunicados, respecto a una suspensión judicial de la obra emblemática de la administración lopezobradorista, como es el denominado “Tren maya”, en la cuenta oficial de X del gobierno de México [@GobiernoMX] se escribió el 31 de mayo de 2022 lo siguiente: “El presidente @lopezobrador_ señaló que la suspensión otorgada por un juez a la construcción del #Tramo5 del @TrenMayaMX es un asunto politiquero. Se procederá legalmente para continuar la obra y que intereses particulares no afecten el interés del pueblo y la nación”.³⁶

En relación con una decisión judicial relativa a la revocación de una orden de aprehensión en contra de un exservidor público, con la cual el gobierno de México no estuvo de acuerdo, el 1º de marzo de 2023, se escribió lo siguiente: “El presidente @lopezobrador_ declaró que el amparo concedido ayer para cancelar la orden de aprehensión en contra del exgobernador de Tamaulipas @fcabezadavaca, acusado de delincuencia organizada y enriquecimiento ilícito, es ‘parte de la decadencia del Poder Judicial’”.³⁷

Respecto de la suspensión concedida por la Suprema Corte al decreto impulsado por el gobierno para realizar modificaciones a la legislación electoral, el 26 de marzo de 2023, en esa misma cuenta oficial, se escribió: “#ComunicadoPresidencia Para conceder suspensión, ministro Laynez arrancó hojas a la Constitución”.³⁸

Más adelante, en relación con la declaración de inconstitucionalidad de la propia reforma electoral, también por parte de la Suprema Corte, el 24 de junio de 2023, en ese perfil oficial del gobierno se escribió lo siguiente: “El presidente @lopezobrador_ interpreta cancelación del plan B de la reforma electoral en la Suprema Corte @SCJN como una ‘actitud política de protección, de defensa de los intereses de una minoría rapaz y corrupta que era la que dominaba en México’”.³⁹

36 Este post puede consultarse en: Gobierno de México [@GobiernoMX], <https://x.com/GobiernoMX/status/1531719663188512769>.

37 Este post puede consultarse en: Gobierno de México [@GobiernoMX], <https://x.com/gobiernomx/status/1631007270451531796?s=46>.

38 Este post puede consultarse en: Gobierno de México [@GobiernoMX], <https://x.com/GobiernoMX/status/1640043514154082310>.

39 Este post puede consultarse en: Gobierno de México [@GobiernoMX], <https://x.com/GobiernoMX/status/1672394644175613952>.

Las múltiples y continuas inconformidades de la presidencia de la República en contra del Poder Judicial y de la Suprema Corte no fueron sigilosas o encubiertas. Fueron explícitas, hechas públicas, por tanto, de amplio dominio público. No puede dudarse demasiado en que la reforma fue una reacción vengativa en contra del Poder Judicial, concertada por los poderes políticos, y se incurrió en una mala fe y en un notorio abuso de poder.

En esa tesitura, no debió diluirse a todo un Poder Judicial de la Federación y tampoco a todos los poderes judiciales de los 32 Estados de la República, sin un diagnóstico profundo, serio y con fundamentos precisos. La reforma fue insólita y absolutamente desproporcionada.

Puede afirmarse que el escenario considerado por el presidente López Obrador, secundado por el Congreso de la Unión y la mayoría de los Congresos de los Estados, así como continuado por la presidenta Sheinbaum, fue contrario a la más mínima consideración de un Estado de derecho. Dicho Estado postula un cumplimiento del principio de legalidad, el respeto irrestricto a las decisiones de otros poderes autónomos e independientes (como el Judicial), que bien pueden resultar adversas a intereses, quereres o ideologías de los poderes políticos, pero que para manifestarse deben seguir los canales procesales previstos por la propia ley para impugnarlas, y no a través de arengas retóricas y populistas con el uso de medios oficiales de comunicación para generar una opinión pública adversa a los tribunales. Como, no obstante, ocurrió.

Sobre el contenido de la “reforma” judicial

En términos del procedimiento establecido por la reforma de 2024, en los momentos en que se escriben estas líneas, tanto el Poder Judicial de la Federación, en general, como la Suprema Corte de Justicia de la nación, en particular, viven procesos de cambio, renovación y transición.⁴⁰

La reforma introdujo la insólita elección popular de todos las personas juzgadoras federales: nueve ministros de la Suprema Corte, dos vacantes (de siete

⁴⁰ Para argumentos críticos en torno a la reforma judicial de 2024 y cómo, en concreto, impacta a la Suprema Corte, permítaseme remitir a Alfonso Herrera García, “El futuro de la Suprema Corte” [Simpósio: “Reforma Constitucional al Poder Judicial Mexicano”, Parte VI], *IberICONnect. El Blog de la Revista Internacional de Derecho Constitucional en español*, 7 de octubre de 2024, <https://www.ibericonnect.blog/simposio-reforma-constitucional-al-poder-judicial-mexicano-parte-vi-el-futuro-de-la-suprema-corte/>; Alfonso Herrera García, “The Future of the Mexican Supreme Court” [Symposium on the Judicial Overhaul in Mexico Part 6], *ICONnect. Blog of the International Journal of Constitutional Law*, 7 October 2024, <http://www.iconnectblog.com/symposium-on-the-judicial-overhaul-in-mexico-part-5-the-future-of-the-mexican-supreme-court/>.

integrantes) de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, quince magistraturas de las Salas Regionales del mismo Tribunal, cinco integrantes de un nuevo órgano: el Tribunal de Disciplina Judicial, 464 magistraturas de Tribunales Colegiados de Circuito y 386 juezas y jueces de Distrito (estos últimos, tribunales y jueces, con competencia para resolver los juicios de amparo en todo el país).

Las elecciones judiciales se llevaron a cabo en la jornada electoral del 1º de junio de 2025.

El número de cargos sujetos a elección popular para integrar los tribunales colegiados de circuito y juzgados de distrito representa la mitad de la totalidad de los cargos judiciales federales del país. La otra mitad de ellos se encuentra en funciones y terminará sus cargos en 2027, año en el cual vendrá otra elección popular para esas vacantes. La definición de los cargos que están sujetos a votación en 2025 y los que irán a votación en 2027 fue realizada a través de una insaculación en manos del Senado de la República (art. 2 transitorio del decreto de reforma constitucional respectivo).

De esta manera, se eliminó el sistema de carrera judicial, a través del cual los nombramientos de jueces y magistrados federales (no los de los ministros de la Corte, que eran designados por el Senado a propuesta de la presidencia de la República) se sometían a cursos de formación y exámenes de oposición para poder ser considerados y, en su caso, designados, como juzgadores. Se eliminaron los cargos más elevados del escalafón de dicha carrera judicial, la cual había sido introducida también por la mencionada reforma constitucional del 31 de diciembre de 1994.

Respecto a los muchos y evidentes problemas que plantea la reforma a la independencia de los órganos judiciales federales, destaca la creación del Tribunal de Disciplina Judicial. Este tribunal constituye un instrumento de alto riesgo para el ejercicio independiente y autónomo de la función judicial. El nuevo artículo 100 de la Constitución desaparece el Consejo de la Judicatura Federal y crea este nuevo tribunal (además de otra autoridad: el Órgano de Administración Judicial). Este artículo le ha dado a dicho tribunal las siguientes competencias:

El Tribunal de Disciplina Judicial funcionará en Pleno y en comisiones. El Pleno será la autoridad substancial en los términos que establezca la ley y resolverá en segunda instancia los asuntos de su competencia. Podrá ordenar oficiosamente o por denuncia el inicio de investigaciones, atraer procedimientos relacionados con faltas graves o hechos que las leyes señalen como delitos, ordenar medidas cautelares y de apremio y sancionar a las personas servidoras públicas que incurran en actos u omisiones contrarias a la ley, a la administración de justicia o a los

principios de objetividad, imparcialidad, independencia, profesionalismo o excelencia, además de los asuntos que la ley determine.

Como puede verse, en especial, resulta perturbadora la potencialidad de este tribunal en materia sancionatoria, ya que supone una capacidad para evaluar y calificar la actuación u omisión de los jueces cuando estime que incurrieron en una contradicción “con la ley o con la administración de justicia”. Además de una capacidad para valorar la supuesta contradicción de las actuaciones judiciales a los principios enunciados, que hace que su función se traduzca en una competencia riesgosamente amedrentadora de apreciación subjetiva y con base en conceptos difusos, abiertos y poco precisos, que impiden la previsibilidad y taxatividad de las conductas sancionables, con lo cual se suma otra condición contraria al ejercicio genuinamente independiente de los juzgadores de amparo.

Sobre la impugnación y la implementación de la “reforma” judicial

En torno a la “reforma” judicial deben mencionarse otros acontecimientos importantes para la evaluación del Estado de derecho en México. Con motivo de la entrada en vigor de la “reforma” judicial, varias personas juzgadoras en funciones presentaron juicios de amparo en su contra. Estas demandas fueron del conocimiento de las autoridades judiciales competentes, que eran justamente jueces de distrito en funciones al momento de los hechos. Diversos jueces, al conocer de las demandas de amparo, otorgaron suspensiones de los actos reclamados, relacionadas con distintas actuaciones, atinentes a la implementación de la reforma. Entre esas suspensiones se encontraban algunas que suspendían todo procedimiento relacionado con la implementación de la elección judicial, ante todas las autoridades involucradas en esta.⁴¹

Dentro de las autoridades llamadas a cumplir las suspensiones de amparo se encontraba el órgano constitucional dedicado a la organización de la elección judicial federal: el Instituto Nacional Electoral (INE). El Instituto presentó alegaciones ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) a efecto de que determinara si era jurídicamente viable y procedente suspender el proceso electoral.

En varios medios de impugnación, el Tribunal Electoral, a través de su Sala Superior, determinó que el proceso electoral extraordinario del Poder Judicial de la Federación no podía ser suspendido a la luz del artículo 41 de la Constitución,

⁴¹ Véanse como dos ejemplos, entre los muchos juicios de amparo en este tema, los incidentes de suspensión 1074/2024 del Juzgado Primero de Distrito en el Estado de Michoacán y 1285/2024-V del Juzgado Sexto de Distrito en Materia Administrativa en el estado de Jalisco.

según el cual: “En materia electoral la interposición de los medios de impugnación, constitucionales o legales, no producirá efectos suspensivos sobre la resolución o el acto impugnado”. Además de que los derechos político-electorales de la ciudadanía no se pueden suspender.⁴²

La evidente contradicción de actuaciones judiciales entre las suspensiones de amparo otorgadas por jueces federales y las resoluciones pronunciadas por la Sala Superior del TEPJF, que ordenaban continuar con el procedimiento, provocaron la apertura de un conflicto de atribuciones, competencia de la Suprema Corte de Justicia.⁴³ En su sentencia, la Corte hace la siguiente llamativa afirmación acerca del Estado de derecho:

119. En este sentido, la disputa ante nosotros pone en entredicho el concepto de Estado de Derecho en una de sus aspiraciones más fundamentales: oponerse al ejercicio arbitrario del poder a través de límites, canalizando su ejercicio a través de reglas e instituciones. Es cierto que tanto los juzgadores de amparo como la Sala Superior reaccionaron frente a lo que consideraron –bajo su exclusiva apreciación– un atropello del Estado de Derecho. La Sala Superior tenía una pretensión remedial ante lo que consideró una extralimitación judicial, mientras los juzgados de distrito reaccionaron frente a lo que concibieron como el incumplimiento de órdenes de suspensión. En su concepto, todos cuidaban el Estado de Derecho.

120. Sin embargo, para emitir sus determinaciones ambos tribunales tuvieron que salir del Estado de Derecho, al igual que las autoridades responsables al juzgar por sí mismas la vinculatoriedad de las suspensiones de amparo y decidir ignorarlas. Los juzgadores de amparo, la Sala Superior y las autoridades responsables tuvieron que posicionarse como soberanos, juzgando por sí y ante sí la autoridad de los actos jurisdiccionales del otro, y eso es precisamente lo que el Estado de Derecho busca prevenir. Nadie cuenta con esta “competencia de la competencia” para eximirse del Derecho como un todo, a partir de la descalificación de una autoridad jurisdiccional.

Al resolver el asunto, la Corte determinó que las sentencias del Tribunal Electoral que analizó “son opiniones que no tienen la capacidad de invalidar órdenes de suspensión en juicios de amparo”. A los jueces de distrito que emitieron

⁴² Véanse sus determinaciones en sus sentencias a los casos: SUP-AG-209/2024, SUP-AG-632/2024, SUP-AG-760/2024 y SUP-AG-764/2024, así como SUP-JDC-8/2025 y acumulados.

⁴³ Se trata de la Solicitud de ejercicio de la facultad prevista en la fracción XVII del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación 3/2024 y sus acumuladas 4/2024, 6/2024 y 1/2025, resuelta por la Corte el 13 de febrero de 2025, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de mayo de 2025.

suspensiones en contra de la implementación de la reforma judicial, se les ordenó revisar “de oficio” sus autos de suspensión, tomando en cuenta que buena parte de la materia de esta reforma es de naturaleza “electoral”. Cabe agregar, por mi parte, que los jueces federales admitieron pronunciarse sobre las demandas, pese a que la materia electoral hace claramente improcedente el juicio de amparo, en términos del artículo 61, fracciones IV y XV de la Ley de Amparo.⁴⁴

En todo caso, el galimatías judicial descrito fue leído por un sector de la doctrina como la manifestación de una mayor precariedad de las condiciones básicas existentes para el Estado de derecho en México, que involucró la actuación de órganos pertenecientes al propio Poder Judicial de la Federación. Sin duda, ha sido un escenario provocado por la atropellada “reforma” judicial: “electoralizó” la integración del Poder Judicial y afectó derechos fundamentales de las personas que lo conforman, en un ordenamiento que históricamente ha mantenido la improcedencia del amparo en cuestiones electorales.

No es posible terminar una descripción básica de los acontecimientos que han rodeado la “reforma” judicial sin mencionar el intento de su control jurisdiccional por la Suprema Corte. El 5 de noviembre de 2024, la Corte resolvió la acción de inconstitucionalidad 164/2024. En la demanda, partidos de oposición reclamaban el control abstracto de constitucionalidad de esta reforma de la Constitución.⁴⁵ El pleno de la Corte no alcanzó la mayoría calificada necesaria para entrar al fondo del asunto: de ocho votos requeridos, se sumaron siete; de esta manera, determinó la desestimación de la acción. Esta decisión clausuraba cualquier posibilidad de control judicial efectivo de esta reforma constitucional, incluso mediante otras vías de impugnación, como el propio juicio de amparo.

La “reforma” judicial de 2024, al diluir de manera masiva y estructural al Poder Judicial, tanto de la Federación como de los estados de la República, y al hacer que la elección de todos sus integrantes se realice mediante voto popular, a mi juicio, problematiza y pone en frágiles condiciones tanto el estado actual como la perspectiva de futuro del Estado de derecho para México en los próximos años.⁴⁶

44 El texto de estas disposiciones es el siguiente: “Artículo 61. El juicio de amparo es improcedente: [...] // IV. Contra resoluciones dictadas por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación; [...] // XV. Contra las resoluciones o declaraciones de las autoridades competentes en materia electoral”.

45 Se trata de la acción de inconstitucionalidad 164/2024 y sus acumuladas 165/2024, 166/2024, 167/2024 y 170/2024, promovidas por el Partido Acción Nacional, Partido Revolucionario Institucional, Partido Movimiento Ciudadano, diputados integrantes del Congreso del Estado de Zacatecas y el partido local Unidad Democrática de Coahuila.

46 Para un análisis acucioso de las distintas problemáticas que conlleva esta reforma para el sistema democrático y el Estado de Derecho mexicano, ver el libro de Saúl López Noriega

Otras reformas constitucionales en 2024-2025 que comprometen la idea del Estado de derecho

Respecto al decreto de “reforma” judicial de 2024, todavía deben mencionarse otras modificaciones constitucionales preocupantes. Se trata de la figura de los “jueces sin rostro” (art. 20, A, fracción X), que incluso ha sido declarada inconvencional por la Corte Interamericana IDH en diversos precedentes;⁴⁷ así como las prohibiciones expresas de efectos generales en la suspensión de las leyes y en las sentencias de amparo contra leyes; así como de suspender leyes en controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad (arts. 105 *in fine* y 107, fracciones II y X, de la Constitución). Estas figuras, si bien infrecuentes en la práctica, claramente acotan las posibilidades de la justicia constitucional mexicana.

Posteriormente, por reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 31 de octubre de 2024, se estableció la prohibición expresa del control de constitucionalidad en contra de reformas a la Constitución, por cualquier vía: juicio de amparo, controversia constitucional o acción de inconstitucionalidad (arts. 105 *in fine* y 107, fracción II, de la Constitución).⁴⁸

Ahora bien, dada su reciente aprobación en los últimos meses, y por motivos de espacio, más allá de las polémicas modificaciones judiciales, mencionaré otras reformas constitucionales que también conllevan riesgos para la efectividad del Estado de derecho. Entre ellas, se encuentran la mencionada reforma que extinguió los órganos constitucionales autónomos, así como aquella que amplía las conductas que ameritan prisión preventiva automática (sin motivación judicial y sin presumir la inocencia de las personas), pese a que, como he insistido, ya existía una previa sentencia condenatoria de la Corte IDH que explícitamente

y Javier Martín Reyes (eds.), *The Judicial Storm. Implications of Mexico's 2024 Reform*, México, Nexos, 2025.

47 Cfr., por ejemplo, las sentencias en contra del Perú en los casos: Corte IDH, Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 52; Corte IDH, Caso J. vs. Perú, Sentencia de 27 de noviembre de 2013, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 275; Corte IDH, Caso Cantoral Benavides vs. Perú, Sentencia de 18 de agosto de 2000, Fondo, Serie C, No. 69; y Corte IDH, Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2004, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 119.

48 Ver Decreto por el que se reforma el primer párrafo de la fracción II del artículo 107, y se adiciona un quinto párrafo al artículo 105, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de inimpugnabilidad de las adiciones o reformas a la Constitución Federal, *Diario Oficial de la Federación*, 31 de octubre de 2024.

ordenó eliminar esa figura de la Constitución y todas las conductas que habilitan su aplicación en contra de las personas.

Además, otra reforma constitucional eliminó una norma importante en materia militar. La preveía la decimonónica Constitución de 1857 y la replicaba la Constitución vigente de 1917, con lo cual había tenido una vigencia de más de 160 años. Esa norma disponía lo siguiente: “En tiempo de paz, ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las que tengan exacta conexión con la disciplina militar”. Con la eliminación de esta obligación para las fuerzas armadas, esto es, de limitar sus funciones a la exacta conexión con la disciplina militar, y en su lugar establecer su apertura a “funciones previstas en la Constitución y las leyes que de ella emanen”, se abre la posibilidad de un Ejército y Fuerzas Armadas habilitadas para funciones indeterminadas, pero también determinables por el poder político de turno.⁴⁹

Por todo lo anterior, hay voces relevantes, como la de Ernesto Zedillo, que han alertado sobre el momento que vive el país. Para el expresidente de la República –impulsor de varias reformas consideradas como de la transición a la democracia mexicana–, se ha alcanzado “con toda nitidez el retrato hablado de la estructura de un Estado policial propio de un régimen autoritario y represivo [...]. Queda claro que el gobierno de Morena será inmensamente poderoso para combatir cualquier disidencia y pisotear todos los principios esenciales del Estado de derecho”⁵⁰.

CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS: NORMAS INEFECTIVAS Y REALIDADES PREOCUPANTES

Para hablar del Estado de derecho en México es preciso identificar, por lo menos, dos aspectos esenciales. Por un lado, la concepción y el desarrollo de condiciones propias del Estado de derecho en las disposiciones jurídicas. Por otro, las condiciones prácticas de implementación y las posibilidades de realización efectiva o material de esas disposiciones.

Este último ejercicio está condicionado por épocas marcadamente disímiles de la vida política y social a lo largo de la vigencia de una Constitución centenaria, pero con reformas múltiples. Estas etapas históricas son heterogéneas, especialmente en la época posterior a la hegemonía presidencial de un solo partido

⁴⁹ Ver Decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 13, 16, 21, 32, 55, 73, 76, 78, 82, 89, 123 y 129 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Guardia Nacional, *Diario Oficial de la Federación*, 30 de septiembre de 2024.

⁵⁰ Cfr. Ernesto Zedillo Ponce de León, “México: de la democracia a la tiranía”, *Letras Libres*, n.º 317, 2025, <https://letraslibres.com/revista/ernesto-zedillo-mexico-de-la-democracia-a-la-tiranía/>.

político (la cual se mantuvo durante siete décadas). Condición hegemónica que, bajo un efecto histórico aparentemente pendular, está volviéndose a instaurar en el país a partir de la presidencia de Andrés Manuel López Obrador y que continúa con la presidencia de Claudia Sheinbaum Pardo.

Corresponde concluir que México contaba con un sistema y un cuerpo de reglas que, a raíz de varios conjuntos de reformas, configuraba un marco jurídico que intentaba sostener los principios, elementos y condiciones de un Estado de derecho. Sin embargo, persistió una distancia muy importante entre esas normas y las prácticas y realidades existentes, lo cual impidió una relación mínima de causa-efecto en esa materialización.

Como ha sostenido Cossío Díaz, la creación de las normas, aun considerándose su evidente importancia estructural, es una condición necesaria pero no suficiente para la realización del Estado de derecho.⁵¹

En todo caso, ha subsistido en el país un insuficiente desarrollo del marco jurídico dedicado a la configuración del Estado de derecho, el cual tenía y mantiene un patrón asistemático y confuso. Tampoco hay suficientes capacidades técnicas, metodológicas o insumos para la aplicación de las normas jurídicas y los procedimientos administrativos establecidos, en amplios sectores del servicio público. Se carece de medios correctivos para disciplinar las conductas que exigiría la materialización del Estado de derecho, pese a la existencia de medios de control jurídico que alcanzaron ciertos grados de evolución y de profesionalización, pero que, en varios sentidos, se mantuvieron inaccesibles o difícilmente accesibles para buena parte de la población.

Además, se ha percibido un alto grado de ausencia de compromiso real con los postulados del Estado de derecho por un amplio sector de integrantes del servicio público, muy probablemente debido a los incentivos que existen fuera del acatamiento a las reglas jurídicas, como es el caso de posibles beneficios personales, familiares o hacia las élites políticas a las que pertenecen. Como afirma Valadés, cuando la no aplicación de las normas se convierte en un fenómeno recurrente, se lesioná el Estado de derecho. La regularidad tendencial de encontrarse al margen o en contra de las reglas perjudica al Estado de derecho.⁵²

Otro factor negativo para conseguir la realización efectiva del Estado de derecho han sido los grados deficientes de cumplimiento, acatamiento o incluso

⁵¹ José Ramón Cossío Díaz, “Las condiciones de posibilidad del Estado de derecho en México”, en José Ramón Cossío Díaz y Vicente Ugalde (eds.), *El Estado de Derecho en el México contemporáneo*, México, El Colegio de México, 2023, p. 34.

⁵² Diego Valadés, *Problemas constitucionales del Estado de Derecho*, México, IIJ-UNAM, 2002, p. 73.

de convicción colectiva, y de personas en lo individual, a las reglas jurídicas establecidas, por más racionales u objetivas que estas puedan mostrarse. A ello debe agregarse un alto porcentaje de impunidad en relación con dichos incumplimientos, de desobediencia a dichas normas, o de corrupción, incluso a la hora de hacer valer medidas sancionatorias o disciplinarias.⁵³

En cuanto a las condiciones del Estado de derecho en las entidades federativas, la organización internacional World Justice Project ha dado a conocer estudios que revelan similares coordenadas. En el periodo 2021-2022, la organización observó un deterioro en materia de Estado de derecho en gran parte de las entidades federativas del país. De acuerdo con ese análisis, dicho deterioro se explicaba por tres tendencias: el debilitamiento de los contrapesos institucionales a los gobiernos estatales y una contracción del espacio cívico, el deterioro en los sistemas de justicia penal y la falta de avances en materia de anticorrupción.⁵⁴

En el periodo correspondiente al 2022-2023, se detectó la continuación del cierre del espacio cívico, el incremento de la inseguridad pública y el estancamiento tanto de la lucha contra la corrupción como de la justicia penal, aunque se advirtieran algunos avances en el sistema de justicia civil.⁵⁵

En el periodo 2023-2024, el estudio mostró las siguientes tendencias: la mayoría de los estados muestran una contracción en la participación ciudadana, en especial, en la formulación de políticas públicas; la seguridad es un reto mayor: hay altas tasas de homicidios e incidencia y prevalencia delictiva, aunque, sorpresivamente, con una supuesta mejora en la percepción de la seguridad en las personas; fortalecimiento en la garantía de los derechos laborales en 19 estados (de 32); y persistencia de los retos en el sistema de justicia penal, tras debilitarse la garantía al debido proceso.⁵⁶

53 Coincidí en este punto con las consideraciones expresadas por Cossío, *op. cit.* supra nota 51, pp. 36-45. Ver, asimismo: Diego Valadés, “Consideraciones teóricas sobre constitucionalismo y corrupción”, en Antonio María Hernández y Diego Valadés (coords.), *La Constitución y el combate a la corrupción*, México, IIJ-UNAM, Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro, 2022, pp. 331-365.

54 World Justice Project, *Índice de Estado de Derecho en México 2021-2022*, México, World Justice Project, 2022, pp. 16-17, https://worldjusticeproject.mx/wp-content/uploads/2022/05/1_WJP_IEDMX_Digital.pdf

55 World Justice Project, *Índice de Estado de Derecho en México 2022-2023*, México, World Justice Project, 2023, pp. 16-17, https://index.worldjusticeproject.mx/docs/reporte/IEDMX%202022-2023_Digital.pdf

56 World Justice Project, *Índice de Estado de Derecho en México 2023-2024*, México, World Justice Project, 2024, pp. 14-15, https://worldjusticeproject.mx/wp-content/uploads/2024/06/IEDMX2024_WEB.pdf

Por lo anterior, aun cuando las normas jurídicas, en general, pudieron satisfacer los estándares del modelo de un Estado de derecho, lo cierto es que su cumplimiento efectivo mantiene un perfil utópico. Además, sus posibilidades se han tornado aún más pesimistas en los últimos meses dada la trepidante escalada de reformas constitucionales percibidas como negativas para ese fin, y que se han verificado en poco tiempo. En efecto, como se ha visto en este trabajo, dichas reformas, lejos de orientarse hacia la reversión de la situación, la empeoran ostensiblemente.

En especial, la “reforma” judicial de 2024, junto a otras reformas constitucionales de ese mismo año, y del que corre (2025), impulsadas por el nuevo régimen político, es representativa de un contexto de pérdida de instituciones que habían orientado unas bases para la transición democrática. Dichas reformas son piezas determinantes para avizorar un deterioro aún mayor del Estado de derecho, en perspectiva de futuro.

Aun con todo este negativo panorama, en el marco de un proceso de reconstrucción, cuyo punto de arranque es del todo incierto al día de hoy, resulta imprescindible considerar una vuelta al principio. Deben edificarse aspectos culturales de profundo calado, así como insumos educativos reforzados desde tempranas esferas de la formación, que permitan hacer patentes los dividendos civilizatorios de un régimen de derecho.

Es necesario combatir de manera convencida y sincera los altos niveles de impunidad, corrupción, violencia, desvío deliberado del poder, en detrimento de un apego irrestricto a las reglas jurídicas. De lo contrario, se esperaría la consolidación de un Estado con reglas de fachada, pero nunca jurídicas. Se trata de no dejar de persistir en la reflexión permanente, la conciencia colectiva y en un proceso reivindicitorio respecto del valor del Estado de derecho, así como del beneficio generalizado que, para la sociedad presente y futura, significa.

BIBLIOGRAFÍA

BURGOA, Ignacio, *Las garantías individuales*, 41^a ed., México, Porrúa, 2011.

Cossío DÍAZ, José Ramón, *Bosquejos constitucionales*, México, Porrúa, 2004.

Cossío DÍAZ, José Ramón, “Las condiciones de posibilidad del Estado de Derecho en México”, en José Ramón Cossío DÍAZ y Vicente UGALDE (eds.), *El Estado de Derecho en el México contemporáneo*, México, El Colegio de México, 2023.

Cossío DÍAZ, José Ramón, Raúl MEJÍA GARZA y Laura ROJAS ZAMUDIO, *La construcción de las restricciones constitucionales a los derechos humanos*, México, Porrúa, 2015.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Alfonso HERRERA GARCÍA, “La SCJN en su encrucijada competencial: a 25 años de la reforma de 1994”, en César ASTUDILLO y José Ramón Cossío Díaz (coords.), *Organización y funcionamiento de la SCJN*, México, Tirant lo Blanch, IIJ UNAM, 2020.

FIX-FIERRO, Héctor y Jacqueline MARTÍNEZ URIARTE, *Derechos humanos. Cien años de evolución de los derechos en la Constitución mexicana*, México, Fondo de Cultura Económica, 2018.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Julieta MORALES SÁNCHEZ, *Constitución y derechos humanos. La reforma constitucional sobre derechos humanos*, 6^a ed., México, Porrúa, UNAM, 2023.

HERNÁNDEZ LICONA, Gonzalo, “Art. 26”, en José Ramón Cossío Díaz (coord.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, Tirant lo Blanch, 2017.

HERRERA GARCÍA, Alfonso, *La interpretación de los derechos humanos y sus garantías por la SCJN. Una aproximación jurisprudencial*, México, CNDH, 2015.

HERRERA GARCÍA, Alfonso, “Casos relevantes de la SCJN de México en 2019”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 24, n.º 2, 2020, <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=8&IDN=1445&IDA=39212>.

HERRERA GARCÍA, Alfonso, “La reforma de la Corte en la reforma judicial. ¿Qué Tribunal Constitucional queremos?”, *Blog del Centro de Estudios Constitucionales*, 23 de abril de 2020, <https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/blog-cec/la-reforma-de-la-corte-en-la-reforma-judicial-que-tribunal-constitucional-queremos>.

HERRERA GARCÍA, Alfonso, “Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado mexicano. El papel de la SCJN en la búsqueda de su cumplimiento”, en Víctor BAZÁN y Marie-Christine FUCHS (eds.), *Ejecución, nivel de cumplimiento e implementación de sentencias de tribunales constitucionales y cortes supremas en la región*, Berlín, Bogotá, Tirant lo Blanch, Konrad Adenauer Stiftung, 2020.

HERRERA GARCÍA, Alfonso, “En defensa de una Constitución centenaria”, *Blog: Agenda Estado de Derecho*, 5 de febrero de 2021, <https://agendaestadodederecho.com/en-defensa-de-una-constitucion-centenaria/>.

HERRERA GARCÍA, Alfonso, “A 10 años de la reforma constitucional sobre derechos humanos: Una propuesta de cuatro fases jurisprudenciales”, en Eduardo FERRER MAC-GREGOR y José Luis CABALLERO OCHOA (coords.), *La reforma constitucional sobre derechos humanos en México. Una evaluación con perspectiva de futuro*, México, Tirant Lo Blanch, 2022.

HERRERA GARCÍA, Alfonso, “La pandemia del COVID-19 y el problema constitucional mexicano”, en Mônica Clarissa HENNIG LEAL y Hartmut RANK (eds.), *Control*

judicial y protección de derechos en tiempos de pandemia, Berlín, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2023.

HERRERA GARCÍA, Alfonso, “El futuro de la Suprema Corte” [Simposio: “Reforma Constitucional al Poder Judicial Mexicano”, Parte VI], *IberICONnect. El Blog de la Revista Internacional de Derecho Constitucional en español*, 7 de octubre de 2024, <https://www.ibericonnect.blog/simposio-reforma-constitucional-al-poder-judicial-mexicano-parte-vi-el-futuro-de-la-suprema-corte/>.

HERRERA GARCÍA, Alfonso, “The Future of the Mexican Supreme Court” [Symposium on the Judicial Overhaul in Mexico Part 6], *ICONnect. Blog of the International Journal of Constitutional Law*, 7 October 2024, <http://www.iconnectblog.com/symposium-on-the-judicial-overhaul-in-mexico-part-5-the-future-of-the-mexican-supreme-court/>.

LÓPEZ NORIEGA, Saúl y Javier MARTÍN REYES (eds.), *The Judicial Storm. Implications of Mexico's 2024 Reform*, México, Nexos, 2025.

MEDINA MORA, Alejandra, Pedro SALAZAR UGARTE y Daniel VÁZQUEZ, *Derechos humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia*, México, Porrúa, UNAM, 2015.

VALADÉS, Diego, *Problemas constitucionales del Estado de Derecho*, México, IIJ-UNAM, 2002.

VALADÉS, Diego, “Consideraciones teóricas sobre constitucionalismo y corrupción”, en Antonio María HERNÁNDEZ y Diego VALADÉS (coords.), *La Constitución y el combate a la corrupción*, México, IIJ-UNAM, Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro, 2022.

WORLD JUSTICE PROJECT, *Índice de Estado de Derecho en México 2021-2022*, México, World Justice Project, 2022, https://worldjusticeproject.mx/wp-content/uploads/2022/05/1_WJP_IEDMX_Digital.pdf.

WORLD JUSTICE PROJECT, *Índice de Estado de Derecho en México 2022-2023*, México, World Justice Project, 2023, https://index.worldjusticeproject.mx/docs/reporte/IEDMX%202022-2023_Digital.pdf.

WORLD JUSTICE PROJECT, *Índice de Estado de Derecho en México 2023-2024*, México, World Justice Project, 2024, https://worldjusticeproject.mx/wp-content/uploads/2024/06/IEDMX2024_WEB.pdf.

ZALDÍVAR, Arturo, *10 años de derechos. Autobiografía jurisprudencial*, México, Tirant lo Blanch, 2022.

ZEDILLO PONCE DE LEÓN, Ernesto, “México: de la democracia a la tiranía”, *Letras Libres*, n.º 317, 2025, <https://letraslibres.com/revista/ernesto-zedillo-mexico-de-la-democracia-a-la-tirania/>.

JURISPRUDENCIA

Poder Judicial de la Federación

JUZGADO DE DISTRITO, Incidente de suspensión 1285/2024-V del Juzgado Sexto de Distrito en Materia Administrativa en el Estado de Jalisco.

JUZGADO DE DISTRITO, Incidente de suspensión 1074/2024 del Juzgado Primero de Distrito en el Estado de Michoacán.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 17 de mayo de 1929, Tomo XVIII.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 13 de octubre de 1938, Tomo LVIII.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, 17 de junio de 1953, Tomo CXVII.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 3 de marzo de 2008, Tomo XXX.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 4 de noviembre de 2011, Libro IV, Tomo 3.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Primera Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 23 de noviembre de 2011, Libro IV, Tomo 3.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Segunda Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 15 de octubre de 2014, Libro 12, Tomo I.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Segunda Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 30 de octubre de 2014, Libro 15, Tomo II.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Pleno, Expediente varios 1396/2011, *Diario Oficial de la Federación*, 14 de agosto de 2015.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Pleno, P. XVI/2015 (10^a), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 11 de mayo de 2015, Libro 22, Tomo I.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 25 de noviembre de 2015, Libro 29, Tomo II.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 14 de noviembre de 2018, Libro 61, Tomo I.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Segunda Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 5 de diciembre de 2018, Libro 66, Tomo II.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Pleno, Acción de inconstitucionalidad 164/2024 y sus acumuladas 165/2024, 166/2024, 167/2024 y 170/2024.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, Pleno, Solicitud de ejercicio de la facultad

prevista en la fracción XVII del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación 3/2024 y sus acumuladas 4/2024, 6/2024 y 1/2025, *Diario Oficial de la Federación*, 8 de mayo de 2025.

TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, SUP-AG-209/2024, SUP-AG-632/2024, SUP-AG-760/2024 y SUP-AG-764/2024, así como SUP-JDC-8/2025 y acumulados.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

CORTE IDH, Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 52.

CORTE IDH, Caso Cantoral Benavides vs. Perú, Sentencia de 18 de agosto de 2000, Fondo, Serie C, No. 69.

CORTE IDH, Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2004, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 119.

CORTE IDH, Caso J. vs. Perú, Sentencia de 27 de noviembre de 2013, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 275.

CORTE IDH, Caso Tzompaxtle Tecpile y otros vs. México, Sentencia de 7 de noviembre de 2022, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 470.

CORTE IDH, Caso García Rodríguez y otro vs. México, Sentencia de 25 de enero de 2023, Excepciones Preliminares, Fondo Reparaciones y Costas, Serie C, No. 482.

LEGISLACIÓN

DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN, ADICIONAN Y DEROGAN DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, EN MATERIA DE REFORMA DEL PODER JUDICIAL, *Diario Oficial de la Federación*, 15 de septiembre de 2024.

DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN Y ADICIONAN LOS ARTÍCULOS 13, 16, 21, 32, 55, 73, 76, 78, 82, 89, 123 y 129 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, EN MATERIA DE GUARDIA NACIONAL, *Diario Oficial de la Federación*, 30 de septiembre de 2024.

DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN EL PÁRRAFO QUINTO DEL ARTÍCULO 25, LOS PÁRRAFOS SEXTO Y SÉPTIMO DEL ARTÍCULO 27 Y EL PÁRRAFO CUARTO DEL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, EN MATERIA DE ÁREAS Y EMPRESAS ESTRATÉGICAS, *Diario Oficial de la Federación*, 31 de octubre de 2024.

DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN, ADICIONAN Y DEROGAN DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, EN MATERIA DE SIMPLIFICACIÓN ORGÁNICA, *Diario Oficial de la Federación*, 20 de diciembre de 2024.

DECRETO POR EL QUE SE REFORMA EL PRIMER PÁRRAFO DE LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 107, Y SE ADICIONA UN QUINTO PÁRRAFO AL ARTÍCULO 105 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, EN MATERIA DE INIMPUGNABILIDAD DE LAS ADICIONES O REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, *Diario Oficial de la Federación*, 31 de octubre de 2024.

DECRETO POR EL QUE SE REFORMA EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, EN MATERIA DE PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA, *Diario Oficial de la Federación*, 31 de diciembre de 2024.

ARTÍCULO PRESENTADO EL 14 DE MAYO DE 2025.

DESAFÍOS POPULISTAS AL ESTADO DE DERECHO EN EL PERÚ

César Landa*

INTRODUCCIÓN

Al término de las dictaduras a finales del siglo XX, los Estados de derecho en América Latina y en el Perú, específicamente, iniciaron procesos democrático-constitucionales en el marco de los valores universales de respeto por la democracia, los derechos humanos y la economía de mercado, consagrados con la caída del Muro de Berlín. Sin embargo, el desarrollo democrático constitucional en adelante a sido desigual y combinado, propio en muchos casos de la histórica debilidad institucional de la sociedad y del Estado, así como de la falta de cultura democrática de las élites no solo políticas.

En consecuencia, desde hace una década se ha ido profundizando la crisis de gobernabilidad democrática, no ajena a factores de la desigualdad y falta de distribución de la riqueza; pero, junto a ello, ha aparecido un fenómeno populista conservador que, usando en la mayoría de los casos el voto ciudadano, hace uso del poder constitucional de una forma abusiva, llegando a desconstitucionalizar principios esenciales del Estado derecho, como el control y balance de poderes, así como la protección de los derechos humanos.

En este marco de referencia presentamos un análisis sobre el nivel de profundidad de la crisis democrática constitucional en el Perú a partir de sus causas,

* Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Vicepresidente de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional; miembro del Grupo de Investigación en Derechos Fundamentales, Derecho Comparado, Tecnología y Neurociencia (Gideften). Orcid: 0000-0003-0801-8873. Agradezco la colaboración de mis asistentes Juan Carlos Jara Castro y Edison Meza Tejada. clanda@pucp.edu.pe

con un marco de referencia doctrinal, para luego dar cuenta de la impronta populista iliberal en el resquebrajamiento de las bases del Estado de derecho. Para ello se va a analizar también cuál ha sido el rol que ha cumplido el Tribunal Constitucional, que ha pasado de ser el órgano competente para asegurar la tutela de los derechos fundamentales, y el control y balance de poderes, a jugar un rol convalidor de las decisiones políticas parlamentarias y gubernamentales, abdicando de sus funciones de control constitucional. Ante este panorama, se plantean algunas reflexiones políticas, constitucionales e internacionales como alternativas para la plena recuperación del Estado de derecho en el Perú.

MODELOS CONSTITUCIONALES DE ANÁLISIS DE LA CRISIS DEL ESTADO DE DERECHO Y LA DEMOCRACIA

Como la crisis del Estado de derecho y la democracia constitucional es un fenómeno extendido en la región, hay interpretaciones que la han denominado de muchas formas: desconstitucionalización, descomposición constitucional¹ (Balkin), erosión constitucional² (Albert, Roznai), abuso constitucional³ (Landau), juego duro constitucional y constitucionalismo autoritario⁴ (Tushnet), y populismo constitucional iliberal⁵ (Landa y Tajadura).

Como lo explica el profesor Germán J. Bidart Campos, la desconstitucionalización consiste en “la situación irregular del Estado que en su práctica política pone en vigencia un sistema constitucional distinto del normado en la constitución escrita”⁶.

Por otro lado, siguiendo a Mark Tushnet, el constitucionalismo autoritario es el ejercicio autoritario del poder, a través de medios aparentemente

¹ Jack M. Balkin, “Constitutional Rot”, *Authoritarianism in America* 19, R. Sunstein (ed.), 2018.

² Richard Albert, *Reforma y desmembramiento constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020; Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

³ Rosalind Dixon y David Landau, *Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2021.

⁴ Mark Tushnet, “Authoritarian Constitutionalism”, *Cornell Law Review*, vol. 100, 2015, pp. 391-461.

⁵ César Landa, “Populismo iliberal, un peligro electoral en el Perú”. Ponencia presentada en Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, Sevilla, 2024; Javier Tajadura, “El populismo iliberal contra el Estado de Derecho: la defensa europea de la independencia judicial”, *Araucaria*, vol. 25, n.º 53, 2023.

⁶ Germán Bidart, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1996.

constitucionales. O, dicho de otra forma, la instrumentalización de la constitución, para violar su contenido material. En consecuencia, un régimen sometido a estas prácticas con frecuencia presentará las siguientes características:

1. El régimen, que podría estar controlado por un partido dominante, toma todas las decisiones relevantes de política pública.
2. El régimen no detiene arbitrariamente a sus opositores políticos, pero puede imponerles diversas sanciones con apariencia de legalidad.
3. El régimen permite un debate abierto, así como que se critiquen sus políticas (sin perjuicio de que mantiene su práctica de acoso a través de medios “legales”).
4. El régimen celebra elecciones razonablemente libres y justas.
5. El partido dominante es sensible a la opinión pública y altera sus políticas, al menos en ocasiones, en respuesta a lo que percibe como opiniones públicas (rasgo populista).
6. El partido dominante puede desarrollar mecanismos para garantizar que la cantidad de disidencias no supere el nivel que considera deseable.
7. Los tribunales son razonablemente independientes, pero es probable que los jueces, especialmente los tribunales superiores, sean sensibles a los intereses del régimen.⁷

Cabe resaltar que estas prácticas autoritarias suelen ser impulsadas por órganos democráticamente electos y en ejercicio de sus competencias, por lo que tales actos pretenden legitimarse como decisiones democráticas (populismo iliberal).

El resultado de estos fenómenos siempre es el mismo: el quebrantamiento del orden público constitucional, a través de la descomposición de los fundamentos del Estado de derecho y la democracia constitucional.

Así, la crisis del Estado de derecho se refleja en la afectación del principio de división de poderes y la protección de los derechos fundamentales, principios que, desde la aparición del Estado moderno, se consideran elementos fundamentales del Estado de derecho. Como quedó reflejado en el emblemático artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución”.

Por un lado, en la Constitución peruana, la separación de poderes se encuentra reconocida en el artículo 43, conforme al cual el gobierno se organiza según este principio. No obstante, este principio no implica una división estricta entre

⁷ Mark Tushnet, “Authoritarian Constitutionalism”, *Cornell Law Review*, vol. 100, 2015, pp. 391-461.

los poderes, propia del Estado decimonónico; lo que pretende es asegurar un adecuado balance de los contrapesos y las limitaciones constitucionalmente dispuestos.⁸ Sin embargo, el Estado peruano actualmente atraviesa un proceso de concentración del poder en el Congreso, el cual se refleja en la emisión de leyes e incluso reformas constitucionales que fortalecen la posición del Parlamento y, en paralelo, que debilitan los mecanismos de control con los que cuenta el Poder Ejecutivo, en un régimen constitucional como el peruano.

Como una muestra de lo anterior, una de las principales estrategias del populismo iliberal para socavar la separación de poderes es atacar la independencia e imparcialidad de los jueces.⁹ La independencia judicial se encuentra reconocida en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución, y busca asegurar que los jueces cumplan con sus funciones sin interferencias de ningún tipo, por parte de poderes internos o externos al Poder Judicial. Como lo explica el Tribunal Constitucional: “La independencia judicial debe ser entendida como aquella capacidad autodeterminativa para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fijan la Constitución y la Ley. En puridad, se trata de una condición de albedrío funcional”.¹⁰ Sin embargo, como se explicará más adelante, en el estado actual de las cosas, la independencia e imparcialidad de los jueces se encuentra en grave peligro frente a las presiones de los poderes políticos y privados; así como también por la perversión del sistema a raíz de la corrupción.

De otro lado, la crisis del Estado de derecho también se produce por la existencia de una regresión en materia de derechos fundamentales. De acuerdo con el artículo 43 de la Constitución, el Perú es una República, social y democrática de derecho. Esto significa que el Estado debe actuar de manera proactiva para garantizar la protección de los derechos fundamentales de todas las personas y asegurar la participación amplia de los ciudadanos en los asuntos de interés público. Sin embargo, estos deberes fundamentales del Estado también entran en crisis puesto que a nivel legislativo y gubernamental se están impulsando políticas que obstaculizan el ejercicio de los derechos de las personas y, específicamente, su participación política.

Finalmente, la crisis de la democracia constitucional peruana se manifiesta en el debilitamiento de las bases de la democracia representativa. En nuestro

8 Javier García Roca, “Del principio de la división de poderes”, *Revista de Estudios Políticos*, vol. 108, 2000, pp. 41-75.

9 Tajadura, Javier, “El populismo iliberal contra el Estado de Derecho: la defensa europea de la independencia judicial”, *Araucaria*, vol. 25, n.º 53, 2023.

10 Tribunal Constitucional del Perú, Expediente 0023-2003-AI/TC, fundamento jurídico 28.

sistema estatal, los mecanismos de participación ciudadana, tanto en la democracia directa como en la representativa, son elementos esenciales del Estado constitucional, democrático y social; sin embargo, el populismo iliberal ataca directamente las bases democráticas del Estado constitucional.¹¹ En un sistema de constitucionalismo débil, los poderes políticos populistas buscan desestabilizar el sistema de representación mediante el ataque a los órganos electorales, la destitución arbitraria de las más altas autoridades democráticamente electas –utilizando mecanismos constitucionales, aunque de manera abusiva– o mediante la modificación del sistema constitucional al margen de la voluntad popular.

POPULISMO Y ESTADO DE DERECHO

El Perú enfrenta actualmente un proceso de retroceso en los fundamentos del Estado de derecho y la democracia constitucional: separación de poderes, protección de derechos y sistema democrático de gobierno. Para comprender esta involución, a continuación analizaremos algunos casos que reflejan dicha situación de crisis y populismo autoritario.

Regresión en materia de derechos fundamentales

Actualmente, en el Perú existe una tendencia regresiva en materia de derechos fundamentales. Esta tendencia se refleja en actos de gobierno, legislación y decisiones judiciales que contradicen directamente los valores y principios que consagra la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que el Estado peruano es parte.

Indulto al expresidente Fujimori

Pedro Pablo Kuczynski ganó las elecciones generales del año 2016, en un contexto de grave polarización de la política. Kuczynski consiguió la victoria en la segunda vuelta en la que se enfrentó a Keiko Fujimori, la hija de Alberto Fujimori, venciéndola por una diferencia mínima de solo 42.597 votos. Sin embargo, a diferencia del partido de Kuczynski, el partido de Keiko Fujimori consiguió 73 escaños en el Congreso de la República, desde donde ejercería su influencia y poder durante varios años.

¹¹ César Landa Arroyo, *La posición constitucional del Poder Ejecutivo*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2023.

En este escenario, Fuerza Popular mantuvo una conducta de permanente obstrucción contra el gobierno de Kuczynski. La oposición parlamentaria liderada por Keiko Fujimori buscó gobernar con su mayoría absoluta desde el Congreso, aplicando un modelo de oposición parlamentaria iliberal, con bloqueo legislativo de las políticas del Ejecutivo y el uso del control parlamentario represivo con interpelaciones y censuras ministeriales, tal como sucedió en contra de los ministros Jaime Saavedra (Educación), Martín Vizcarra (Transportes y Comunicaciones) y Marilú Martens (Educación).

En este contexto, la posibilidad de indultar a Fujimori se convirtió en un elemento tácito de negociación entre la oposición y el oficialismo. Así pues, el 24 de diciembre de 2017, mediante la Resolución Suprema 281-2017-JUS, se concedió el indulto a Alberto Fujimori por razones humanitarias. Ahora bien, según la normativa peruana, se dispone el indulto por razones humanitarias cuando el interno padece de una enfermedad grave, que se encuentra en una etapa avanzada, progresiva, degenerativa e incurable y, sumado a ello, cuando las condiciones carcelarias pueden poner en riesgo la vida, salud e integridad del interno. Sin embargo, estos elementos no fueron debidamente acreditados en el indulto de Fujimori. Por tanto, el indulto fue arbitrario e incompatible con las sentencias de los Casos Barrios Altos y la Cantuta que ordenaron al Estado peruano investigar y condenar los crímenes contra los derechos humanos ocurridos durante la dictadura de Fujimori.

Por ello, los familiares de las víctimas de los crímenes cometidos por Alberto Fujimori recurrieron a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) para que, en cumplimiento de las sentencias de los Casos Barrios Altos y la Cantuta antes mencionados, ordene al Estado peruano que deje sin efecto el indulto. En esta primera oportunidad, la Corte IDH ordenó que el Estado peruano dé trámite al reclamo de las víctimas en sede interna.¹² A raíz de lo anterior, las víctimas recurrieron a la justicia penal y, en ese marco, el Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia de Perú declaró que el indulto carecía de efectos jurídicos, por lo que ordenó la búsqueda y captura de Alberto Fujimori para reingresarlo a prisión. El Juzgado precisó que su decisión se sustentaba en lo resuelto por la Corte IDH en las sentencias de los Casos Barrios Altos y la Cantuta.

Sin embargo, contra la decisión del Juzgado Supremo, la defensa de Alberto Fujimori planteó una demanda de hábeas corpus, solicitando el restablecimiento del indulto. Este proceso llegó en última instancia al Tribunal Constitucional,

¹² Corte IDH, Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta vs. Perú: Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de 30 de mayo de 2018.

el cual con una mayoría conservadora declaró fundada la demanda y restituyó los efectos del indulto.¹³ Lamentablemente, esta decisión del Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, y cuyas interpretaciones deben ser conformes a los tratados de los que el Perú es parte (art. 55 de la Constitución), ignoró por completo el artículo 68, inciso 1 de la CADH, que señala que los Estados parte de la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte IDH en todo caso en que sean partes.

En este marco, la Corte IDH emitió una segunda resolución de 7 de abril de 2022, por la cual ordenó al Estado peruano que se abstenga de liberar a Alberto Fujimori, en respeto de su deber de investigar, juzgar y sancionar las violaciones de los derechos humanos determinadas en las sentencias de los Casos Barrios Altos y la Cantuta.

A la luz de lo anterior, el 1º Juzgado de Investigación Preparatoria de Ica, encargado de ejecutar la sentencia del Tribunal Constitucional, se inhibió y señaló que no podía ejecutar la decisión del Tribunal Constitucional al existir la resolución de la Corte IDH; por lo que devolvió el expediente al Tribunal Constitucional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, con una composición *ad hoc* a la mayoría populista iliberal del Congreso, apartándose del mandato claro y directo de la Corte IDH, ordenó la ejecución de la sentencia y liberación de Alberto Fujimori.

Amenaza de retiro de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

En 2023, los voceros del fujimorismo y las bancadas parlamentarias de Renovación Popular, Avanza País, Acción Popular, entre otras, presentaron hasta cinco proyectos de ley con el fin de retirar al Estado peruano de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (Pacto de San José).¹⁴ Estos partidos argumentan que las decisiones de la Corte IDH vulneran la soberanía nacional al impedir la aprobación de ciertas propuestas legislativas, como el restablecimiento de la pena de muerte para determinados delitos. Además, casos como el indulto al expresidente Fujimori, en los que la Corte IDH ha desempeñado un papel clave en la defensa de los derechos de las víctimas (contra lo cual estos partidos muchas veces han demostrado no estar de acuerdo), también serían motivo de estas propuestas.

¹³ Tribunal Constitucional del Perú, Expediente 02010-2020-PHC/TC.

¹⁴ Delci Loyola, “Los extremos políticos del Congreso que pretenden retirar al Perú de la convención de DD.HH”, *Ojo Público*, 2023, <https://ojo-publico.com/politica/extremos-del-congreso-buscan-retirar-al-peru-convencion-ddhh>.

La hipotética salida de la CADH sería un grave retroceso para el Estado de derecho. Asimismo, sería incompatible con la Constitución peruana, la cual señala que, agotada la jurisdicción interna, quien se considere vulnerado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según los tratados o convenios de los que el Perú es parte (art. 205). De manera que la justicia interamericana se ha instaurado como una garantía consustancial a nuestro Estado constitucional interamericano.¹⁵ En otras palabras, las personas ya no son solo sujetos de protección constitucional en sede nacional, sino, además, sujetos de protección internacional en materia de derechos humanos, con base en los tratados internacionales que el Estado peruano se ha comprometido a respetar; por lo cual el poder que un Estado ejerce sobre un ciudadano está limitado en esas dos dimensiones.

Por esta razón, el populismo iliberal, cuyo objetivo es ejercer un poder político ilimitado, ha encontrado en las garantías jurisdiccionales del sistema interamericano un obstáculo que ahora busca desarticular. Esto no solo se refleja en los intentos de las mismas fuerzas políticas que en el año 1999 retiraron al Estado peruano de la CADH, hasta la caída del gobierno de Fujimori; sino también, se expresa en la aprobación de leyes que reducen el margen de protección de los derechos humanos, como lo veremos a continuación.

Aprobación de Ley de prescripción de delitos de lesa humanidad

El 9 de agosto de 2024 se publicó en el Diario Oficial *El Peruano* la Ley 32107. Esta ley precisa la aplicación y los alcances de delitos de lesa humanidad y de los crímenes de guerra en la legislación peruana. Los partidos que impulsaron esta ley interpretaron que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad recién empieza a correr tras la entrada en vigor del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad. El Estatuto de Roma de la CPI entró en vigencia en el ordenamiento jurídico peruano el 1 de julio de 2002 y, en tal sentido, según la norma aprobada, la aplicación de dicho tratado tendría competencia temporal únicamente para hechos sucedidos después de su entrada en vigencia en el ordenamiento jurídico nacional. Específicamente, la Ley 32107 señala en su artículo 5 que nadie será procesado, condenado ni sancionado por delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra, por hechos cometidos con anterioridad al 1 de julio del 2002, bajo sanción de nulidad y responsabilidad

¹⁵ David Lovatón, *La gestación del Estado constitucional Interamericano*, Lima, Facultad de Derecho, PUCP, 2017.

funcional, y que ningún hecho anterior a dicha fecha puede ser calificado como delito de lesa humanidad y crímenes de guerra.

El Ministerio Público ha señalado que la aprobación de esta ley afectará a aproximadamente 600 casos relacionados con graves delitos de violación de los derechos humanos, cuyos autores son tanto agentes del Estado como de las organizaciones terroristas. En tal sentido, observamos que esto afectará el derecho de acceso a la justicia, verdad y reparación de las víctimas del conflicto armado interno. Esto implica un claro retroceso en materia de derechos humanos para el Perú.

Esta iniciativa fue presentada por el mismo sector que impulsó los proyectos con el fin de que el Estado peruano se retire de la CADH. En específico, la ley fue promovida, entre otros, por el congresista Fernando Rospigliosi de Fuerza Popular, partido político de Keiko Fujimori, hija de Alberto Fujimori, quien había sido condenado por crímenes que, de acuerdo con el derecho internacional, corresponden a crímenes de lesa humanidad. También fueron coautores de la ley congresistas que ahora son militares en retiro, por lo cual se puede afirmar que existen ciertos conflictos de interés, considerando que esta ley busca reducir los alcances para hacer justicia por los crímenes cometidos en los años de la violencia terrorista por los que, además, muchos militares han sido procesados por graves violaciones de los derechos humanos en las zonas donde operaban. Esto afecta la memoria histórica de las víctimas de aquellos años de violencia y represión en la sociedad peruana.

La ley fue promulgada por el Congreso, a pesar de que, el 13 de junio de 2024, la Corte IDH dispuso que el Estado peruano suspendiera el trámite legislativo hasta evaluar la solicitud de medidas provisionales presentada por organizaciones de derechos humanos en representación de las víctimas de Casos Barrios Altos y la Cantuta (organizaciones como Centro por la Justicia y el Derecho Internacional y la Asociación Pro Derechos Humanos). Debe considerarse, además, que el reconocimiento de la imprescriptibilidad de estos delitos no es solo una cuestión técnica o jurídica, sino que obedece a un momento de conciencia histórica y consenso sobre el acto contrario e inmoral que atenta contra la dignidad humana en los crímenes de lesa humanidad.

Además, la Corte IDH, en el ejercicio de su función jurisdiccional, ha emitido jurisprudencia sobre la imposibilidad de la aplicación de la prescripción a crímenes de lesa humanidad. Lo cual además se trata de una cuestión de *ius cogens*, directamente exigible a los Estados, independientemente de la suscripción de determinados tratados internacionales. Por lo tanto, en casos como las masacres de Barrios Altos y La Cantuta se ha establecido que tales crímenes no pueden quedar impunes o las penas a los criminales no pueden ser anuladas, bajo la entrada en vigor de la Ley 32107; asimismo, ha dictaminado que las leyes de amnistía

son incompatibles con los deberes internacionales de los Estados de sancionar las graves violaciones de los derechos humanos; por esta razón, la entrada en vigor de la Ley 32107 constituye un desacato patente al Estado constitucional de derecho y, además, a las garantías que todo ciudadano tiene como sujeto de protección en instancias internacionales, tal como se ha venido aplicando luego de la Segunda Guerra Mundial, con la creación de tratados de derechos humanos y la ratificación de los mismos por parte de los países integrantes de las Naciones Unidas.

Desprotección del derecho fundamental a la protesta

En el marco de la campaña para las elecciones políticas del año 2021 donde, nuevamente, Keiko Fujimori se postuló a la Presidencia de la República con su investigado partido Fuerza Popular, se advirtió una marcada hostilidad hacia el candidato Pedro Castillo, a quien se le acusaba mediáticamente de tener vínculos con el terrorismo.

El candidato del partido Perú Libre, Pedro Castillo, había captado el voto de las zonas rurales del Perú y de las zonas más alejadas de la capital peruana, al considerar y proponer enfáticamente que en una eventual gestión suya crearía mecanismos para permitir que la población históricamente excluida pudiera satisfacer sus derechos.

Debido al apoyo de este importante sector del país, Castillo ganó las elecciones presidenciales del 2021 y asumió su rol como jefe de Estado el 28 de julio del mismo año. Sin embargo, desde la llegada al poder recibió una férrea oposición de los partidos políticos iliberales, quienes continuaron haciendo un uso excesivo del control parlamentario de una forma represiva (lo cual viene desde el gobierno del expresidente Kuczynski). Los pedidos de interpelación sobre los ministros de Estado sumaron veinticinco solo durante el primer año de gobierno, lo cual representa un promedio de una interpelación cada trece días. Asimismo, se intentó repetidamente destituirlo haciendo uso de la vacancia por incapacidad moral en contra de Castillo. En este contexto, se produjo el intento de autogolpe de Pedro Castillo, quebrando el orden democrático, lo cual generó la renuncia inmediata de sus ministros y una pronta respuesta de los diferentes órganos del Estado, entre ellos, el Congreso, que procedió a destituirlo inmediatamente y a su detención.

La vacancia del expresidente Castillo generó una masiva respuesta ciudadana, saliendo a las calles a protestar, ante la asunción de Dina Baluarte como nueva presidenta –quien actuaba como tácita aliada de las bancadas de oposición–, debido a que este sector de la población, históricamente ignorado por los

partidos tradicionales, veía en Castillo a un líder igual a ellos, capaz de atender sus demandas.

Sin embargo, el gobierno de la presidenta Boluarte ordenó el despliegue de las fuerzas policiales y militares para reprimir a los protestantes, cometiendo en muchos casos excesos y la vulneración de derechos fundamentales. La desproporción de la fuerza contra la población civil dio como resultado uno de los episodios más graves de violaciones masivas de los derechos humanos en los últimos años en el Perú, en el cual 50 civiles murieron y más de 1.400 fueron heridos entre diciembre del 2022 y marzo de 2023; solo en la ciudad de Juliaca, el 9 de enero de 2023, un total de 18 personas murieron como consecuencia del uso letal de la fuerza por parte de la policía y las fuerzas armadas, y más de 100 personas resultaron heridas.¹⁶

Aquella operación policial para frenar las protestas en las inmediaciones del aeropuerto sucedió aun cuando múltiples organismos internacionales de derechos humanos habían advertido y condenado el accionar de las fuerzas del orden. Finalmente, el uso excesivo de la fuerza fue frecuentemente justificado por el gobierno y los voceros parlamentarios afines, alegando la presunta infiltración de grupos vinculados al terrorismo entre los manifestantes. Este es un discurso recurrentemente invocado por el gobierno para reprimir a los ciudadanos, como lo ha corroborado con preocupación la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su informe sobre la situación de Derechos Humanos en Perú en el contexto de las protestas sociales, emitido el 23 de abril de 2023.¹⁷

Como se puede apreciar, los acontecimientos antes descritos demuestran que el gobierno no se ha preocupado por garantizar el ejercicio legítimo del derecho a la protesta, que es una manifestación del derecho de participación de los ciudadanos y una garantía de un Estado democrático de derecho.

La criminalización del derecho a la protesta también se evidencia en una sentencia de casación emitida por la Corte Suprema del Poder Judicial peruano. La Casación 1464-2021 confirmó la aplicación del delito contra la seguridad pública-entorpecimiento al funcionamiento de los servicios públicos, en agravio al Estado, condenando a un grupo de ciudadanos con cuatro años de pena privativa

¹⁶ Amnistía Internacional, “Perú: muertes y lesiones en protestas podrían implicar a presidenta y cadena de mando como responsables penales”, 2024, <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/noticias/noticia/articulo/peru-muertes-y-lesiones-en-protestas-podrian-implicar-a-presidenta-y-cadena-de-mando-como-responsables-penales/>.

¹⁷ CIDH, Informe “Situación de los Derechos Humanos en el Perú en el contexto de las protestas sociales”, 2023, <https://www.oas.org/es/cidh/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2023/083.asp>.

de la libertad, adopción de reglas de conducta y pago de una indemnización, por haber protestado.

Los fundamentos de la Casación 1464-2021 son que el derecho a la protesta tiene la dificultad de no traslucir un valor, sino un “desvalor”. En el fundamento decimoquinto, se señala que la protesta implica la intransigencia de imponer a cualquier precio una opinión, minoritaria o no, aun cuando para ello se tenga que lesionar o dañar. Asimismo, sostiene que, si a causa de marchas pacíficas se interrumpe el tránsito de peatones y vehículos, tales acciones quedarían fuera del supuesto de hecho penal si existieran vías alternativas para los no simpatizantes de la marcha o para los vehículos.

Ahora bien, la Corte agrega que existe la posibilidad de que las formas de reclamo no sean suficientes, o que aquellas formas pacíficas de protesta no obtengan la atención y la recepción de los requerimientos de los protestantes. En tal caso, los protestantes estarían autorizados para aumentar la intensidad de sus reclamos, siempre que ello repercuta en el área personal de los derechos del protestante, tales como la huelga de hambre; pero que no atente contra los derechos fundamentales de terceros o inciten al conflicto social. Finalmente, la Corte argumenta que la violencia contra las cosas y específicamente la toma de carreteras, vías o espacios de infraestructura de transporte público o privado no tienen cobertura constitucional.

En consecuencia, la Casación 1464-2021 de la Corte Suprema implica la criminalización del derecho a la protesta, en un contexto políticamente agitado cuando los ciudadanos evidenciaron que las diversas fuerzas autoritarias e iliberales coparon el Congreso y el Poder Ejecutivo, lo que impide que los ciudadanos puedan recurrir normalmente a los canales institucionales para ser escuchados. Este es un elemento que se suma a los medios represivos y letales por parte del Estado, lo cual, evidentemente, implica un retroceso democrático del Estado constitucional de derecho en el Perú.

Desprotección de la ley penal del delito de crimen organizado

El 9 de agosto de 2024 se publicó en el Diario Oficial *El Peruano* la Ley 32108, que restringe los alcances del delito de crimen organizado. Esta ley excluye de la tipificación de organización criminal a los delitos cuya sanción sea menor a seis años. Como consecuencia de ello, se sustrae la posibilidad de que 59 delitos sean investigados en la categoría de organización criminal; delitos tales como estafa, colusión, negociación incompatible, peculado, tortura simple, tráfico de órganos y tejidos, tala ilegal, entre otros. Además, la ley obliga la presencia del acusado y su abogado en los allanamientos fiscales. Finalmente, la norma incorpora

como un elemento del tipo penal que las organizaciones actúen “con el fin de obtener, directa o indirectamente, el control de la cadena de valor de una economía o mercado ilegal, para obtener un beneficio económico”. Esto complejiza la aplicación de este tipo penal y, por ejemplo, impide que se pueda acusar a los congresistas por integrar organizaciones criminales; más aún, cuando 67 de los 130 parlamentarios cuentan con investigaciones por presuntos delitos contra la administración pública y contra el patrimonio.

Esta norma, evidentemente, constituye una situación adversa para el contexto peruano, dado que las actividades ilícitas vinculadas a la minería y tala ilegal son uno de los problemas criminales más visibles y que más afectan, por la irradación y los nexos que estas tienen con otras actividades criminales, tales como el tráfico ilícito de drogas.

Es importante destacar que varios de los partidos políticos que fueron parte de esta iniciativa en el proceso de formación de la Ley 32108, tales como Fuerza Popular, el Partido Aprista Peruano, Renovación Popular, Podemos, entre otros, actualmente están siendo investigados por el presunto delito de organización criminal; y que, en tales casos, están comprometidos los principales políticos de dichos partidos, entre ellos, Keiko Fujimori.

Quebrantamiento del control y equilibrio de poderes

En el ámbito parlamentario, la mayoría conservadora e iliberal ha hecho uso abusivo de sus potestades de control y fiscalización del Poder Ejecutivo y de los organismos autónomos, a fin de concentrar el poder y autoerigirse como el primer poder del Estado, lo cual ha sido convalidado por el Tribunal Constitucional, como se da cuenta a continuación.

Uso abusivo de la vacancia presidencial por incapacidad moral

La vacancia presidencial es una histórica institución constitucional, por la cual se suspende o pone fin al mandato del presidente de la República o vicepresidente debido a causales objetivas: muerte, renuncia, destitución, salir del país sin permiso del Congreso e incapacidad física y moral, según el artículo 113 de la Constitución. No obstante, la tensa confrontación entre el gobierno –hasta antes de Boluarte– y la oposición parlamentaria ha llevado a que en los últimos años esta figura sea usada arbitrariamente, en especial, cuando se invoca la incapacidad moral –interpretando esta categoría de manera sumamente amplia– para destituir al presidente de manera injustificada.¹⁸

¹⁸ César Landa Arroyo, *La posición constitucional del Poder Ejecutivo*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2023, p. 38.

Como ejemplo de lo anterior, podemos referir el caso de las dos solicitudes de vacancia del entonces presidente Pedro Pablo Kuczynski, que lo llevaron a la renuncia del cargo en marzo de 2018; luego se produjo la destitución de su reemplazo, el expresidente Martín Vizcarra, por lo que el presidente del Congreso, Manuel Merino, asumió interinamente la Presidencia de la República. Esto provocó movilizaciones en todo el Perú en contra de la vacancia y solicitando la renuncia de Merino.¹⁹

El origen de la vacancia de Martín Vizcarra se remonta al 30 de septiembre de 2019, cuando el expresidente ordenó la disolución del Congreso, de conformidad con el artículo 134 de la Constitución, por haberse negado la confianza a dos gabinetes ministeriales de su gobierno. Esto ocasionó que, tras la instalación del nuevo Congreso, distintos partidos políticos unieran esfuerzos para destituir al exmandatario, lo que se vio facilitado por la difusión de una serie de investigaciones en su contra, sobre presuntos actos de corrupción, las cuales los congresistas usaron como sustento para alegar que se habría configurado la causal de vacancia por permanente incapacidad moral.²⁰

De esta manera, el 9 de noviembre de 2020, con el voto de 105 congresistas, se aprobó la vacancia del presidente Vizcarra, procedimiento que se realizó de manera sumaria y sin las garantías de un debido procedimiento, en clara violación de la Constitución. Razón por la cual, la vacancia del presidente Vizcarra generó el rechazo de un importante sector de la población de Lima, sobre todo la juvenil, que salió a las calles a expresar su rechazo por lo que consideraban un acto inconstitucional por parte del Congreso. Asimismo, el Secretario General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), Luis Almagro, manifestó su preocupación por la situación política que estaba atravesando el Perú.²¹

Es importante precisar que el Poder Ejecutivo había interpuesto una demanda competencial contra el Congreso a raíz de un primer intento de vacancia en su contra; este intento de vacancia finalmente no procedió, por no alcanzar la suficiente cantidad de votos. Sin embargo, considerando que, posteriormente, se destituyó al presidente Vizcarra por sustancialmente las mismas razones, era necesario que el Tribunal Constitucional se pronunciara sobre ello. Cabe mencionar que en la Audiencia Pública de dicho proceso participó una importante

¹⁹ BBC, “Renuncia Manuel Merino: qué hay detrás de las masivas manifestaciones que culminaron con la renuncia del presidente”, *BBC News Mundo*, 2020, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-54924923>.

²⁰ Constitución Política del Perú, artículo 113, inciso 2.

²¹ RPP, “OEA al Perú: ‘La resolución de la crisis política actual es un imperativo’”, 2020, <https://rpp.pe/politica/congreso/vacancia-presidencial-oea-al-peru-la-resolucion-de-la-crisis-politica-actual-es-un-imperativo-noticia-1303099?ref=rpp>.

cantidad de *amicus curiae*, quienes en su mayoría sostuvieron que el Congreso había cometido una arbitrariedad y quebrado el principio de equilibrio y balance entre poderes.

Lamentablemente, el 20 de noviembre de 2020, se publicó la Sentencia del Expediente 00002-2020-CC/TC, que declaró improcedente la demanda competencial del Poder Ejecutivo. El principal fundamento de la sentencia –suscrita por los magistrados Ferrero, Miranda, Blume y Sardón– fue que la demanda competencial interpuesta por el Ejecutivo estuvo dirigida contra la primera moción de vacancia, la cual nunca surtió efectos. Por ello, se declaró improcedente la demanda por la causal de sustracción de materia.

Esta decisión fue contraria a la función pacificadora y de integración que cumple el Tribunal Constitucional, ya que el colegiado contaba con elemento suficientes para pronunciarse sobre la controversia de fondo, que fue ampliamente debatida en una audiencia pública, donde se garantizó el derecho de defensa de las partes. Lo más grave es que el fallo no precisó el concepto de incapacidad moral permanente, lo que permitió que, en adelante, el Congreso utilizara esta figura para ejercer presiones indebidas sobre el Poder Ejecutivo. Es decir, el Tribunal Constitucional entregó una “carta blanca” al Congreso para usar la vacancia presidencial por incapacidad moral sin ningún parámetro más que su sola discrecionalidad política.

Posteriormente, la nueva composición del Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de clarificar el sentido de esta institución, a raíz de la vacancia del expresidente Pedro Castillo, por haber intentado perpetrar un golpe de Estado. En efecto, el 7 de diciembre de 2022, el exmandatario anunció el cierre del Congreso, el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional y otras instituciones, para convocar a una Asamblea Constituyente, razón por la cual fue sometido a un procedimiento de vacancia y, posteriormente, se dictó una orden de captura en su contra. Frente a esta situación, un ciudadano planteó una demanda de hábeas corpus a favor del expresidente, señalando que su destitución había sido arbitraria.

En este caso, el Tribunal Constitucional, mediante la Sentencia del Expediente 01803-2023-PHC/TC, confirmó la constitucionalidad de la vacancia la cual, en efecto, respondió a una situación de intento de quiebre del orden constitucional por parte del expresidente Castillo. Sin embargo, cuando se pronunció sobre el concepto de permanente incapacidad moral, se limitó a señalar que “la causal de vacancia por permanente incapacidad moral corresponde al ámbito de interpretación y valoración política institucional del Congreso de la República, pero debe ser determinada dentro de parámetros de estricta razonabilidad y en el marco de las garantías del debido proceso”.

Al respecto, si bien el estándar de razonabilidad y el debido proceso son elementos importantes para tomar en cuenta, no son suficientes, considerando que ha existido una tendencia a invocar indiscriminadamente la vacancia por incapacidad moral con intenciones políticas. Por ello, el magistrado Monteagudo redactó un fundamento de voto, apartándose de esos extremos de la Sentencia y señalando que la vacancia por incapacidad moral

... no debe ser utilizada respecto de escenarios hipotéticos o conjeturas que puedan formularse respecto de ciertos hechos, sino en relación con conductas debidamente acreditadas y cuya realización no ha sido puesta en controversia, ya que lo contrario podría también menoscabar la estabilidad del presidente de la República en el ejercicio del cargo, así como podría conducir al surgimiento de recurrentes conflictos con el Poder Legislativo.²²

Estos hechos demuestran cómo una institución constitucional excepcional, como es la vacancia por incapacidad moral permanente, ha sido usada para atacar al Poder Ejecutivo y para legitimar la posición del Congreso, cuando su mayoría ha perdido las elecciones presidenciales; lo que califica con claridad como una conducta de abuso constitucional que lamentablemente ha sido habilitada y propiciada por un Tribunal Constitucional que no ha defendido de la manera debida los valores constitucionales que se encuentran en juego.

Desnaturalización de la cuestión de confianza

El uso de la cuestión de confianza es una práctica constitucional inédita, por la cual el Poder Ejecutivo solicita al Congreso un voto de confianza a una política gubernamental, para sumar consenso en su ejecución; práctica inusual como respuesta al rechazo político del Congreso al Poder Ejecutivo, a través de los mecanismos de control y sanción parlamentarias, como las interpelaciones, censuras ministeriales y del propio gabinete ministerial, además del rechazo a las iniciativas legislativas del gobierno. Así, en un escenario de constantes conflictos entre estos poderes, la cuestión de confianza ha servido como un mecanismo de equilibrio y contrapeso, cuando el Congreso impide que el Poder Ejecutivo haga efectivas las políticas que requiere su gestión.²³

Por ello, tan pronto el Congreso identificó que el Poder Ejecutivo tenía, en la cuestión de confianza, una herramienta que le permitía neutralizar los excesos parlamentarios, inició un plan de acción dirigido a desmantelar dicha institución.

²² Tribunal Constitucional, Sentencia del Expediente 01803-2023-PHC/TC, fundamento de voto del magistrado Manuel Monteagudo Valdez.

²³ Landa Arroyo, *La posición constitucional del Poder Ejecutivo*, op. cit., p. 96.

Sobre este tema, inicialmente, el Tribunal Constitucional, antes de caer en el cautiverio del Congreso, mantuvo una posición que cauteló el control y balance entre poderes. Sin embargo, posteriormente, esa línea jurisprudencial se fue distorsionando hasta vaciar por completo de contenido la institución de la cuestión de confianza, con la ratificación de la constitucionalidad de la Ley 31355.

El primer intento del Congreso por debilitar la figura de la cuestión de confianza se produjo con la reforma del artículo 86 del Reglamento del Congreso. Esta reforma estableció una serie de restricciones al uso de la cuestión de confianza, como prohibir que se plantee cuestión de confianza sobre la aprobación de una ley.

Un sector de congresistas de oposición plantearon una demanda de inconstitucionalidad contra esta reforma. El 15 de noviembre de 2018, el Tribunal Constitucional emitió la Sentencia del Expediente 0006-2018-PI/TC (Cuestión de confianza I), mediante la cual declaró fundada la demanda, por considerar que la Ley era inconstitucional, entre otras razones, porque las modificaciones realizadas por el Congreso vaciaban de contenido la institución de la cuestión de confianza, e impedían que funcionara como un contrapeso político ante la oposición parlamentaria, afectando así el principio de control y balance entre poderes. Cabe resaltar que en esta Sentencia se puso énfasis en la importancia de la cuestión de confianza para garantizar la separación de poderes.

En los años siguientes, se mantuvieron las tensiones entre el Poder Ejecutivo y el Congreso. El conflicto alcanzó su punto crítico el 30 de septiembre de 2019, cuando, a raíz de la denegatoria de la confianza al gabinete del ministro del Solar, el expresidente Vizcarra dispuso la disolución del Congreso, de conformidad con el artículo 134 de la Constitución (el Tribunal Constitucional ratificó la validez de la disolución del Congreso mediante la Sentencia del Expediente 00006-2019-CC).

El 21 de octubre de 2021, el Congreso –conformado nuevamente tras las elecciones de enero de 2020– emitió la Ley 31355. La principal finalidad de esta ley era prohibir que el Poder Ejecutivo pudiera interpretar el sentido (aprobación o rechazo) de la cuestión de confianza. Al respecto, la Ley señala:

La cuestión de confianza es aprobada o rehusada luego de concluido el debate y luego de realizada la votación conforme al Reglamento del Congreso. El resultado de la votación es comunicado expresamente al Poder Ejecutivo, mediante oficio, para que surta efecto. Solo el Congreso de la República puede interpretar el sentido de su decisión.

Esta ley se promulgó a pesar de que en la Sentencia del Expediente 00006-2019-CC se había demostrado que en determinadas circunstancias era legítimo que el Poder Ejecutivo interpretara que en los hechos se le había denegado la confianza, con el fin de evitar un abuso por parte del Congreso.

El Poder Ejecutivo interpuso una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 31355 por considerar que alteraba el equilibrio entre poderes, pues establecía severas restricciones al uso de la cuestión de confianza, lo cual además contradecía los criterios establecidos por el propio Tribunal Constitucional en su jurisprudencia.²⁴

No obstante, tras el lamentable deceso del exmagistrado Carlos Ramos (ponente de la sentencia del Expediente 00006-2019-CC) se impuso la mayoría más conservadora del Tribunal Constitucional y no se alcanzaron los votos suficientes para declarar fundada la demanda. Así las cosas, la Sentencia del Expediente 00032-2021-PI/TC confirmó la constitucionalidad de la Ley 31355 (Cuestión de confianza II). De esta manera, el Tribunal Constitucional terminó por vaciar de contenido la institución de la cuestión de confianza, facilitando que el Congreso ejerza un control exacerbado en contra del Poder Ejecutivo sin ningún tipo de contrapeso.

Finalmente, las consecuencias nocivas de estos fallos se pusieron de manifiesto durante el gobierno del expresidente Pedro Castillo, cuando el premier Aníbal Torres planteó una cuestión de confianza sobre un proyecto de ley que proponía derogar la Ley 31399 (ley que estableció una serie de restricciones irrazonables contra el derecho de participación política de los ciudadanos). Como respuesta al pedido del premier, el Congreso emitió un oficio señalando que se rechazaba de plano el pedido, pues estaba referido a un asunto que no podía ser materia de una cuestión de confianza. Ante esta situación, el premier Torres entendió por denegada la cuestión confianza y procedió a presentar su renuncia, lo cual dio como resultado la crisis total del gabinete.

En ese contexto, el Congreso interpuso una demanda competencial contra el Poder Ejecutivo tomando como principal sustento la Ley 31355 y lo resuelto por la Sentencia del Expediente 00032-2021-PI/TC (Cuestión de confianza II). Lo que sostenía el Congreso era que el Poder Ejecutivo no podía plantear una cuestión confianza referida a la derogación de una ley orgánica y, además, que la Ley 31355 había proscrito la posibilidad de interpretar una denegatoria fáctica de la confianza.

La mayoría del Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda competencial del Congreso (Cuestión de confianza III). El principal sustento de la Sentencia era la Ley 31355, que lamentablemente había sido ratificada por el Tribunal Constitucional, estableciendo graves restricciones a la cuestión de confianza.²⁵

²⁴ Tribunal Constitucional del Perú, expedientes 0006-2018-AI/TC y 00006-2019-CC/TC.

²⁵ Cabe resaltar que el magistrado Monteagudo Valdez emitió un voto singular en el que expresó su preocupación respecto de los posibles excesos en que podría incurrir el Congreso

De los hechos antes expuestos se puede apreciar cómo el Congreso, haciendo uso de sus facultades normativas –primero, reformando el Reglamento del Congreso y, posteriormente, ante el fracaso de su primer intento, a través de una ley– ha buscado vaciar de contenido un mecanismo de control político de trascendental importancia para el Poder Ejecutivo. Como consecuencia de estas modificaciones, el criterio actual es que el Congreso es el único que puede interpretar si en los hechos se ha cumplido o no con los pedidos de confianza que formula el Poder Ejecutivo, lo cual se presta al abuso porque el Congreso podría decir que aprueba un pedido de confianza, pero en los hechos hacer lo contrario, como ya ha sucedido.²⁶ Esto ha sido abalado por el Tribunal Constitucional, contribuyendo así a profundizar el desequilibrio en el sistema de pesos y contrapesos.

Reforma constitucional antidemocrática del sistema unicameral

El Congreso de Perú ha aprobado la reforma de 58 de los 206 artículos de la Constitución de 1993, mediante la Ley 31987, produciendo cambios sustanciales mediante un procedimiento fraudulento. Como lo señalamos en un estudio anterior,²⁷ esta reforma constitucional es probablemente una de las muestras más graves del vigente populismo iliberal que domina el Congreso.

La transformación más sustantiva de esta reforma ha sido el cambio de un sistema congresal unicameral a un sistema bicameral. Este cambio del sistema de organización política del Congreso fue sometido a referéndum en 2019 durante el gobierno del expresidente Vizcarra. En este referéndum, el 90% de ciudadanos, es decir, 13'949,831 de votos, rechazaron en una votación limpia y transparente el restablecimiento del Senado. Sin embargo, a menos de cinco años de dicha votación, el Congreso –unilateralmente y sin consultar a la ciudadanía– aprobó en dos votaciones el cambio al sistema bicameral, en violación flagrante del principio democrático del sufragio universal ciudadano.

Como se puede apreciar, esta reforma tiene una inconstitucionalidad sustantiva de origen en cuanto a su legitimidad democrática. Ahora bien, si

por lo que sostuvo que “corresponde habilitar la competencia del Tribunal Constitucional para que, en aquellos casos en los que el uso de la figura del rechazo de pleno haya sido arbitraria, el Poder Ejecutivo cuente con un mecanismo de defensa frente al uso excesivo de las atribuciones del Congreso de la República, el cual será, en principio, el proceso competencial”.

²⁶ Tribunal Constitucional del Perú, Expediente 00006-2019-CC.

²⁷ César Landa Arroyo, “Populismo iliberal, un peligro electoral en el Perú”. Ponencia presentada en Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, Sevilla, 2024.

analizamos el contenido de la reforma, advertiremos que el Congreso ha aprovechado para incorporar enmiendas que afectan el sistema de balance y control entre poderes. Nuevamente, estos cambios se realizaron rápidamente y sin permitir que la ciudadanía se pronunciara al respecto en un nuevo referéndum.

Entre otros cambios, con la reforma se eliminó el “voto de investidura” o cuestión de confianza “obligatoria” mediante la cual el primer ministro, dentro de los primeros 30 días de haber asumido el cargo, concurría al Congreso para exponer su política de gobierno y plantear cuestión de confianza. Este es un cambio negativo, pues el voto de investidura implicaba un pacto fiduciario o de confianza entre el Congreso y el Ejecutivo, que permitía la gobernabilidad del país, al inicio de un nuevo gobierno o al cambio del presidente del consejo de ministros. Asimismo, se advierte que el Senado concentra la mayor cantidad de poder de decisión frente a la Cámara de Diputados, lo que dificulta una dinámica de equilibrio al interior del Congreso entre las dos cámaras, que cumpla con la finalidad de la bicameralidad que es la reflexión y retroalimentación entre ambas cámaras. Como ejemplo de esto, de manera irreflexiva, se faculta al Senado a gozar en última instancia de una facultad legislativa de supremacía en la creación de las leyes, salvo en el caso de aquellas de presupuesto y reforma constitucional.

Juicio político a los miembros de la Junta Nacional de Justicia

En 2023, el Congreso entró en una confrontación con la Junta Nacional de Justicia (JNJ), entidad encargada de elegir a jueces y fiscales a nivel nacional. El conflicto surgió a raíz de que el Congreso ordenara la investigación de los magistrados de la JNJ y luego dispusiera la inhabilitación de Inés Tello y Aldo Vásquez (vocales de la JNJ) por considerar que estos actuaron en contra de la Constitución, al permanecer en su cargo a pesar de haber sobrepasado la edad máxima establecida en el artículo 156 Constitución (75 años). Interpretación que no se condice con el principio de razonabilidad, el cual lleva a interpretar que 75 años es la edad máxima para postular al cargo, mas no para ejercerlo.

Por esta razón, se ha sugerido que esta inhabilitación respondería a motivaciones políticas, dado que la JNJ ha desempeñado un rol crucial en decisiones que afectan a actores relevantes vinculados al Congreso. Un ejemplo es la evaluación de la fiscal de la Nación, Patricia Benavides, lo que habría generado tensiones entre ambos poderes.²⁸ Asimismo, como se mencionó anteriormente, la JNJ

²⁸ Reno Gómez Vega, “El Congreso de Perú inhabilita a dos miembros del órgano de justicia y enciende todas las alarmas”, *El País*, 2024 https://elpais.com/america/2024-03-11/el-congreso-de-peru-inhabilita-a-dos-miembros-del-organo-de-justicia-y-enciende-todas-las-alarmas.html?event=go&event_log=go&prod=REGCRART&o=cerradoam.

cumple una función esencial en el ordenamiento estatal, siendo la encargada de evaluar, elegir y ratificar en sus cargos a jueces y fiscales. En este orden de ideas, la inhabilitación de Inés Tello y Aldo Vásquez puede entenderse como un intento por controlar a un organismo clave en el nombramiento y la destitución de los jueces y fiscales, para alinearlos con sus intereses políticos.

A raíz de su inhabilitación, los vocales Tello y Vásquez interpusieron una demanda de amparo contra el Congreso, sosteniendo que su inhabilitación fue arbitraria y que afectó su derecho fundamental al debido procedimiento.

En el marco de este proceso, la Primera Sala Constitucional de Lima dictó una medida cautelar, que suspendió los efectos de la inhabilitación, por considerar que había una razonable apariencia de que se afectaron los derechos fundamentales de los demandantes y que, de no disponer la suspensión de su inhabilitación, habría peligro de irreparabilidad. Contra esta resolución judicial, el Congreso interpuso recurso de apelación.

Con motivo de esta medida cautelar, emitida por la Primera Sala Constitucional de Lima, el Congreso interpuso una demanda competencial, por considerar que el Poder Judicial estaría interfiriendo en sus competencias, al dejar sin efecto la inhabilitación de los vocales Tello y Vásquez, la cual sería una decisión exclusiva y excluyente del Congreso. Dicha posición se sustentaba, en gran medida, en lo que resolvió previamente el Tribunal Constitucional en contra el Poder Judicial en la Sentencia del Expediente 0003-2022-PCC/TC. Sobre esa base, el Congreso sostenía que la decisión de inhabilitar a los mencionados vocales era una cuestión política no judicializable (*political question*).

En el marco de este proceso competencial, con fecha 25 de abril de 2024, el Tribunal Constitucional dictó una medida provisional, por la cual suspendió los efectos de la medida cautelar emitida por la Primera Sala Constitucional hasta que se resuelva el recurso de apelación que, en el marco de dicho proceso de amparo, planteó el Congreso. Consideró el Tribunal Constitucional que había una alta probabilidad de que el Poder Judicial se hubiera extralimitado al pronunciarse sobre la inhabilitación de Inés Tello y Aldo Vásquez. Al respecto, argumentó lo siguiente:

21. Los actos que el Congreso de la República realiza en ejercicio de sus competencias exclusivas y excluyentes materializan los mandatos de la Constitución Política, de manera que gozan de presunción de constitucionalidad, en la misma medida que las leyes que emite gozan del principio de presunción de constitucionalidad de las leyes. Todas las entidades del Estado deben entender estos actos parlamentarios como válidos, vigentes y vinculantes, en tanto no hayan sido dejados sin efecto por autoridad competente en ejercicio de una competencia legítima, de la misma manera que ocurre con las leyes emitidas por el Congreso de la República.

22. Este principio de constitucionalidad de los actos parlamentarios guarda estrecha relación con lo dispuesto por este Tribunal Constitucional en la citada Sentencia 00003-2022-PCC/TC, en la cual dejó sentadas pautas respecto de los actos políticos no justiciables que podrían haber sido trasgredidas mediante la Resolución 1, de fecha 22 de marzo de 2024.²⁹

Esta decisión del Tribunal Constitucional es sumamente irregular, pues afecta el principio que establece que ningún órgano jurisdiccional se puede avocar a procesos en trámite (art. 139, inc. 2 CPP), como era el caso de la medida cautelar emitida por la Primera Sala Constitucional. Asimismo, se contraviene el orden público procesal, pues el artículo 18 del Nuevo Código Procesal Constitucional establece que el recurso de apelación contra una medida cautelar emitida en un proceso de tutela de derechos nunca tiene efecto suspensivo. Esto tiene como finalidad garantizar el derecho fundamental a la tutela cautelar (derecho innominado que se desprende del art. 139, inc. 3 CPP). Sin embargo, con su decisión, el Tribunal Constitucional contraviene este precepto procesal constitucional y le otorga efectos suspensivos a la apelación del Congreso.

Denuncias de fraude electoral en la elección del presidente Pedro Castillo

Otra de las estrategias adoptadas por el constitucionalismo autoritario en el Perú es el acoso contra los órganos electorales, poniendo en entredicho una de las bases del sistema de democracia representativa. Un ejemplo concreto es el de las elecciones de mayo de 2021, en las que se eligió como presidente de la República al señor Pedro Castillo Terrones, lo cual, sin embargo, fue cuestionado arbitrariamente por la oposición parlamentaria ideológica, impugnando los resultados antes los órganos electorales y, frente a la confirmación de que las elecciones fueron limpias, denunciando constitucionalmente a sus titulares.

Las elecciones presidenciales de mayo de 2021 en Perú dieron una ajustada victoria a Pedro Castillo, candidato de Perú Libre, tras una reñida segunda vuelta en la que obtuvo el 51,19% de los votos, superando a su opositora Keiko Fujimori, de Fuerza Popular. Este resultado fue corroborado por la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE), siguiendo los procedimientos previstos legalmente para ello.

A pesar de lo anterior, este resultado fue desconocido por el partido de Keiko Fujimori, quien emprendió una campaña de polarización de la política, con la irrupción en los medios de comunicación concentrados, la desinformación y las llamadas noticias falsas en las redes sociales sobre un supuesto fraude electoral.

29 Tribunal Constitucional del Perú, Expediente 00004-2024-PCC/TC : FJ. 21-22.

En este contexto, el populismo iliberal de derecha y extrema derecha presentó 1.088 solicitudes de nulidad de votación de las mesas de sufragio; hasta la actualidad, el más alto número de impugnaciones registradas ante el órgano electoral de primera instancia y ante el Pleno del JNE. Cabe resaltar que la mayoría de las impugnaciones fueron presentadas por el partido perdedor Fuerza Popular, que solicitó la nulidad de 943 actas –es decir, 250 mil votos– por supuestas irregularidades causadas en las mesas de votación.³⁰

A pesar del impacto generado por el partido de oposición, diversos informes de las Misiones de Observación Electoral tanto de la OEA como la Unión Europea en el marco de las elecciones generales 2021, concluyeron que los comicios peruanos fueron limpios y transparentes, destacando además la alta profesionalización de los organismos electorales en el desarrollo de sus funciones constitucionales y legales.

Asimismo, el JNE desestimó las impugnaciones presentadas por la oposición, ratificando la victoria de Pedro Castillo, quien juramentó el 28 de julio de 2021 en el cargo de presidente de la República.

Juicio político contra el presidente del Jurado Nacional de Elecciones

El JNE desestimó las impugnaciones –principalmente, presentadas por el partido de la candidata Keiko Fujimori– contra los resultados de las elecciones de mayo de 2021, ratificando la victoria de Pedro Castillo y resguardando el orden constitucional y democrático, frente a las arbitrarias acusaciones de fraude electoral.

Esto, sin embargo, ocasionó que el mismo sector de oposición, posteriormente, promoviera la conformación de una comisión parlamentaria con el fin de seguir investigando el supuesto fraude electoral. En el marco de estas presiones políticas, se inició un procedimiento de acusación constitucional en contra del presidente del JNE, Jorge Salas Arenas. Por su parte, Salas Arenas denunció estar siendo acosado por un grupo de antisociales de extrema derecha vinculado con el fujimorismo, autodenominado “La Resistencia”; y, además, señaló haber recibido amenazas en su contra y contra su familia.³¹ Por estas razones, el 25 de julio de 2021, la CIDH otorgó garantías a favor de Salas Arenas, tras considerar que se

³⁰ César Landa Arroyo, *Cortes Constitucionales y populismo. El caso del Perú* (inédito), 2024.

³¹ La República. “JNE pidió a fiscal constatar amenazas a Salas Arenas, pero se negó y dijo que no es agresión”, <https://larepublica.pe/politica/actualidad/2023/07/07/jne-pidio-a-fiscal-constatar-amenazas-de-la-resistencia-a-salas-arenas-pero-se-nego-y-dijo-que-no-es-agresion-70252>.

encontraba en una situación de gravedad y urgencia de riesgo de daño irreparable a sus derechos en Perú.³²

Asimismo, el mencionado magistrado planteó una demanda de amparo contra la acusación constitucional que se interpuso en su contra en el Congreso. El demandante señaló que, de conformidad con el artículo 99 de la Constitución, no correspondía que fuera sometido a juicio, ni antejuicio, en su condición de presidente del JNE, por lo que el inicio del procedimiento de acusación en su contra afectaba su independencia como juez electoral. En el marco de este proceso de amparo, con fecha 27 de julio de 2022, Salas Arenas obtuvo una sentencia favorable.

Sin embargo, en el marco de una demanda competencial interpuesta por el Congreso contra distintas decisiones judiciales que controlaban actos parlamentarios –alegando que estas vulneraban sus competencias–, el Tribunal Constitucional declaró nula la sentencia favorable a Salas Arenas.³³ Dicho Tribunal señaló que la acusación constitucional constituye una cuestión política no justiciable, es decir, una competencia exclusiva y excluyente del Congreso, sobre la cual los jueces no pueden pronunciarse.

Así pues, los hechos antes descritos demuestran cómo el populismo iliberal también tiene como uno de sus objetivos la afectación del orden constitucional y democrático, a través de atacar las instituciones del sistema electoral haciendo uso del Tribunal Constitucional. Esto se refleja no solo en atentados directos y violentos en contra del presidente del JNE, sino también con el uso de demandas arbitrarias, como la demanda competencial que dejó desprotegido al mencionado magistrado frente a un indebido proceso de acusación constitucional en su contra, la cual lamentablemente fue amparada por la actual composición del Tribunal Constitucional.

Control del Tribunal Constitucional

El Poder Judicial ha cumplido un papel importante para garantizar que los procedimientos parlamentarios de elección de altos funcionarios como el defensor del Pueblo y los magistrados del Tribunal Constitucional se desarrollen en procesos transparentes, regidos por criterios de mérito, antes que por el mero interés político.

Este es un hecho relevante, por cuanto en nuestra historia reciente hemos atestiguado cómo las mayorías políticas de turno negocian el nombramiento de

³² CIDH, Medida cautelar 607-21, https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/mc/2021/Res_56-21_MC_607-21_PE_ES.PDF.

³³ Tribunal Constitucional del Perú, Expediente 00003-2022-PCC/TC.

personas alineadas con sus intereses en determinados sectores del Estado. Ejemplo de esto fue, en 2013, la aparición en los medios de comunicación de audios en los que los congresistas de la Comisión Especial se “repartían” los puestos vacantes del Tribunal Constitucional, y establecían cuántos magistrados le correspondían a cada bancada de acuerdo con su tamaño, a lo cual se le llamó la “repartija”.³⁴

Lamentablemente, este mismo fenómeno se ha repetido hasta en dos ocasiones en los últimos años con la elección del defensor del Pueblo de 2022³⁵ y la elección de magistrados del Tribunal Constitucional de 2019³⁶ (frustrada) y 2021.³⁷ Esto ameritó, en algunos casos, el pronunciamiento de la CIDH, que señaló lo siguiente:

La Comisión advierte que todo proceso de selección debe garantizar los principios de publicidad y transparencia, asegurando que el proceso sea abierto al escrutinio y la participación de los sectores sociales. Asimismo, la Comisión recuerda que se deben asegurar que tales procesos no sean realizados o puedan ser percibidos por la ciudadanía como decididos con base en razones de carácter político afectando la convicción de los justiciables en su actuar independiente.³⁸

Sin embargo, a pesar la falta de transparencia,³⁹ las bancadas de tendencia iliberal y autoritaria defendieron el proceso de elección de magistrados del Tribunal Constitucional que culminó el 10 de mayo de 2022, asegurando que tal proceso obedecía a una respuesta necesaria para cubrir las vacantes en el Tribu-

34 Pamela Loayza, “Los orígenes de la repartija. Balance de la selección de magistrados del tribunal constitucional”, *Argumentos*, n.º 4, 2023, <https://argumentos-historico.ipe.org.pe/articulos/los-origenes-de-la-repartija-balance-de-la-seleccion-de-magistrados-del-tribunal-constitucional/>.

35 Infobae, “Defensoría del Pueblo solicita transparencia y meritocracia en elección de su nuevo titular”, 2022, <https://www.infobae.com/america/peru/2022/05/29/defensoria-del-pueblo-solicita-transparencia-y-meritocracia-en-eleccion-de-su-nuevo-titular/>.

36 La República, “CIDH advierte que ‘urge transparencia’ en selección de magistrados del Tribunal Constitucional”, 2019, <https://larepublica.pe/politica/2019/09/26/tribunal-constitucional-cidh-advierte-que-urge-transparencia-en-seleccion-de-magistrados>

37 La República, “Sin debate y sin transparencia, el Congreso elige a 6 miembros del Tribunal Constitucional”, 2022, <https://larepublica.pe/politica/2022/05/11/congreso-elige-a-seis-miembros-del-tribunal-constitucional-sin-debate-y-sin-transparencia-fujicronismo>.

38 CIDH, “CIDH urge transparencia en el proceso de selección de seis magistrados del Tribunal Constitucional del Perú y hace un llamado a garantizar su independencia”, Comunicado de Prensa, 2019, <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/241.asp>.

39 La República, “Sin debate y sin transparencia, el Congreso elige a 6 miembros del Tribunal Constitucional”, cit.

nal Constitucional. Esta elección ha sido polémica dado que ha tenido impacto en temas de relevancia internacional, tales como el haber sentenciado a favor de la liberación de Alberto Fujimori, desacatando lo resuelto por la Corte IDH con respecto a este indulto.

Por si no fuera suficiente, posteriormente, la nueva composición del Tribunal Constitucional emitió la Sentencia del Expediente 00003-2022-PCC/TC, en la cual se pronunció, entre otras cosas, sobre un proceso de amparo, iniciado en torno a la elección de magistrados constitucionales de 2019, por falta de transparencia en dicho procedimiento congresal; así como sobre el proceso de elección del defensor del Pueblo. En esta sentencia, el Tribunal Constitucional señaló que dichas cuestiones son de competencia exclusiva y excluyente del Congreso, retomando así la vetusta doctrina de las *political questions*. Por lo que sería inconstitucional que el Poder Judicial se pronuncie al respecto.

Esto sienta un terrible precedente para el principio de control y equilibrio entre los poderes del Estado, y, de hecho, ya ha servido para que el Tribunal Constitucional suspenda provisionalmente los efectos de una medida cautelar emitida por el Poder Judicial para defender los derechos fundamentales de los señores Aldo Alejandro Vásquez Ríos y doña Luz Inés Tello de Ñecco, quienes fueron removidos arbitrariamente de su cargo como miembros de la Junta Nacional de Justicia (JNJ), como señalamos anteriormente.

De esta manera, el Tribunal Constitucional, contrario a su deber de controlar el poder, ha abierto la puerta a la desconstitucionalización de la democracia. En términos prácticos, se ha creado una esfera en la cual el Congreso puede actuar sin ser controlado, ni siquiera por el Tribunal Constitucional, lo cual es sumamente grave.

PERSPECTIVAS DE SOLUCIÓN DEMOCRÁTICA

De cara a la comprobada situación de constitucionalismo autoritario en el Perú, la solución frente a la crisis debe sustentarse en los principios y valores superiores reconocidos en la Constitución, que son la base del Estado democrático y social de derecho. En ese orden de ideas, a continuación, planteamos algunas propuestas para la defensa y reconstrucción del Estado de derecho.

Acuerdo Nacional y participación ciudadana

El Acuerdo Nacional es un compromiso suscrito el 22 de julio de 2002, por siete partidos políticos con representación parlamentaria, siete organizaciones sociales y el Gobierno, en el marco del retorno a la democracia, tras la caída del gobierno de Alberto Fujimori. Dicho acuerdo, el de mayor trascendencia

política de los últimos años, refleja cómo se quiere que sea el Perú en los siguientes años.

Con ese fin, el Acuerdo Nacional estableció cuatro ejes que se consideran de especial trascendencia para la reconstrucción del Estado de derecho: 1) Democracia y Estado de derecho; 2) Equidad y justicia social; 3) Competitividad del país y 4) Estado eficiente, transparente y descentralizado. Asimismo, cada uno de estos ejes está compuesto por políticas de Estado que se deberán desarrollar en el tiempo, por lo que se supone que trascienden a los gobiernos de turno.

Actualmente, el Acuerdo Nacional tiene una relevancia en el marco de elaboración de políticas públicas por cuanto el Centro Nacional de Planeamiento Estratégico tiene la responsabilidad de verificar que los diferentes gobiernos sigan, en la medida de lo posible, las líneas matrices trazadas en dicho Acuerdo, para la elaboración de sus políticas gubernamentales. Sin embargo, más allá de la presencia del Acuerdo Nacional en este proceso técnico de elaboración de políticas públicas, su contenido no tiene mayor difusión y no está presente en las grandes discusiones en el ámbito público.

En este marco, una salida a la crisis del Estado de derecho que experimenta el Perú la podríamos encontrar en un renovado Acuerdo Nacional, que goce de legitimidad política y democrática, que además establezca directrices importantes para la defensa de la democracia y del Estado de constitucional. Este debería ser un punto de partida para que los principales órganos del Estado, partidos políticos, sociedad civil, grupos empresariales y sindicatos, iglesia y medios de comunicación concierten acuerdos para un núcleo mínimo democrático⁴⁰ en temas *urgentes* como la inseguridad ciudadana y el compromiso con elecciones regulares, libres y justas; *necesarios*, para reafirmar la independencia judicial, así como el control y equilibrio de poderes; *posibles*, como la protección de los derechos y las libertades, en el marco de la pluralidad de ideas, sin discriminación social y racial. Sobre todo, en este contexto de grave polarización, en el cual se hacen mucho más necesarios estos acuerdos institucionales para permitir impulsar la reconstrucción del Estado de derecho en el país.

Consejo de Estado

La convocatoria al Consejo de Estado para conseguir acuerdos mínimos y con ello la estabilización de la política nacional, que se encuentra afectada por la polarización y por una preocupante falta de legitimidad, podía ser otra alternativa de solución a la crisis del Estado de derecho que atraviesa el Perú.

40 Dixon y Landau, *Abusive Constitutional Borrowing*, *op. cit.*

El Consejo de Estado no es una institución prevista en el ordenamiento jurídico constitucional peruano. Sin embargo, históricamente, se ha recurrido a esta instancia. Cabe mencionar que, a diferencia de otras latitudes, donde el Consejo de Estado cumple la función de resolver controversias políticas, en el contexto peruano el Consejo de Estado es la reunión de los más altos representantes del Estado –como el presidente de la República, los residentes del Poder Judicial, del Tribunal Constitucional, del presidente del Congreso, del Ministerio Público, del Jurado Nacional de Elecciones, la Junta Nacional de Justicia, entre otros–, para la deliberación y adopción de acuerdos sobre temas trascendentales en la vida política de la nación.

En ese sentido, el Consejo de Estado cumpliría la función de facilitar esta comunicación, tanto internamente como entre poderes. En otras palabras, como órgano consultivo, el Consejo de Estado cumpliría un rol institucional de concreción del principio de colaboración de poderes que implica lo siguiente:

Conforme al principio de colaboración, las competencias y funciones de los poderes y órganos constitucionales autónomos deben estar orientadas al cumplimiento de los fines del Estado (artículo 44 de la Constitución), a la concreción del conjunto de bienes y valores constitucionales (pudiéndose mencionar, a modo de ejemplo, lo señalado en los artículos 1, 3, 38, 43 o 45 de la Constitución), y siempre teniendo como horizonte la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad (artículo 1 de la Constitución).⁴¹

En consecuencia, la convocatoria del Consejo de Estado podría contribuir encontrar soluciones a los problemas del Estado de derecho a partir de acuerdos institucionales, lo cual debería realizarse de manera pública y transparente, para garantizar así la amplia participación de la ciudadanía.

Cooperación internacional

Finalmente, habida cuenta de que los poderes políticos mayoritarios incurren en prácticas de populismo o autoritarismo constitucional –lo cual no permite que existan mecanismos de control suficientes en sede nacional (pues estos poderes, incluso, pueden llegar a cooptar a los órganos de control de la democracia: Poder Judicial, Tribunal Constitucional, Defensoría del Pueblo, etc.)– se hace especialmente importante el uso de los mecanismos de control jurídico y político que existen a nivel internacional (CADH, Carta Democrática Interamericana, etc.).

⁴¹ Tribunal Constitucional del Perú, Expediente 0006-2018-PI/TC : 56.

En la experiencia peruana, el uso de mecanismos de control internacionales, para complementar las garantías constitucionales en sede nacional (internacionalización del derecho constitucional), ha permitido encontrar salidas a entrampamientos políticos, o ha permitido impulsar las investigaciones sobre graves violaciones de derechos humanos ocurridas en Perú y que pretendían ser minimizadas por los poderes políticos de turno, e incluso por la prensa, en algunos casos.

Un ejemplo importante de esto son las recomendaciones de la CIDH. Según el artículo 41, literal b) de la CADH, la CIDH puede formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos. Esto fue importante en el marco de las protestas contra el gobierno de la actual presidenta Dina Boluarte, en las cuales 50 civiles murieron y más 1.400 fueron heridos entre diciembre de 2022 y marzo de 2023. En este contexto, la CIDH emitió su “Informe de la situación de derechos humanos en Perú en el contexto de las protestas sociales”, en el que estableció recomendaciones importantes para la pacificación del conflicto y la reparación de las víctimas.⁴²

Del mismo modo, se puede resaltar el rol de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el marco de las movilizaciones debido a la vacancia del presidente Martín Vizcarra. En su “Informe sobre la Misión a Perú” del 17 al 22 de noviembre de 2020, el mencionado organismo determinó que existieron violaciones de los derechos humanos, en particular a la vida, integridad física, la libertad y seguridad individual, a la salud, entre otros. Por tal motivo, este organismo exhortó al Estado peruano a asegurar que las personas puedan ejercer con seguridad sus derechos a la libertad de expresión y reunión pacífica, sin autorizaciones previas ni interferencias o restricciones arbitrarias; así

⁴² Entre otras cosas, la CIDH recomendó diseñar e implementar, desde el más alto nivel del Estado, una estrategia de diálogo genuino, con enfoque étnico y territorial, que permita la escucha de todos los sectores y niveles de la división política y administrativa, en especial de aquellos que han sido los más afectados por la discriminación histórica, social y estructural en el país. Asimismo, se recomienda una política pública con alcance nacional y perspectiva de los derechos humanos, la cual debe estar dirigida a la prevención y eliminación de la estigmatización de las personas con base en su origen étnico-racial o condición socioeconómica. También se manifiesta que el Estado peruano debe adoptar medidas que reparen las violaciones de los derechos humanos a todas las víctimas en el contexto de las protestas sociales, y que tales mediadas deben incluir acciones de compensación, tanto médica como psicológica, etc.

como, asegurar la armonización del derecho interno que regula el derecho de reunión pacífica con las normas y los estándares internacionales aplicables.

Protección internacional de la democracia

También en el plano político son importantes las acciones de las organizaciones internacionales. Por ejemplo, en el marco de la acusación de fraude electoral contra la victoria del expresidente Castillo, fue central la emisión de diversos informes de las Misiones de Observación Electoral de la OEA y de la Unión Europea, que concluyeron que las elecciones peruanas fueron limpias y transparentes; destacaron, además, la alta profesionalización de los organismos electorales en el desarrollo de sus funciones constitucionales y legales. Asimismo, también fueron importantes las opiniones de órganos como la Comisión de Venecia, que elaboró un informe a raíz de una consulta que se le realizó en agosto de 2019, sobre la posibilidad de vincular reformas constitucionales a la figura de la cuestión de confianza. Cabe resaltar que esta consulta estuvo enmarcada en el contexto del cierre del Congreso, amparado en el artículo 134 de la Constitución, dispuesto por el expresidente Vizcarra.

Por otro lado, cabe señalar que ante el acoso político a la gobernabilidad democrática por parte de la oposición parlamentaria ideológica desde el año 2016, hubo requerimientos del presidente Pedro Pablo Kuczynski para que, en el marco de la Carta Democrática Interamericana, el Secretario General de la OEA enviara una delegación de observadores al primer proceso de su destitución parlamentaria formulada por el fujimorismo en diciembre de 2017, que no prosperó.

Posteriormente, ante nuevos riesgos al “proceso político institucional democrático” o al “legítimo ejercicio del poder” del presidente Pedro Castillo, se activó la Carta Democrática Interamericana, en virtud de la cual la OEA envió un grupo de alto nivel a Lima, integrado por siete cancilleres, quienes dialogaron personalmente en noviembre de 2022 con las autoridades gubernamentales y con los representantes de la oposición parlamentaria y de la sociedad civil, en virtud de lo cual establecieron cinco recomendaciones para abrir el diálogo político y social, durante un periodo de tregua; en este, las diferencias políticas y jurídicas debían canalizarse a través de la justicia constitucional. Pero además, recomendaban el respeto democrático a la pluralidad de ideas políticas y sociales, así como que los medios de comunicación informaran de forma imparcial y sin expresiones racistas o de discriminación social.⁴³ Sin embargo, estas recomendaciones no llegaron

⁴³ OEA, *Informe Preliminar. Visita del Grupo de Alto Nivel del Consejo Permanente de la OEA a la República del Perú del 20 al 23 de noviembre de 2022*, s. f., <https://www.oas.org/es/>

a ser aprobadas por la Asamblea General de la OEA debido a que el 7 de diciembre de 2022, el presidente Castillo pretendió realizar un autogolpe de Estado, el mismo que fue develado inmediatamente por las fuerzas políticas y de seguridad.

Finalmente, el Estado de derecho basado en la Constitución no solo se expresa en el respeto a la legalidad de las elecciones a los cargos públicos, con libertad de expresión o la existencia del Poder Judicial, sino que, como se ha observado, este puede ser falseado mediante el abuso del derecho. Por este motivo, es necesaria la legitimidad democrática que le otorga validez material al uso de las formas en un Estado constitucional, lo cual quedará a prueba en el Perú en las próximas elecciones generales presidenciales y parlamentarias de 2026.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBERT, Richard, *Reforma y desmembramiento constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2020.
- BALKIN, Jack M., “Constitutional Rot”, en *Authoritarianism in America* 19, Caso R. Sunstein, 2018.
- BIDART CAMPOS, Germán, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1996.
- DIXON, Rosalind y David LANDAU, *Abusive Constitutional Borrowing: Legal globalization and the subversion of liberal democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2021.
- GARCÍA ROCA, Javier, “Del principio de la división de poderes”, *Revista de Estudios Políticos*, vol. 108, 2000, pp. 41-75.
- LANDA ARROYO, César, *Cortes Constitucionales y populismo. El caso del Perú* (inédito), 2024.
- LANDA ARROYO, César, “Populismo iliberal, un peligro electoral en el Perú”. Ponencia presentada en Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, Sevilla, 2024.
- LANDA ARROYO, César, *La posición constitucional del Poder Ejecutivo*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2023.
- LANDA ARROYO, César, *Tribunal Constitucional y Estado Democrático* (4 ed.), Lima, Palestra, 2022.
- LOVATÓN, David, *La gestación del Estado constitucional interamericano*, Lima, Facultad de Derecho PUCP, 2017.
- TEJADA, Javier, “El populismo iliberal contra el Estado de Derecho: la defensa europea de la independencia judicial”, *Araucaria*, vol. 25, n.º 53, 2023.

centro_noticias /comunicado_prensa.asp?sCodigo=D-028/22.

TUSHNET, Mark, "Authoritarian constitutionalism", *Cornell Law Review*, n.º 100, 2015, 391-461.

ROZNAI, Yaniv, *Unconstitutional Constitutional Amendments*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

JURISPRUDENCIA

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta vs. Perú, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de 30 de mayo de 2018.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Sentencia del Expediente 0006-2019-CC/TC, caso Sobre la disolución del Congreso de la República, 14 de enero de 2020.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, Sentencia del Expediente 0023-2003-AI/TC, caso Sobre la Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por la Defensoría del Pueblo, 09 de junio de 2004.

ARTÍCULO PRESENTADO EL 18 DE OCTUBRE DE 2024.

PROBLEMAS Y DESAFÍOS DEL ESTADO DE DERECHO URUGUAYO

Martín Risso Ferrand*

OBJETO

Desde siempre, los Estados de derecho enfrentan peligros, oportunidades y problemas. A veces provienen solo del correr del tiempo; de las novedades tecnológicas, demográficas y políticas; de los intereses de la sociedad y de cada individuo, etc. En América Latina esta situación, compleja y desafiante, es permanente y puede presentar distintos grados de riesgo y de intensidad.

En este trabajo analizaré esta problemática pensando en Uruguay y situándome en el año 2024, desde donde abordaré el pasado, el presente y los problemas venideros.

La estructura del trabajo es la siguiente: en una primera parte, procederé a sintetizar ciertas características de la Constitución y de la democracia uruguaya, que permitirán encuadrar los riesgos que se abordarán. A continuación, mencionaré los puntos que, desde el Uruguay, pueden verse como los problemáticos y desafiantes para el Estado de derecho en estos tiempos.

ANTECEDENTES

La primera Constitución rígida del Uruguay, de 1830, casi no tuvo aplicación en el siglo XIX. Fueron frecuentes los conflictos armados, los golpes de Estado, entre otros, que impidieron que se aplicara con un mínimo de seriedad. En 1904, al finalizar la última guerra civil, hubo un pacto tácito entre los partidos políticos

* Profesor titular de Derecho Constitucional en grado y posgrado, Universidad Católica del Uruguay. martinrisso@estudiorisso.com.uy.

y se comenzó a aplicar la Constitución, pero en medio de un largo proceso de reforma constitucional que culminó con una nueva Constitución en 1918.

En 1934 se elaboró una nueva Constitución y luego se introdujeron reformas en 1942, en ambos casos, tanto la Constitución como las reformas se aprobaron por plebiscito popular. La Constitución surgida de este proceso histórico sentó las bases de la carta actual: se revalorizaron los derechos humanos, que se colocaron al principio de la Constitución en una sección propia; se introdujeron los derechos sociales, económicos y culturales (DESC); se previó un Estado fuertemente intervencionista en materia económica (aparecieron las empresas públicas); en una solución no habitual en el continente se estableció un sistema parlamentario aunque con algunas atipicidades, como que el presidente es electo por voto popular; se creó un esquema de descentralización territorial equilibrado; se le otorgó competencia expresa a la Suprema Corte de Justicia para declarar la inconstitucionalidad de las leyes; se constitucionalizó la Corte Electoral llamada a desempeñar un rol básico en la democracia uruguaya; entre otras muchas cosas. Sin nombrarlo, se constitucionalizó un Estado social de derecho que ya se venía insinuando en la legislación.

Insólitamente, en 1951, se modificó la Constitución y, siguiendo –o intentando seguir– las ideas de José Batlle y Ordóñez de principios del siglo XX, se estableció un gobierno con un Ejecutivo colegiado y con presencia del partido de gobierno y de la oposición. Por supuesto, este no funcionó y, en 1967, se volvió en líneas generales a la fórmula de 1934-1942.

La Constitución de 1967, como no podía ser de otra manera, es hija de su época. Se presentó en un esquema de Estado social fuertemente intervencionista, en cierta forma hay una preferencia por las actividades del Estado en el mundo industrial y comercial, así como una cierta desconfianza hacia la actividad privada; persiguió los objetivos de la unión del continente, de la “patria grande”. En materia económica se establecieron lineamientos fuertemente proteccionistas (la defensa de la producción nacional mediante aranceles fuertes), la planificación, etc. Asimismo, la Constitución no contuvo lo que no existía: no hay referencias al derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) ni a la jurisprudencia internacional en dicha materia. La Constitución fue aprobada en un plebiscito, pero sin grandes mayorías.

Esta Constitución entró en vigor a principios de 1967, en medio de una crisis política, social y económica. Existía lo que algunos denominaban movimientos de “guerrilla urbana”, las manifestaciones gremiales y estudiantiles eran casi diarias y marcadas por prácticas violentas, con algunos manifestantes muertos y fuerte crisis económica y social; frente a esta realidad, el sistema político no logró articular soluciones. En este esquema entró en vigor la nueva Constitución y, en

forma casi inmediata, en tiempos constitucionales, se dio un golpe de Estado el 27 de junio de 1973, dictadura que se extendió hasta 1985. Poco de la Constitución se aplicó, todo en medio de una compleja situación económica, social y política.

El retorno a la democracia fue sorprendente en lo que se refiere a la Constitución, ya que se aplicó sin mayores problemas. Tres partidos políticos con orientaciones muy diferentes gobernaron y en todos los casos la Constitución demostró un equilibrio entre el contralor del gobierno y las posibilidades de este de gobernar. De ser una Constitución con un limitado respaldo popular y con años turbulentos en sus inicios, se transformó en una carta confiable, que transmite seguridad a todos los partidos y, especialmente, a la gente que en general la percibe como buena y segura.

Hubo varios intentos de reforma constitucional puntuales, e incluso hace unos ocho años algunos actores políticos insinuaron la posibilidad de convocar a una convención constituyente para aprobar una nueva constitución, pero la propuesta no tuvo eco en ninguno de los partidos ni en la gente, y la iniciativa se abandonó. En cuatro ocasiones se aprobaron plebiscitariamente modificaciones: en 1989 y 1994 se introdujeron pequeñas modificaciones parciales referidas a las jubilaciones, en 2004 se constitucionalizó el derecho de acceso al agua y al saneamiento y, en 1997, se introdujeron modificaciones importantes. Por ejemplo, se prohibió que cada uno de los partidos políticos presentara más de un candidato a la presidencia de la República, se estableció que estos candidatos debían ser elegidos por voto popular no obligatorio, pero a padrón abierto, por lo que una persona puede escoger en qué elección interna desea participar, aunque no podrá participar en más de una.

Sigue sin haber referencias constitucionales al derecho internacional de los derechos humanos, a su relación con el derecho interno, a la jurisdicción internacional (aunque el Estado ratificó en 1985 la Convención Americana sobre Derechos Humanos [CADH] y se sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH] y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]); en la Constitución solo existe el artículo 72, proveniente de la reforma de 1918, que dispone que la enumeración de los derechos, deberes y garantías que realiza la Constitución no excluye otros inherentes a la personalidad humana o derivados de la forma republicana de gobierno.¹ Tampoco se incluyeron modificaciones relativas a la revalorización de la libre competencia, al libre

¹ Alberto Ramón Real, “Los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya”, en *Los principios generales de Derecho en el derecho uruguayo y comparado*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2005, pp. 35-83.

mercado regulado, a la protección del consumidor, etc.; el texto constitucional se mantiene en la lógica propia de los años sesenta, ya mencionada.

Llego al punto central de los antecedentes. Uruguay no ajustó la Constitución de los años sesenta a los nuevos tiempos, sino que, por la vía de una interpretación evolutiva, a veces casi mutativa, fue adaptando la aplicación de la carta a la nueva realidad.

En primer lugar, en materia de derechos humanos, la Constitución fue reinterpretada y se sostuvo que el artículo 72 ya mencionado constitucionalizaba los derechos comprendidos en el DIDH,² y luego se postuló la aplicación conjunta de la regulación constitucional de derechos humanos y de la internacional, resolviéndose los desajustes normativos con la aplicación de la disposición más favorable al derecho o la garantía. Este proceso comenzó a nivel doctrinal en 2004,³ y lo mismo ocurre en general en otras materias en que este criterio es comúnmente aceptado.

A principios de 1985, recién restaurada la democracia, el Estado aprobó y luego ratificó la CADH y, simultáneamente, se sometió a la jurisdicción de la Corte IDH y de la CIDH. El control de convencionalidad tuvo resistencias al principio –y todavía hoy genera alguna duda–, pero se viene consolidando y el recurso a la jurisprudencia de la Corte IDH es cada vez más frecuente. En materia de derechos humanos, la interpretación ha evolucionado siempre para mejorar la protección de los derechos y la efectividad de las garantías, con escasas excepciones.

Ante el fracaso de la planificación global y de la “economía mixta”, parece que la Constitución está siendo leída en otro sentido, revalorizando la libre competencia y el libre mercado. Pero, siguiendo a De Vergottini,⁴ debe enfatizarse que esto no es una vuelta al Estado liberal, sino que los objetivos son la existencia real de una libre y justa competencia, la protección de la competencia, de los consumidores, etc. Se desea un libre mercado, en donde la libre competencia funcione correctamente sin la incidencia de factores que la distorsionen. Se busca rescatar lo bueno de la libre competencia y combatir las prácticas nocivas.

² Juan P. Cajarville Peluffo, “Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya”, en *Estudios Jurídicos en Memoria de Alberto Ramón Real*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1996; Martín Riso Ferrand, “Instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos y el Artículo 72 de la Constitución”, en *Quinto Coloquio de Derecho Público*, Montevideo, Editorial Universidad, 1996, pp. 301-322.

³ Suprema Corte de Justicia, Sentencia 365 de 19 de octubre de 2009, [BJN Pública \(poder-judicial.gub.uy\)](http://bjn.poder-judicial.gub.uy). Existe una investigación jurisprudencial al respecto, en la actualidad en proceso de arbitraje.

⁴ Giuseppe de Vergottini, “La Constitución económica italiana: pasado y actualidad”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 29, 2012, pp. 339-354.

Comenzó entonces a cambiar la intervención estatal que está más orientada a tutelar y promover la competencia, en lugar de reducir el número de operadores con monopolios u otras formas de intervención y, a su vez, las autoridades reguladoras tienden a ser independientes y no unidades burocráticas insertadas y dirigidas por el Gobierno. Es decir, comienza a cambiar el rol del Estado, pero también cambia la regulación que debe procurar el buen funcionamiento del mercado y no su combate. No se desconfía del mercado, sino que se busca su buen funcionamiento.

En Uruguay, estos cambios se vienen materializando sin reforma constitucional, pero con leyes protectoras de la competencia, así como de los usuarios y consumidores, y con el cambio de los paradigmas políticos, aunque a veces no se aceptan o no se dice que sí se aceptan. Este fenómeno resulta llamativo y merece una reflexión más profunda. Uruguay encajaría en este esquema: se confía más en el mercado, se legisla para proteger al consumidor y para proteger e incentivar la libre competencia dentro de la libertad de mercado, algunos de los viejos monopolios han caído, las visiones románticas de las empresas públicas tienden a desaparecer y a sustituirlas por perspectivas más pragmáticas. Al mismo tiempo, se han creado y se están fortaleciendo nuevas agencias reguladoras (por ejemplo, en materia de energía y servicios de comunicación y agua o en telecomunicaciones), que se suman a las anteriores (como el Banco Central y las regulaciones en el área de la salud), cuyo cometido es el buen funcionamiento de un mercado competitivo en el sector que corresponda, y la protección del consumidor respecto a calidad del servicio, seguridad y precio.

Por supuesto que esto no implica la desaparición de las empresas públicas, sino que la mayoría se mantienen, aunque con políticas distintas.

Respecto a la calidad democrática y el Estado de derecho, Uruguay suele tener muy buenas evaluaciones en de Economist Intelligence Unit (Democracy Index⁵) y en de World Justice Project.⁶

Es en este esquema que, siguiendo el objetivo de esta investigación, me pregunto cuáles son los principales desafíos y problemas que enfrenta el Estado de derecho uruguayo y, como son varios, me limitaré a los más importantes.

5 En el índice 2023, Uruguay se sitúa en el puesto 14, lo que implicó un retroceso de tres puestos respecto al año anterior (lo llamativo es que el descenso se produjo en el ítem cultura política).

6 Puesto 25 en el índice 2023, según lugar en las tres Américas.

DESAFÍOS Y RIESGOS

He seleccionado cinco problemas o desafíos del Estado de derecho uruguayo en 2024 que enumero a continuación, sin que surja del orden de enunciación ningún orden de prelación o importancia entre ellos:

1. Independencia judicial y problemas más graves con el Ministerio Público.
2. Pérdida de calidad del discurso y del debate político: mentiras, acusaciones contrarias a la ética, *fake news*, agresividad en los discursos, caída de nivel, discurso más de “barricada” que de ideas, etc. Ningún sector se salva, aunque claramente lo peor está en los dos extremos del espectro político.
3. Judicialización de la política en niveles bajos, pero crecientes si se le compara con años anteriores.
4. Dificultades en la seguridad pública y en la protección de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.
5. Hay un proceso de reforma constitucional en curso sobre la seguridad social, impulsado por la central sindical, de graves consecuencias, tanto así que la mayoría de los sectores de izquierda están en contra. Pese a todo, algunos piensan que esto puede ser el *Brexit* uruguayo.

Analizaré ahora cada punto por separado.

Independencia judicial y problemas más graves con el Ministerio Público

El Poder Judicial uruguayo, en general bien evaluado en el ámbito interno e internacional, enfrenta problemas que ponen en riesgo su independencia.

El presupuesto del Poder Judicial es elaborado por la Suprema Corte de Justicia que lo remite al Poder Ejecutivo que, a su vez, lo incluye en el presupuesto nacional, el cual lo envía luego al Poder Legislativo. Desde hace décadas, el presupuesto judicial está casi congelado (sin perjuicio de ajustes por inflación y por salarios), salvo en casos muy puntuales, lo que viene conspirando seriamente contra la independencia judicial y su buen desempeño. Así, el Judicial se encuentra sometido presupuestalmente a los dos poderes políticos y, si bien no se han señalado casos en que esta herramienta presupuestal se utilice como presión, es claro que conspira contra la referida independencia. Sin perjuicio de esto, las sentencias son acatadas por las autoridades, pero se encuentran algunos retrocesos en la jurisprudencia de amparos contra el Estado que tienen un porcentaje alto de rechazos, a diferencia de los “amparos médicos”, en que se pretende la entrega de medicamentos o la realización de tratamientos de alto costo, que en general prosperan.

Las carencias presupuestales, por ejemplo, han ocasionado dificultades para crear nuevos tribunales con competencia en violencia intrafamiliar y de género, y en cuestiones de menores. Este es un tema grave, y muchos postulan o entienden que la legislación sobre estos asuntos es inapropiada, sin comprender en dónde están las causas de las dificultades actuales: entre otras, la falta de presupuesto judicial.

Sin perjuicio de los amparos mencionados, y de que en los últimos quince años la Suprema Corte ha realizado una actualización positiva de su jurisprudencia (por ejemplo, revisando los criterios históricos respecto al principio de igualdad y no discriminación anteriores a 2010, se encuentran sentencias con criterios modernos de la Suprema Corte de Justicia, por ejemplo, en la sentencia 79/2016 y concordantes, con la utilización del principio de proporcionalidad como herramienta central para medir las limitaciones de los derechos humanos y en la aplicación del DIDH, y con el control de convencionalidad), aún se presentan algunas dificultades a la hora de condenar al Estado.

El mayor problema se presenta en el Ministerio Público. En 2008, con la aprobación de un nuevo código de proceso penal, se pasó a un sistema acusatorio con una presencia y trascendencia de los fiscales que antes no existía. Asimismo, el nuevo rol llevó a que los fiscales pasaran a ser figuras conocidas por la población y a que deban tener un cierto contacto con la prensa, rol que antes no tenían. Los jueces siguen hablando básicamente a través de sus sentencias, pero cuando se trata de casos de delitos graves, pedidos de formalización, acusaciones, pedidos de prisión preventiva, entre otros, pasan a ser temas de interés público que exponen a los fiscales. Lo mismo ocurre con la nueva posibilidad de acuerdos de los fiscales con las defensas para el dictado rápido de sentencias de condena, que ha sido criticado desde varios lugares, incluso desde el ámbito político. Esta exposición y cuestionamientos al sistema viene acompañada de críticas a algún fiscal en particular. Estos casos, no habituales, suelen ser los más notorios.

Lamentablemente, algún caso aislado, en el que un fiscal no ha estado a la altura de las circunstancias, puede estar generando en la opinión pública una visión negativa de la institución. En un caso particular, algún político se ha jactado en redes sociales privadas luego difundidas, de un supuesto peso que tendría sobre los fiscales (lo que seguramente es falso y, además, el resultado fue exactamente el contrario a las presiones que se habrían ejercido) y, por ejemplo, ante la condena por delitos de corrupción de un intendente departamental, el propio presidente de la República declaró que no iba a opinar sobre esta, y que solo correspondía que todos la acataran, pero agregó que le sorprendían los tiempos que insumían las investigaciones fiscales, refiriendo a algunas otras denuncias contra intendentes de otro partido político que no habían tenido ningún movimiento.

Aunque este fue el único comentario que hizo, produjo una reacción del gremio de fiscales que lo consideró como lesivo de su dignidad profesional y personal, como una afectación a la independencia que deben tener los fiscales y como agraviante. Como consecuencia, el gremio se abroqueló en la defensa de sus integrantes. Incluso ya había actuado así hace algunos meses cuando un fiscal, intentando saber la fuente de información de un periodista, había solicitado a un juez la incautación del teléfono celular. Ante los reclamos de las asociaciones de periodistas, el gremio de fiscales se cerró en una defensa excesiva de su miembro, sin reparar en que se habían cometido excesos claros por parte del fiscal y de la jueza actuante.

La situación es compleja. Por un lado, hay una hipersensibilidad de los fiscales ante la crítica, desconociendo el alcance de la libertad de comunicación de pensamiento y, en especial de prensa, olvidando que, en tanto funcionarios públicos relevantes, están expuestos lícitamente a un mayor escrutinio de la prensa y de la población en lo que se refiere a su labor profesional, por lo que la crítica es imposible de evitar.

La situación del Poder Judicial, en materia presupuestal, es dificultosa, pero los jueces siguen transmitiendo seguridad a la población. En cambio, las dificultades del Ministerio Público están generando ciertas inestabilidades sin vislumbrarse soluciones claras. Parece que se ha iniciado un proceso de revisión de esta situación, lo que es esperanzador.

Pérdida de calidad del discurso y del debate político

La calidad del discurso y del debate político ha venido cayendo en un proceso que lleva muchos años, sin que se logre revertir. Como se señaló, abundan las mentiras, acusaciones falsas contrarias a la ética, *fake news*, agresividad en los discursos, caída de nivel, discurso más de barricada que de ideas, desinterés de la población por la política, descrédito de los políticos, etc.⁷ Ningún sector se salva, aunque claramente lo peor está en los dos extremos del espectro político. De igual manera, debe recordarse que además del discurso y el debate tradicional, hoy tenemos que agregar el que se produce por internet y en las redes sociales. Así, se han presentado casos impensables en el pasado reciente, como la imputación a un candidato presidencial de haber golpeado a una transexual, o la imputación

⁷ Sobre este tema existe una investigación del Grupo de Estudios en Justicia Constitucional y Derechos Humanos, del Programa Estado de Derecho de la FKA: Monia Clarissa Henning Leal y Hartmut Rank, *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Redes sociales, Estado de derecho y control judicial*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2022, 386375cb-5503-f450-6a5b-27feed79e31d (kas.de).

a una candidata a la vicepresidencia de haber cometido presuntos delitos en los que había participado un familiar sin ninguna intervención de la política.

En 2023, en el blog *The Constitution Unit*, se publicó una contribución de Alan Renwick y Tom Fieldhouse titulada “Healthy political discourse: what is it and why does it matter”,⁸ en la que destacan el deterioro del debate democrático y cómo perjudica esto a la calidad de la democracia. Los autores consideran discurso político saludable aquel que cumpla con cinco características: que sea honesto, constructivo, respetuoso, basado en la evidencia y atractivo. Con ese punto de partida, podríamos considerar, a la inversa, como discurso político problemático, peligroso para la calidad de la democracia y hasta creador de grietas o fracturas sociales muy graves, a aquel que, aunque lo oculte, no respeta la verdad ni la evidencia probatoria, resulta agresivo y su principal, o único, objetivo es la descalificación y hasta el “hundimiento” del adversario, tendiente a “crear un discurso” en un esquema de “posverdad” (buscando el engaño), plagado de *fakes news*, basado en recursos tecnológicos (internet, inteligencia artificial, sofisticadas técnicas publicitarias) y, en general, contrario a la ética y a la buena fe.

Las causas del deterioro son muchas. Por ejemplo, buena parte del público no quiere realidades complejas, angustiantes, aburridas, sino que quiere filtros; del gobierno, de un partido, de un sindicato, una iglesia, etc. No importa, en muchos casos, la verdad ni la evidencia. Muchas personas directamente no quieren la verdad, sino información que confirme sus expectativas, esto es, que coincida con sus ideas, con su sector político, con su ideología, etc. La mentira ya no tiene sanción y, a veces, hasta se reconoce al mentiroso como alguien muy hábil. Muchos abandonan la verdad, la seriedad de las propuestas y se enfocan en crear, en inventar, un discurso atractivo, que enamore, que gane a la población; hasta reconocen, cuando les va mal en las elecciones, que fallaron por no crear un discurso atractivo, aun con desprecio de la verdad. La tecnología, las plataformas, las redes, las burbujas digitales, los algoritmos, etc., juegan un rol importante en esta nueva realidad de comunicar, de emitir y recibir. Y no hablemos ya de la inteligencia artificial y sus posibilidades.

Los tres aspectos más problemáticos que se han visto en la realidad de un año electoral (por ejemplo, las elecciones de 2024) son: a) la descalificación y la agresión verbal constante al adversario, b) las noticias falsas y c) el uso de denuncias contra los rivales, por ejemplo, denuncias penales sin sentido o información

⁸ Alan Renwick y Tom Fieldhouse, “Healthy political discourse: what is it and why does it matter”, *The Constitution Unit* (blog), 31 de octubre de 2023, <https://constitution-unit.com/category/parties-and-politician>.

falsa sobre denuncias (en un caso se acusó a una candidata relevante cuando la involucrada en el hecho denunciado era su hermana).

¿Cómo se combate esto? Las alternativas no son muy numerosas. Los pactos políticos son útiles, aunque muchos actores no los cumplen o incluso dentro de los partidos existan algunos que no cumplen, quedan a salvo las principales figuras que cumplen lo acordado. Las entidades de verificación van en la misma línea. Y, fundamentalmente, hay que iniciar procesos para combatir las carencias en la alfabetización digital. Así como en el siglo XIX y principios del XX uno de los grandes desafíos fue la alfabetización de la población, hoy lo es la alfabetización digital.

La caída en el nivel del discurso y del debate público y político es muy clara y preocupante, en lo que parece ser un fenómeno mundial que no puede llevar a la aceptación de la situación.

Judicialización de la política en niveles bajos, pero crecientes si se le compara con años anteriores

Los jueces uruguayos, históricamente, han sido muy reticentes a incursionar en temas políticos. La crítica que frecuentemente se realiza a la judicatura es la de ser demasiado cautelosa, y que muchas veces quedan derechos humanos sin proteger por el temor a entrometerse en lo político, o caer en el gobierno de los jueces (ejemplo de esta autorrestricción lo encontramos en las sentencias de la Suprema Corte de 2 de mayo y 15 de junio de 1988, en que se consideró constitucional, por mayoría de tres votos a tres, la ley que amnistió delitos de lesa humanidad, amnistía que solo hasta 2009, con el cambio de la jurisprudencia, comenzó a declararse inválida a partir de la sentencia 365 de 19 de octubre de 2009). Lo ya mencionado respecto a los amparos es también un buen ejemplo.

Por otro lado, en los últimos años ha comenzado un creciente uso de la denuncia penal con fines políticos. Es frecuente que políticos de todos los bloques recurran a la práctica de “fabricar” casos penales contra adversarios políticos. Se presenta con gran despliegue mediático la denuncia en Fiscalía y durante bastante tiempo se habla del tema. A veces de las propias declaraciones se desprende de que no hay delito, pero lo que importa es el impacto en la población. Luego se archiva, pero algo queda en la memoria colectiva.

En los últimos tiempos, por primera vez, aparecen intentos de llevar la decisión de temas políticos ante los jueces, lo cual es un asunto complejo, pues se pierde de vista el límite entre lo que es cuestión judicial y lo que es cuestión simplemente política. A veces, el miembro del directorio de una empresa pública que pierde una votación pretende promover acciones de nulidad ante el Tribunal

de lo Contencioso Administrativo, para lo que carece de legitimación y pese a que la resolución del directorio no tiene ningún vicio de constitucionalidad o legalidad.

Normalmente, los intentos son rechazados por los jueces, pero aparecen excepciones, como el ciudadano que a título individual y sin legitimación procesal alguna, solicitó y obtuvo la suspensión del programa de vacunación contra el covid-19 dirigido a menores de trece años, que debían contar con la autorización de sus padres o tutores. Por Sentencia 41/22, de 7 de julio de 2022⁹ se hizo lugar a lo peticionado, reconociendo al promotor el carácter de representante de intereses difusos y, por ende, con legitimación activa para el accionamiento. En definitiva, se suspendió la vacunación a menores de 13 años hasta que se cumpliera con una serie de requisitos: 1) publicar íntegros y sin testados los contratos de compra de las vacunas; 2) elaborar un texto para suministrar a los responsables de los menores informando sobre: composición de las sustancias inyectables, beneficios de la vacuna, riesgos y probabilidades de problemas de las vacunas; 3) aclarar si la autorización de la FDA era solo de emergencia; 4) detallar los efectos adversos y llevar adelante controles.

El Estado interpuso recurso de apelación y, por Sentencia 119/22, de 26 de julio de 2022,¹⁰ el Tribunal de Apelaciones de Sexto Turno revocó la sentencia antes referida.

Dificultades en la seguridad pública y en la protección de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales

A las dificultades y escasez de recursos de un Estado subdesarrollado y relativamente pequeño, se han sumado otros problemas: la pandemia que ocasionó costos económicos muy elevados, luego la sequía más grande de la historia del país que comenzó al salir de la pandemia y respecto de la cual se debieron destinar importantes recursos.

Frente a esta situación surgen dificultades en la distribución de los recursos: salud, educación, vivienda, niños, violencia de género, protección del medio ambiente, etc.

En materia de seguridad pública aparecen problemas, y este es uno de los temas más sensibles en la opinión pública. La clara introducción del crimen

⁹ Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 4 Turno, Autos Dentone Méndez, Maximiliano C/ Presidencia de la República y otro. Amparo, IUE 2-34539/2022, <http://bjn.poderjudicial.gub.uy/BJNPUBLICA/busquedaSelectiva.seam?cid=354>.

¹⁰ Disponible en <https://uy.vlex.com/vid/sentencia-definitiva-n-119-920951142>.

organizado en el país, en especial en materia de narcotráfico, se ve con gran preocupación en la población y no se han logrado articular políticas de Estado que permitan una línea coherente de acción sin perjuicio de los cambios de gobierno.

Proyecto de reforma constitucional de la seguridad social¹¹

En Uruguay, desde hace décadas, existe un amplio sistema de seguridad social a cargo de una entidad estatal autónoma, el Banco de Previsión Social, sin perjuicio de entidades paraestatales que también actúan en esta área. Al sistema generalmente utilizado se le denomina de “solidaridad intergeneracional”, en la medida que funciona de forma que las prestaciones que reciben los actuales jubilados se financian con aportes (tributos) que abonan los actuales trabajadores¹² quienes, a su vez, confían en que, en el futuro, cuando accedan a la jubilación, los futuros trabajadores se harán cargo de los costos. Desde 1996, tenemos un sistema central mixto en la medida que el régimen de solidaridad intergeneracional coexiste con otro de ahorro individual. Los jubilados tendrán la jubilación por el régimen tradicional, pero, además, recibirán una renta producto del capital propio que se conformará con sus ahorros obligatorios en instituciones privadas que se dedican a su administración (Administradoras de Fondos de Ahorro Previsional - AFAP).

Es muy claro que el sistema intergeneracional de jubilaciones mencionado no puede funcionar más. Ya no se está en tiempos en que la población en edad de trabajar y aportar al sistema crece, sino que, por el contrario, disminuye. Asimismo, la tasa de fecundidad ha bajado considerablemente (el número de nacimientos pasó de 58.718 en 1996 a 31.381 en 2023¹³); además, la esperanza de vida se ha elevado y continuará en aumento. El incremento de la expectativa de vida no va a cambiar, y hay estimaciones que dicen que crece como mínimo a razón de un mes y medio por cada año que transcurre. Se trata de variables objetivas e incontrovertibles.

En la actualidad, no hay reservas para el Banco de Previsión Social, ni para el Servicio de Retiros y Pensiones de las Fuerzas Armadas ni para la Dirección Nacional de Asistencia y Seguridad Social Policial. Las entidades paraestatales han

¹¹ Antes de la publicación de este trabajo, el cuerpo electoral uruguayo rechazó el proyecto de reforma constitucional.

¹² También hay aportes de los patrones.

¹³ Ministerio de Salud Pública de Uruguay, Dirección General de la Salud, “Informe Preliminar de Natalidad y Mortalidad Infantil 2023”, https://www.gub.uy/ministerio-salud-publica/sites/ministerio-salud-publica/files/documentos/publicaciones/Informe%20DIGESA_N%20oy%20M%202023_final%20al%202020_03_2024_o.pdf.

deteriorado sus reservas hasta su casi extinción: Caja de Jubilaciones y Pensiones Bancarias y Caja de Jubilaciones y Pensiones de Profesionales Universitarios. En el caso de la Caja Notarial, las reservas no se han deteriorado en igual medida, pero tienen un persistente resultado negativo.

La única forma de garantizar la sostenibilidad del sistema es mediante la creación o el mantenimiento de un régimen de capitalización individual o mixto. Si bien es comprensible que algunos sectores sientan apego o nostalgia por el modelo anterior, los datos disponibles muestran con claridad la necesidad de una transformación. El cambio resulta ineludible.

Durante el actual gobierno se conformó una amplia comisión de expertos que realizó estudios, contrató asesores, mantuvo entrevistas con todos los interesados y, al final, elaboró un anteproyecto de ley que fue presentado al Poder Ejecutivo y este lo remitió al Legislativo. Luego de varias discusiones y negociaciones en el ámbito legislativo, se aprobó la Ley 20.130¹⁴ que, en lo referido al proyecto de reforma constitucional, modifica la edad mínima de jubilación que pasa de 60 a 65 años en un proceso de crecimiento gradual. Los trabajadores próximos a la jubilación no se verán afectados. La ley fue aprobada por la coalición de gobierno y contó con el rechazo de la oposición que anunció que si llega al gobierno en las próximas elecciones promoverá un gran debate nacional para revisar la ley.

La central sindical (PIT-CNT) manifestó su oposición a la ley y, ante la imposibilidad de promover un recurso de referéndum contra ella (posibilidad expresamente vedada por la Constitución), promovió un proyecto de reforma constitucional para modificar la ley y otros aspectos de la seguridad social.

El proyecto de reforma constitucional implica, entre otras cosas, incorporar en la Constitución, en materia de derechos humanos, disposiciones muy rígidas, la mayor parte de ellas reglas (de aplicación ineludible), que se sabe que será necesario reformar en el futuro cercano, lo que es una pésima técnica constitucional que puede crear problemas muy serios en el futuro inmediato, y a mediano y largo plazo.

La Ley 20.130 implicó años de estudios, con discusiones, consultas a especialistas de distintas disciplinas, mucha reflexión y trabajo. En este proyecto de reforma, por ejemplo, se están suprimiendo las AFAP, optando por un sistema solidario que excluye el ánimo de lucro y el ahorro individual, sin estudios e intercambios serios y, todavía, se pretende congelar en la Constitución soluciones no debidamente estudiadas.

¹⁴ Ley 20.130 de 2 de mayo de 2023, “Sistema Previsional Común”, <https://www impo.com.uy/bases/leyes/20130-2023>.

Desde el punto de vista formal, la reforma que impulsa la central sindical es posible, pero desde el punto de vista material merece sinnúmero de objeciones.

Los economistas más prestigiosos, los candidatos a la presidencia de la República de todos los partidos políticos con representación parlamentaria, de todas las orientaciones políticas están en contra de la reforma. Se señala con estudios técnicos que el proyecto es insostenible desde el punto de vista económico. Las consecuencias serán muy graves para el Estado y para la población en general. Asimismo, la supresión de las AFAP, con efecto retroactivo a 1996, tendrá consecuencias seguramente imposibles de manejar para el Estado.

Me detengo en esto: el dinero que está en las cuentas de las AFAP es de cada trabajador titular de la cuenta. ¿Por qué? Pues es lo que establece el artículo 111 de la Ley 16.713; al momento del retiro, el trabajador tiene derecho a sacar el 9% del dinero de su cuenta, esta tiene efectos hereditarios, y, lo más importante, el capital ahorrado por cada trabajador constituirá el capital que respaldará la renta vitalicia que recibirá durante su retiro.

Se ha pretendido sostener que el dinero no es de los trabajadores, sino que estos tendrían derechos limitados que no serían de propiedad, pero los argumentos no logran superar la realidad. El artículo 21 de la CADH¹⁵ refiere al derecho a la propiedad privada, y sobre esto la Corte IDH¹⁶ ha dicho que esta norma establece:

a) que [toda] persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes; b) que tales uso y goce se pueden *subordinar* por mandato de una ley al 'interés social'; c) que se puede *privar* a una persona de sus bienes por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley, pero dicha privación se hará mediante el pago de una justa indemnización.¹⁷

La reforma dispone que el dinero que los trabajadores, en forma individual, tienen en las AFAP pasa a integrar un fideicomiso, en el que el Banco de Previsión Social será el fideicomitente y una entidad estatal no establecida, el fiduciario; sin embargo, no prevé ninguna indemnización para los trabajadores. La disposición aplicable, sin duda, el artículo 21.2 de la CADH.

¹⁵ CADH, artículo 21, https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf.

¹⁶ Corte IDH, Caso Baruch Ivcher Bronstein vs. Perú, Sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C, No. 74.

¹⁷ Este concepto es reiterado en otras sentencias, por ejemplo, en; Corte IDH, Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Sentencia de 1 de febrero de 2000, Serie C, No. 66.

En las AFAP, el dinero de los trabajadores supera los USD 24.000 millones, lo que representa, aproximadamente, un 30% del producto bruto interno (PBI) de Uruguay.¹⁸ La confiscación del dinero de los trabajadores aparejará la iniciación de juicios por daños y perjuicios, y la condena debería ser el monto confiscado más intereses, pérdida de rentabilidad, daños y perjuicios, etc.

La reforma propuesta también pretende constitucionalizar la edad de jubilación en los 60 años, lo que puede ser muy bien intencionado, pero va en contra de la realidad mundial. Si habrá que aumentar la edad de retiro, aunque tercamente se diga lo contrario. Esto es, la constitucionalización de los 60 años generará problemas muy serios.

La reforma constitucional prohíbe los sistemas de ahorro individual en materia de seguridad social, pero esto es inconveniente. ¿Por qué limitar el derecho de los trabajadores prohibiendo el ahorro individual voluntario? Esto es claramente contrario a la Convención y no puede superar el principio de proporcionalidad. La arbitrariedad de prohibir que una persona, con fines jubilatorios, acuerde con otros trabajadores la creación de una entidad para administrar sus aportes complementarios y voluntarios a la seguridad social bajo la forma de ahorro individual, no tiene justificación alguna. No se advierte un fin *legítimo* para la prohibición y, aunque se encuentre, no podrá superar el principio de proporcionalidad. También esto generará seguramente juicios contra el Estado.

La retroactividad de las disposiciones siempre es algo complejo y peligroso, pues nunca se pueden prever totalmente sus consecuencias. La reforma implica el caso de retroactividad más grande en la historia del país. Se eliminan retroactivamente centenares de miles o millones de derechos adquiridos desde 1996. Se pretende borrar veintiocho años de historia y actuar como si no hubieran existido; algo imposible. Además de ser contrario al DIDH por los derechos que pierden los trabajadores, es casi imposible prever qué pasará. Algun ejemplo: ¿qué pasa con los fondos complementarios actuales que se basan en sistemas de ahorro individual? De acuerdo con el texto que se propone como nuevo artículo 67 de la Constitución, parece que las entidades administradoras de fondos voluntarios podrán seguir existiendo, pero no podrán basarse más en el ahorro individual. ¿Qué pasará con los derechos adquiridos por trabajadores y jubilados en estos fondos de ahorro voluntario? ¿Quién realizará los pagos que correspondan? Hay una afectación brutal al derecho a la seguridad jurídica vinculado a algo tan sensible como la seguridad social. Sería bueno saber qué cobrarán, qué derechos se mantendrán, qué pasará con sus ahorros en cuentas individuales.

¹⁸ Rodolfo Saldain y Gonzalo Martínez Alba, *Plebiscito constitucional de la seguridad social. Análisis crítico*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2024.

La disposición especial y transitoria que se someterá a plebiscito, establece:

La entrada en vigor de la presente reforma no implicará pérdida o menoscabo en derechos o beneficios previstos en leyes anteriores en materia de prestaciones de seguridad social. El Estado no podrá innovar en perjuicio de los afiliados al Sistema de Seguridad Social, concediendo prestaciones inferiores a las que resulten de la aplicación de lo dispuesto.

Esta disposición, que puede tranquilizar a algunos, presenta dos problemas. En primer lugar, no es cierto que no habrá menoscabo cuando se confiscan los ahorros y se anulan miles de derechos con efecto retroactivo (la reforma hace que los trabajadores pierdan su dinero y múltiples derechos). En segundo lugar, esta disposición es una declaración formal y vacía, pues, si el Estado no tiene dinero suficiente, no se podrá cumplir, aunque se quiera o, para hacerlo, deberá crear y aumentar los tributos o dejar de gastar en otras actividades: enseñanza, vivienda, salud, educación, niños, etc. Los economistas alertan que el sistema quebrará y no podrá cumplirse con estas promesas formales y vacías.¹⁹

CONCLUSIONES

En definitiva, los anteriores son los cinco desafíos más importantes que enfrentan la democracia y el Estado de derecho uruguayo en la actualidad y en los próximos tiempos.

Tres de ellos, en cierta forma, son comunes a todas las democracias: la pérdida de calidad del discurso y del debate político: mentiras, acusaciones contrarias a la ética, *fake news*, agresividad en los discursos, caída de nivel, discurso más de “barricada” que de ideas; la judicialización de la política en niveles bajos, pero crecientes; las dificultades económicas (falta de recursos) en la protección de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, y en la seguridad pública. Por supuesto que existen instrumentos de protección, pero el deseo es que sean más y más eficientes.

El riesgo del proyecto de reforma constitucional en curso sobre la seguridad social y las dificultades presupuestarias que afectan al Poder Judicial son más específicas del Uruguay.

¹⁹ *Ibid.*, en especial los estudios económicos incluidos en la obra.

BIBLIOGRAFÍA

CAJARVILLE PELUFFO, Juan P., “Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya”, en *Estudios Jurídicos en Memoria de Alberto Ramón Real*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1996.

DE VERGOTTINI, Giuseppe, “La Constitución económica italiana: pasado y actualidad”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 29, 2012, pp. 339-54.

HENNING LEAL, Monia Clarissa y Hartmut RANK, *Justicia constitucional y derechos fundamentales. Redes sociales, Estado de derecho y control judicial*, Bogotá, Fundación Konrad Adenauer, 2022, [386375cb-5503-f450-6a5b-27feed79e31d \(kas.de\)](https://www.kas.de/386375cb-5503-f450-6a5b-27feed79e31d).

REAL, Alberto Ramón, “Los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya”, en *Los principios generales de Derecho en el derecho uruguayo y comparado*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2005, pp. 35-83.

RENWICK, Alan y Tom FIELDHOUSE, “Healthy political discourse: what is it and why does it matter”, *The Constitution Unit* (blog), 31 de octubre de 2023, <https://constitution-unit.com/2023/10/31/healthy-political-discourse-what-is-it-and-why-does-it-matter/>.

RISSO FERRAND, Martín, “Instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos y el Artículo 72 de la Constitución”, en *Quinto Coloquio de Derecho Público*, Montevideo, Editorial Universidad, 1996, pp. 301-322.

SALDAIN, Rodolfo y Gonzalo MARTÍNEZ ALBA, *Plebiscito constitucional de la seguridad social. Análisis Crítico*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2024.

JURISPRUDENCIA

LEY 20.130 DE 2 DE MAYO DE 2023, “Sistema Previsional Común”, <https://www impo.com.uy/bases/leyes/20130-2023>

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, Sentencia de 2 de mayo de 1988, autos D, J; M, N; M, F, O; B, J. Denuncia. Inconstitucionalidad Ley 15.848, artículos 1, 2, 3 y 4, Ficha 112/87.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, Sentencia de 15 de junio de 1988, autos A.S, R.A. Denuncia. Inconstitucionalidad de oficio Ley 15.848, artículos 1, 2, 3 y 4, Ficha 34/87.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA, Sentencia 365 de 19 de octubre de 2009, <https://bjn.poder-judicial.gub.uy/BNPUBLICA/busquedaSimple>.

ARTÍCULO PRESENTADO EL 19 DE SEPTIEMBRE DE 2024.

EL ESTADO DE DERECHO EN VENEZUELA: CUANDO LA LEGALIDAD AUTORITARIA ES FACTOR ESENCIAL DEL PROBLEMA

Jesús María Casal*

EL ESTADO DE DERECHO EN AMÉRICA LATINA Y EL CASO VENEZOLANO

La situación del Estado de derecho en América Latina ha suscitado especial preocupación en tiempos recientes. En un abanico que va desde sistemas democráticos consolidados o en vías de serlo, que enfrentan serias amenazas, pasando por democracias frágiles, hasta llegar a regímenes en los que el autoritarismo gana terreno, se observan en la región tendencias en parte coincidentes de deterioro de la institucionalidad democrática, a veces acompañadas de la incapacidad de los sistemas políticos para atender debidamente problemas sociales acumulados de la población.¹ Se ha puesto de relieve que la exclusión social, la falta de transparencia y rendición de cuentas, la precaria garantía de los derechos humanos, entre otras causas, acrecienta el descontento con la democracia y la desconfianza en las instituciones.²

Al indagar en factores de contexto, que en varios países convergen con las dificultades del Estado democrático de derecho en la región, salen a relucir la inflación creciente, con sus efectos devastadores sobre las condiciones de vida;

* Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Constitucional Facultad de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello (Caracas, Venezuela). Se ha desempeñado también como investigador invitado del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional, Heidelberg (Alemania). jesusmariacasal@gmail.com.

¹ Gerardo Munck, “Democracia y Estado en América Latina”, *Política Exterior*, <https://www.politicaexterna.com/democracia-y-estado-en-america-latina/>.

² Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Crisis y fragilidad de la democracia en el mundo”, <https://www.ohchr.org/es/statements-and-speeches/2022/08/crisis-and-fragility-democracy-world>.

la corrupción, que envilece la función pública, o la agudización de la desigualdad y la violencia.³ La falta de reacción oportuna y efectiva de los sistemas democráticos ante demandas ciudadanas vinculadas con estos fenómenos y otros similares desafía también al Estado de derecho, porque puede decaer la adhesión a la democracia, a la cual este se encuentra vinculado.

Cabría preguntarse si este declive del Estado de derecho en años recientes se relaciona con la prevalencia de una determinada orientación ideológica, bajo las etiquetas tradicionales de izquierda o derecha. La diversidad de situaciones y de improntas políticas que se aprecian en América Latina no admite una respuesta simple y, en todo caso, no sería correcto establecer una asociación directa con carácter general.

Así, a título de ejemplo, Honduras viene de un periodo prolongado de debilidad democrática, con gobiernos de centro-derecha que desoyeron ciertos reclamos políticos y sociales, apertrechados en la Constitución que los respectivos partidos podían en gran medida modificar a su antojo, al contar juntos con una mayoría calificada del Congreso. A pesar de la prohibición de la reelección presidencial, la intervención judicial abusiva terminó forzando esa barrera constitucional para posibilitar la reelección del presidente de la República. Chile arrastra problemas sociopolíticos e institucionales previos al gobierno actual, con una voluntad popular de cambio constitucional claramente expresada, pero que no se concretó en un nuevo texto aceptable para la mayoría. En Colombia, la llegada al poder de Gustavo Petro no ha confirmado los temores sobre el desarrollo de un proceso de sello autoritario similar al venezolano. En Argentina, los límites del Estado de derecho resistieron el populismo de izquierda. Perú está por definir su ruta constitucional-democrática tras sucesivos sobresaltos, pero antes el régimen de derecha de Fujimori había dejado su impronta autoritaria. México enfrenta una seria encrucijada constitucional, con riesgos antideclaratorios, y en Brasil la presidencia de Jair Bolsonaro representó una grave amenaza al Estado de derecho. Igualmente, el gobierno de Nayib Bukele ha actuado reiteradamente al margen del Estado de derecho, mientras que en otros casos su menoscabo ha estado vinculado con el ascenso de posiciones políticas de izquierda, como ha sucedido en Venezuela, Nicaragua, Ecuador y Bolivia, aunque la experiencia de Ecuador y Bolivia requeriría ulteriores precisiones.

Un denominador común a los retrocesos mencionados del Estado de derecho es el populismo y el personalismo político del que se nutre. Las amenazas

³ Ver, por ejemplo, Carlos Jaramillo y Robert Taliercio, “Inflation, a rising threat to the poor and vulnerable in Latin America and the Caribbean”, <https://blogs.worldbank.org/en/latinamerica/inflation-rising-threat-poor-and-vulnerable-latin-america-and-caribbean>.

populistas crecientes⁴ prescinden de las mediaciones y los contrapesos institucionales y utilizan los instrumentos de la democracia para socavarla. Las crisis socioeconómicas subyacentes han facilitado la victoria de quienes presentaban ofertas electorales de esa índole.

Dentro de estas coordenadas de discusión se agrupan en esta obra diversos estudios nacionales dirigidos a considerar problemas estructurales convergentes con la crisis que en mayor o menor grado padece el Estado de derecho.

En este trabajo en particular, se pretende realizar una aproximación a algunos factores de la crisis del Estado de derecho en Venezuela. Ello nos coloca de entrada ante una temática específica, coincidente, pero a la vez divergente, respecto de la que recorre muchos países latinoamericanos. La actual crisis venezolana del Estado de derecho no obedece, al menos no principalmente, a causas exógenas, socioeconómicas, que pongan a prueba la institucionalidad democrática y frente a las cuales esta se muestre impotente. Se trata, más bien, de una deficiencia sistémica, de un régimen autoritario íntimamente asociado con las carencias sociales y humanas que ha apuntalado. Por tanto, el socavamiento institucional concurre con un marco represivo y un colapso estructural⁵ de las capacidades colectivas e individuales para participar libre y activamente en el espacio público y para generar riqueza a partir de la iniciativa privada y de las libertades económicas.

Es un régimen que no se ve amenazado por la corrupción, sino que vive de ella y de conferir prebendas a sus aliados, al costo de frenar las potencialidades productivas de la economía.⁶ La emigración agigantada ha vaciado a la sociedad de muchos de sus talentos y de su posible fuerza laboral, y quienes permanecen en el país, en las mayores condiciones de vulnerabilidad, dependen muchas veces de dádivas integradas a redes clientelares y de corrupción que asfixian la autonomía individual y política. No hay separación de poderes ni controles jurídicos sobre los

4 María Isabel Puerta Riera, “El populismo y la erosión democrática en América Latina”, *Diálogo Político*, <https://dialogopolitico.org/debates/populismo-y-democracia/>. Luis Salamanca, “El sistema populista de confrontación en la Venezuela chavista”, en Fernando Spiritto (coord.), *Decisiones de gobierno en Venezuela*, Caracas, UCAB/Abediciones, 2018, pp. 67 y ss.

5 HumVenezuela, “Venezuela en emergencia humanitaria compleja: Colapso y brechas de privación social en comunidades”, *ReliefWeb*, 2023, pp. 3 y ss., <https://reliefweb.int/report/venezuela-bolivarian-republic/venezuela-en-emergencia-humanitaria-compleja-colapso-y-brechas-de-privacion-social-en-comunidades-junio-2023>.

6 Sobre la magnitud de la corrupción en estos años ver, entre otros, José Ugaz, *La gran corrupción en Venezuela y su impacto en la región latinoamericana. Informe Corrupción 2018*, Caracas, Transparencia Venezuela, 2019, pp. 270 y ss.; María Gabriela Sarmiento, *La corrupción transnacional y el blanqueo del patrimonio público venezolano. Casos de estudio*, Caracas, EJV/Funeda, 2022, pp. 11 y ss.

gobernantes, sino instrumentalización política de todos los órganos del Estado, que actúan alineados en función de los objetivos hegemónicos de los máximos detentadores del poder público. En pocas palabras, se trata de un sistema en el que el Estado de derecho ha sido vaciado de su esencia y ha sido desarmado, y sus piezas han sido puestas al servicio de otra lógica y otros fines. La caída del Estado de derecho no ha sido una consecuencia de problemas económicos, ya que, por el contrario, el régimen político genera esos problemas y se aprovecha de ellos. La ocupación política de la institucionalidad responsable del control y la limitación del poder, y la disolución de la legalidad propia de un sistema de libertades han dado paso a un nuevo esquema de gobierno en el que las situaciones se van resolviendo *ad casum*, según los intereses oficiales, y esto favorece dinámicas sociales y económicas de subordinación, dependencia, corrupción e inseguridad jurídica, que dificultan la recuperación económica. Concurren otras causas explicativas, a las que se aludirá, pero este representa el modo ordinario en que opera el sistema en vigor.

Seguidamente, se analizarán algunas facetas de esta singular “crisis” del Estado de derecho y se esbozarán algunas propuestas para la superación de la realidad imperante.

ASPECTOS ESTRUCTURALES ASOCIADOS A LA CRISIS DEL ESTADO DE DERECHO EN VENEZUELA

Emergencia humanitaria compleja

Para entender el contexto socioeconómico y humano del desmontaje y la reconducción autoritaria de los elementos del Estado de derecho en Venezuela, hay que considerar la emergencia humanitaria compleja que nos ha afectado desde 2014. El fenómeno padecido por los venezolanos a partir de ese año conjugó un conjunto de componentes que implicaron un deterioro profundo de las condiciones de vida, con serias dificultades para el acceso a alimentos, medicinas y otros bienes de primera necesidad. La hiperinflación, impulsada y luego detenida por el gobierno entre 2017 y 2020, la depreciación sostenida de la moneda nacional, el desabastecimiento y el aumento de la pobreza, fueron manifestaciones de problemas estructurales de la economía que se venían acumulando y se agudizaron aceleradamente a partir de 2014.⁷

⁷ HumVenezuela, “Venezuela en Emergencia Humanitaria Compleja”, *op. cit.*, pp. 3 y ss.; Ronald Balza *et al.*, *Después de la hiperinflación: estudios sobre el dinero en Venezuela*, Caracas, UCAB/Abediciones, 2024, pp. 11 y ss.

Esta debacle económica, precedida de un cerco prolongado a la economía privada, con controles abusivos de precios, ocupaciones arbitrarias de bienes, expropiaciones ordenadas al margen de la Constitución y otros desmanes, catapultó tendencias a la pérdida del poder adquisitivo del salario, el desabastecimiento, el empobrecimiento, la deserción escolar y la emigración que, sumadas a lo antes esbozado, terminaron de perfilar una crisis humanitaria exacerbada que ha sido calificada como *emergencia humanitaria compleja*.⁸ Su gravedad determina que sea considerada una emergencia y no una simple crisis, y su naturaleza es humanitaria, pues no se contrae a una alteración socioeconómica. La multicausalidad que la define y la diversidad de factores que deben concurrir para su superación explican, finalmente, su complejidad.⁹

Esta emergencia humanitaria compleja ha producido “daños antropológicos”¹⁰ en la sociedad, ante los gigantescos flujos migratorios que han supuesto fuga de talentos y fuerza laboral productiva, pérdida del llamado bono demográfico, afectación de la estructura familiar e incremento de la infancia abandonada, a lo que hay que añadir la reducción de la escolaridad, el crecimiento de la deserción escolar y la precariedad del sistema educativo, sobre todo en el nivel básico. Las relaciones laborales se han visto impactadas naturalmente por esta emergencia, que se expresa en la insuficiencia del salario mínimo para cubrir los gastos alimentarios elementales, el uso predominante de bonos de carácter no salarial para remunerar a los trabajadores y pagar pensiones, el aumento del empleo informal o precario y las frecuentes infracciones a las regulaciones sobre protección laboral. Se han constatado incluso formas de esclavitud moderna.¹¹

La política de sanciones económicas impuestas por el gobierno de Estados Unidos contra el Estado venezolano desde 2017 pudo impactar negativamente en la economía nacional, pero no es la causa principal de la situación descrita. Al momento de su implementación, ya se había producido el severo deterioro de la economía y se habían sentado los fundamentos para el agravamiento que seguidamente se experimentaría. Ello no implica que dicha política no deba ser revisada.¹²

⁸ HumVenezuela, “Venezuela en Emergencia Humanitaria Compleja”, *op. cit.*, pp. 3 y ss.

⁹ *Idem*.

¹⁰ Paola Bautista de Alemán, *Reflexiones sobre el daño antropológico en Venezuela*, Prodavinci, <https://prodavinci.com/reflexiones-sobre-el-dano-antropologico-en-venezuela/#fn3>.

¹¹ Eumelis Moya y Beatriz Borges, *Formas contemporáneas de esclavitud en el Estado Bolívar: una perspectiva género sensitiva*, Caracas, Centro de Derechos Humanos UCAB, 2021.

¹² Al respecto ver, Oliveros Luis, *Efecto de las sanciones financieras y petroleras sobre Venezuela*, WOLA, 2020, <https://www.wola.org/wp-content/uploads/2020/10/Oliveros-Resumen-FINAL.pdf>.

La emergencia humanitaria compleja ha estado ligada a respuestas oficiales que han reforzado los patrones de clientelismo, discrecionalidad política y dependencia. Todo esto se agudizó durante la pandemia, con estados de excepción abusivos, carentes de controles institucionales. Además, la situación económica y la declaratoria gubernamental de un estado de excepción fueron invocadas por la jurisprudencia para dislocar principios medulares del orden constitucional democrático.¹³

El estrangulamiento regulativo y administrativo de la producción nacional

En una economía en gran medida petrolera, y con una industria de hidrocarburos fundamentalmente pública, el sector privado se había abierto campo en ciertos rubros productivos –también en algunas actividades conexas a la petrolera–, pero desde hace más de veinte años se recrudecieron los controles sobre el empresariado nacional, mediante leyes –sobre todo decretos-leyes– que sobredimensionan la intervención estatal. Se otorgó entera discrecionalidad a los órganos administrativos en distintos ámbitos, con poderes exorbitantes de control de precios y facilidades para la ocupación administrativa de bienes privados y la intervención de empresas. Imperaron la inseguridad jurídica, el desconocimiento de la propiedad privada y las sanciones arbitrarias contra el empresariado, sin que existieran posibilidades de obtener protección judicial ante estos abusos. Se generalizaron medidas de confiscación de propiedades en el sector agrícola, en violación de las garantías que deben rodear la expropiación, y prevaleció la fijación estatal, centralizada, de políticas agroalimentarias de aprovechamiento de tierras, en detrimento de la actividad privada que venía desarrollándose. Todo esto, a fin de cuentas, causó la destrucción del aparato productivo nacional. El afán estatizante y de planificación centralizada asfixió la iniciativa privada y liquidó las libertades económicas.¹⁴

Al examinar este declive económico hay que tener en cuenta la incidencia de la demolición del Estado de derecho en este desenlace. No hubiera sido posible devastar la economía en la forma en que se hizo si antes la institucionalidad estatal no hubiera sido capturada políticamente, reemplazándose la idea

¹³ Ver Jesús María Casal, *Asamblea Nacional: contribuciones democráticas y obstáculos inconstitucionales a la reinstitucionalización*, Caracas, UCAB/Abediciones, 2021, pp. 29 y ss.

¹⁴ Ver Asdrúbal Oliveros y Carlos Miguel Álvarez, “Venezuela: un balance del socialismo del siglo XXI”, en Fernando Spiritto et al. (coords.), *La nueva economía venezolana: propuestas ante el colapso del socialismo rentista*, Caracas, ALFA, 2017, pp. 59 y ss.; Jesús María Casal y Jorge Luis Suárez (coords.), *La libertad económica en Venezuela: balance de una década (1999-2009)*, Caracas, UCAB, 2011, pp. 85 y ss.

del Estado de derecho como limitación del poder para la garantía de la libertad del ser humano por la instrumentalización de la legalidad y del poder público, puestos al servicio de una dominación personalista y de su proyecto ideológico. La supremacía constitucional, el principio de legalidad y la jerarquía normativa fueron desplazados por la prevalencia de un orden político-administrativo, sin opciones reales de control jurisdiccional.

Esta regulación y prácticas abusivas subsisten, pero ahora el gobierno tolera una actuación menos controlada de los actores privados que han sobrevivido, varios de ellos asociados con agentes oficiales civiles o militares. La concepción y el marco restrictivo siguen allí, como espada de Damocles, pero se deja hacer a los particulares en ciertos ámbitos, para dar señales de normalización y paliar algunos de los perjuicios causados a la economía por políticas estatistas.

La generalización de la corrupción, la falta de transparencia y la privatización de la hacienda pública

El abandono del Estado de derecho y el agigantamiento del espacio discrecional y de la solución *ad casum* han dejado amplio margen para dinámicas de corrupción en la administración pública. Los vacíos de legalidad abstracta y de límites jurídicos efectivos han sido llenados por prácticas corruptas originadas en el funcionariado o estimuladas por agentes privados y toleradas desde las altas esferas gubernamentales. Este fenómeno terminó por contaminar al poder judicial, que desde 1999 venía liberando al gobierno y liberándose a sí mismo de frenos constitucionales y legales, incluyendo los provenientes del sistema internacional de derechos humanos. El menosprecio de las formas y de la seguridad jurídica, así como la degradación de los derechos humanos como elemento central del orden jurídico, han desdibujado al Poder Judicial como garante de los derechos. Su falta de independencia y su desapego respecto de la legalidad, han ensanchado las brechas por las cuales discurre la subjetividad, los intereses subalternos y, a fin de cuentas, la corrupción. Solo órdenes políticas directas pueden obligar a dejar de lado lo acordado en los contubernios urdidos en tales brechas.

La opacidad caracteriza el funcionamiento del Estado en todos los ámbitos. La administración financiera lleva la delantera en este terreno. El Banco Central de Venezuela, órgano fundamental del Estado de derecho en la economía, de acuerdo con la Constitución, ha sido vaciado de su autonomía y desde 2014 ha retrasado, retirado e incluso suspendido la publicación de estadísticas primordiales en materia macroeconómica. Algo similar ha ocurrido en el campo de las finanzas y la contraloría del Estado, puesto que ha habido omisiones en la publicación del presupuesto nacional y los últimos informes de Petróleos

de Venezuela S.A. se divulgaron en 2016. El Instituto Nacional de Estadística también suspendió la difusión de sus Encuestas de Hogares y otras fuentes de información sobre desarrollo humano, pobreza, educación, salud y empleo, ofreciendo solo datos parciales, hasta 2018.¹⁵ El Poder Judicial no es ajeno a este proceder, pues en casos relevantes el Tribunal Supremo de Justicia solo publica en su página web extractos con la parte dispositiva de supuestas sentencias, las cuales a veces jamás se conocen en su integridad.

Este comportamiento ajeno a la constitucionalidad ha sido secundado por la inclinación a tratar los bienes públicos como patrimonio del grupo en el poder. La ausencia de transparencia y de controles fiscales permite a la administración disponer libremente de los recursos de la nación, lo que ha comprendido la creación de espacios opacos de intercambio de bienes públicos y de redes de gestión de empresas públicas dirigidas por militares. Se han llegado a dictar normas legales de supuesto rango constitucional para imponer reserva o confidencialidad, y procedimientos especiales respecto de operaciones económicas del Estado, con el pretexto de las sanciones internacionales, incluyendo la celebración y ejecución de contratos públicos prescindiendo de las exigencias del sistema constitucional y legal de control.¹⁶ El pretendido paralelismo de poder gubernamental ha llevado a replicar algunos de estos vicios.

LAS GRANDES LÍNEAS DEL DESMANTELAMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO

Venezuela ha sufrido un proceso continuado de devastación de la institucionalidad democrática que se compone de múltiples acciones políticas, normativas o administrativas, decisiones judiciales y medidas de cuerpos de seguridad. Resulta imposible exponer en estas páginas todos los aspectos de esta evolución desde un régimen político híbrido hasta uno francamente autoritario. No obstante, se destacarán tres facetas del desmantelamiento del Estado de derecho llevado a cabo desde 1999.

La imposición de un proyecto político iliberal como canon interpretativo superior del orden jurídico

En la elaboración de la Constitución de 1999 confluyeron corrientes ideológicas no siempre coincidentes, dentro de ciertas coordenadas comunes de

¹⁵ Ver Carlos Sejas, “Cifras oficiales en Venezuela, bajo hermetismo”, *SwissInfo*, <https://www.swissinfo.ch/spa/cifras-oficiales-en-venezuela-bajo-hermetismo/48900258>.

¹⁶ “Ley constitucional antibloqueo para el desarrollo nacional y la garantía de los derechos humanos”, *Gaceta Oficial* 6.583, número extraordinario del 12 de octubre de 2020.

pensamiento, en momentos en que la mayoría de los electores reclamaba un cambio político. Si bien el sistema electoral aplicado para la integración de la Asamblea Nacional Constituyente de 1999 no permitió la representación plural de las principales fuerzas políticas, al interior del bloque de organizaciones que respaldaron la candidatura de Hugo Chávez convivían distintas posiciones. La Constitución reflejó posturas transaccionales –que algunos denominarían transicionales– en varios temas, y dejó un marco abierto que podía albergar una dinámica liberal-democrática, con una generosa consagración de derechos humanos, aunque con regulaciones que amenazan los equilibrios políticos y la moderación del Ejecutivo y del poder del Estado.

En todo caso, los acontecimientos se decantaron rápidamente en una dirección iliberal. En 2001, se dictó un conjunto de decretos-leyes de orientación estatista y centralizadora, sobre diversos sectores de la economía y en otras materias.¹⁷ Ese mismo año, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia fijó criterios fundamentales para la interpretación de la Constitución –también en dirección iliberal–, según los cuales el alcance de las disposiciones constitucionales debe determinarse de acuerdo con el “proyecto político de la Constitución”, o “proyecto axiológico de la Constitución”, que la sentencia relaciona con el “Estado democrático y social de derecho y de justicia” a que alude el artículo 2 de la Constitución.¹⁸ Este proyecto político se opone, según la Sala, a posturas “que privilegien los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el derecho nacional en detrimento de la soberanía del Estado [...] la opción por la primacía del derecho internacional es un tributo a la interpretación globalizante y hegemónica del racionalismo individualista”. En contraste, “la nueva teoría es combate por la supremacía del orden social valorativo que sirve de fundamento a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.¹⁹

Esta sentencia puso de manifiesto la posición de la Sala Constitucional favorable a relativizar el texto y la normativa constitucional en función de su comprensión del “orden social valorativo” de la Constitución, un orden social contrario a ciertos ideales liberales o universales, según se anticipa en esta sentencia. Aquí el problema radica en que la interpretación constitucional es

¹⁷ Como el Decreto Ley de Tierras y Desarrollo Agrario y el Decreto Ley Orgánico de Hidrocarburos.

¹⁸ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aprobada en referendo el 15 de diciembre de 1999, publicada en *Gaceta Oficial* 36.860 del 30 de diciembre de 1999, https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf.

¹⁹ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia 1309/2001 del 19 de julio.

desplazada hacia un eje que no es el de los preceptos de la Constitución, sino el de un proyecto político pretendidamente subyacente, sujeto a pautas axiológicas dominadas por la Sala Constitucional y que ella es capaz de desentrañar. Por esta vía, se constitucionaliza una concepción filosófico-política sobre la Constitución que esta, evidentemente, no impone como necesaria. La Constitución no adopta una visión que privilegie los derechos individuales a ultranza, pero tampoco los degrada ni los disuelve en un orden indiferenciado de ponderaciones, como en sentencias posteriores ha sostenido la Sala;²⁰ no superpone la soberanía nacional a la protección internacional de los derechos humanos ni confiere al Estado democrático y social de derecho la significación que la Sala ha intentado atribuirle.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala Constitucional se ha inspirado en ese proyecto político subyacente, o lo ha invocado como pretexto, para sobredimensionar la soberanía nacional y para tergiversar, con sesgo soberanista, el *efecto vinculante de las interpretaciones* de la Constitución realizadas por esa Sala. La primera ha sido erigida en varias sentencias en el fin primordial que el orden jurídico debe salvaguardar, y el segundo ha sido desnaturalizado con el propósito de obstruir la apertura de la Constitución a la protección internacional de los derechos humanos, y para que las decisiones e interpretaciones de dicha Sala sean inmunes al control ejercido por organismos internacionales de derechos humanos.

De esta forma, la Constitución, como orden social valorativo, cuyo sentido es apreciado por esa Sala, ha servido para minimizar el alcance del reconocimiento en la Constitución de la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos (art. 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela - CRBV). Ese orden también ha sido invocado para crear fórmulas procesales que permitan a la Sala declarar inejecutables sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH),²¹ y a fin de preconizar la prevalencia apriorística de los bienes o derechos colectivos sobre los individuales, y rechazar la máxima hermenéutica según la cual la libertad es la regla y su restricción la excepción. Estas y otras posturas interpretativas de la Sala Constitucional demuestran que dicho proyecto subyacente ha sido utilizado para huir de la regulación constitucional y no para precisar su significación.

²⁰ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia 1049/2009 del 23 de julio.

²¹ Carlos Ayala, “La doctrina de la ‘inejecución’ de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)”, en Armin von Bogdandy *et al.* (coord.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, t. II, México D.F., UNAM, 2010, pp. 85 y ss.

El concepto de Estado social de derecho ha sido igualmente desfigurado, en parte en virtud de la apelación de la Constitución a un Estado de derecho y de justicia, ya que desde esferas oficiales este ha sido identificado con el socialismo, lo cual implica negar el ancho campo ideológico que la democracia constitucional y el Estado social de derecho presuponen. El socialismo democrático puede ser una opción política, pero no es una doctrina vinculante dentro del marco de un Estado democrático y social de derecho. No obstante, el socialismo ha sido adoptado en el conjunto de leyes del llamado poder popular como el sistema al cual deben estar orientadas las diversas formas de participación protagónica del pueblo, lo que se contrapone claramente al pluralismo político protegido por nuestra Constitución, así como a las libertades de conciencia y pensamiento, y al derecho de participación que esta garantiza, junto a los instrumentos internacionales de derechos humanos.

La relativización de la normativa constitucional, el desmontaje de controles sobre el gobierno y de los pesos y contrapesos

El afán por privilegiar a la instancia política, por encima de las exigencias de la juridicidad, ha llevado a dislocar el orden constitucional. Desde la aprobación de la Constitución formalmente en vigor fue cercenada su posible eficacia como instrumento de limitación del poder. Al ser promulgada, debió convivir con un abusivo régimen de transición del poder público dictado por la misma Asamblea Nacional Constituyente, pero no sometido a referendo, como sí lo fue la Constitución, cuyas disposiciones transitorias no daban fundamento a dicho régimen. Sin embargo, aquel fue aducido para dejar en suspenso preceptos constitucionales supuestamente incompatibles con los requerimientos de la transición entre uno y otro orden constitucional. De esta manera, la transición se prolongó y entronizó, y la normatividad constitucional se fue desajustando desde el comienzo.

La Sala Constitucional fue nuevamente artífice central en este proceso, al convalidar esas desviaciones, y se trazó como objetivo expandir sus atribuciones de control constitucional, al margen de la Constitución y de la ley, preparando así el terreno judicial para el rol que estaba por cumplir de actor primordial de la construcción de la hegemonía gubernamental e ideológica. Su protagonismo en la demolición de la institucionalidad democrática puede resumirse en las siguientes posturas jurisprudenciales: 1) allanó el camino para que los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, incluyendo los de la propia Sala Constitucional, fueran seleccionados al margen del procedimiento constitucional y pudieran ocupar sus cargos a pesar de no reunir todos ellos las condiciones constitucionales; 2) favoreció la ampliación indebida de la facultad del presidente de

la República de emitir decretos-leyes, al convalidar la práctica presidencial de dictarlos aun en materias reservadas a leyes orgánicas; 3) relativizó la reserva legal en ámbitos económicos; 4) cohonestó la minusvaloración de las libertades individuales; 5) favoreció la centralización de competencias en el poder nacional, en detrimento de la estructura federal del Estado; y 6) minimizó el alcance de los poderes de investigación y control de la Asamblea Nacional, una vez que la oposición obtuvo mayoría de escaños en virtud de los resultados electorales de 2015, bloqueando posteriormente las posibilidades de actuación del parlamento. Ha impuesto por sentencia restricciones arbitrarias al ejercicio de los derechos de libertad de expresión, manifestación y participación política, entre otros, y ha avalado que el presidente de la República usurpe el poder constituyente, al convocar en 2017 una asamblea constituyente sin que el pueblo se hubiera pronunciado al respecto mediante referendo.²² En suma, ha apuntalado la concentración de poder en el gobierno y, particularmente, en el presidente de la República, lo cual ha implicado suprimir o debilitar límites y controles constitucionalmente establecidos.

La disolución de la separación de poderes y la vulneración de derechos humanos

La degeneración de la institucionalidad democrática antes esbozada se ha basado en el distanciamiento respecto de conceptos medulares del Estado de derecho. La propia idea del Estado de derecho como conjunto de principios y garantías jurídico-institucionales dirigidas a resguardar la libertad frente al riesgo de abusos por parte del poder público ha sido ajena desde el comienzo al ciclo político iniciado en 1998. Sus protagonistas nunca han manifestado su adhesión a esta categoría y, por el contrario, algunos de ellos la han descalificado como expresión de un pensamiento burgués apegado a intereses de clase o han objetado la separación de poderes.²³ Una de las víctimas de esta visión ideológica ha sido precisamente la separación de poderes, repudiada como concepto y, sobre todo, desmantelada en la práctica. Desde la primera integración de los órganos constitucionales encargados de ejercer funciones de control, la Constitución fue dejada de lado para dar cabida a la captura partidaria de los órganos correspondientes

²² Ver, entre otros, Allan Brewer-Carías, *Crónica sobre la “in” justicia constitucional: la Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Caracas, EJV, 2007, pp. 11 y ss.; “La democracia y su desmantelamiento usando la justicia constitucional: peligros del autoritarismo”, en Allan Brewer-Carías (ed.), *Elecciones y democracia en América Latina: el desafío autoritario populista-en América Latina*, Caracas, EJV/MPIL/UCAB, 2020, pp. 77 y ss.

²³ Luisa Estela Morales, “La división de poderes debilita al Estado”, <https://www.icndiario.com/2016/01/luisa-estella-morales-la-division-de-poderes-debilita-al-estado/>.

(Tribunal Supremo de Justicia, Contraloría General de la República, Fiscalía General de la República, Defensoría del Pueblo),²⁴ tendencia que se ha acrecentado a medida que ha avanzado la dinámica política.

Sería extenso enunciar todas las actuaciones oficiales que han devastado la separación de poderes prevista en la Constitución. Baste con destacar que no existe un poder judicial independiente, que no hay jueces autónomos y que no hay posibilidad de cuestionar judicialmente con éxito medidas gubernamentales de alguna significación política. Las acciones o los recursos contemplados constitucional y legalmente para la garantía de los derechos humanos son absolutamente inoperantes. Peor aún, las acciones interpuestas por actores sociales o políticos ajenos al gobierno suelen ser utilizadas por el régimen para fijar criterios jurisprudenciales contrarios al constitucionalismo democrático. Diversos informes de organismos internacionales dan cuenta de esta situación de ausencia de independencia del Poder Judicial y de la supresión de la garantía de los derechos humanos,²⁵ y tanto esos informes como sentencias de la Corte IDH ponen de manifiesto las violaciones de estos derechos que han sido constatadas,²⁶ con patrones sistemáticos de violación de algunos de ellos.²⁷ Además, en

²⁴ Algunas de las primeras designaciones, realizadas por la Asamblea Nacional Constituyente en 1999, recayeron sobre personas que mostraron cierta autonomía de acción, pero esto fue rápidamente “corregido” y se impuso el alineamiento de todos estos órganos en la dirección trazada por el gobernante.

²⁵ En su último informe anual (2023), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reiteró que “la independencia del Poder Judicial siguió comprometida debido a la designación irregular de magistrados en el Tribunal Supremo de Justicia, la posibilidad de reelección dentro de esta institución, el excesivo número de jueces provisarios, la falta de concursos públicos para acceder a la judicatura y la ausencia de garantías para la estabilidad en el cargo” (capítulo IV.b, párr. 11). Asimismo, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos documentó la situación del independencia del sistema judicial en el informe “Independencia del sistema judicial y acceso a la justicia en la República Bolivariana de Venezuela, también respecto de las violaciones de los derechos económicos y sociales, y situación de los derechos humanos en la región del Arco Minero del Orinoco”, 29 de septiembre de 2020, <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g20/242/34/pdf/g2024234.pdf>.

²⁶ Corte IDH, casos Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, Sentencia de 5 de agosto de 2008, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 182; Reverón Trujillo vs. Venezuela, sentencia de 30 de junio de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 197; Chocrón Chocrón vs. Venezuela, sentencia de 1 de julio de 2011, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 227.

²⁷ En su último informe, publicado el 14 de octubre de 2024, y que se refiere al periodo del 1 de septiembre de 2023 al 31 de agosto de 2024, la Misión Internacional Independiente de Determinación de los Hechos de las Naciones Unidas sobre la República Bolivariana de Venezuela concluye que “algunas de las violaciones graves de derechos humanos investigadas

la Fiscalía de la Corte Penal Internacional (CPI) cursa una investigación sobre posibles crímenes de lesa humanidad perpetrados por altas autoridades del gobierno de Venezuela.²⁸

Otra esfera en que diversos órganos han confluído en su accionar para desmantelar la democracia ha sido la de la normativa e institucionalidad electoral. El Consejo Nacional Electoral (CNE) es el órgano rector de uno de los poderes del Estado venezolano, el Poder Electoral, y debe reunir condiciones de imparcialidad y confiabilidad, pero la élite gobernante nunca ha cedido en su empeño de dominar políticamente esta instancia. La última renovación de este órgano no hizo sino agravar esta situación, que ha llegado al extremo de convertirlo, en los comicios presidenciales del 2024, en agente principal de un proceso electoral viciado, carente de transparencia.²⁹

La división vertical de poderes, que se corresponde con el carácter federal o descentralizado del Estado venezolano, también ha sido desmantelada, pues las competencias constitucionales de los estados y municipios han sido menos-cabadas mediante sentencias que han permitido la concentración en el poder nacional de potestades distribuidas constitucionalmente entre las entidades federales; leyes que han desviado recursos y reconducido competencias de los

durante este período representan una continuación de la misma línea de conducta caracterizada como crímenes de lesa humanidad en informes previos de la Misión. Asimismo, estas violaciones, que incluyen detenciones arbitrarias, torturas, y violencia sexual cometidas en el marco de una política discriminatoria, configuran el crimen de lesa humanidad de persecución fundada en motivos políticos, en razón de la identidad de las víctimas en cuanto que personas opositoras al Gobierno o percibidas como tales, o simplemente críticas del Gobierno”.

28 Se trata del caso Venezuela I (ICC-02/18), sobre el que la Fiscalía de la Corte Penal Internacional anunció el 3 de noviembre de 2021 que se había concluido el examen preliminar con la decisión de proceder con las investigaciones; International Criminal Court (ICC), Venezuela I Situation in the Bolivarian Republic of Venezuela I, ICC/02/18, <https://www.icc-cpi.int/venezuela-i>.

29 En el informe preliminar del Panel de Expertos de la Organización de las Naciones Unidas sobre la elección presidencial en Venezuela del 28 de julio de 2024 (14 de agosto de 2024), <https://news.un.org/es/story/2024/08/1532016>, se destaca que “el proceso de gestión de resultados por parte del CNE no cumplió con las medidas básicas de transparencia e integridad que son esenciales para la realización de elecciones creíbles. Tampoco siguió las disposiciones legales y regulatorias nacionales, y todos los plazos establecidos fueron incumplidos. En la experiencia del Panel, el anuncio del resultado de una elección sin la publicación de sus detalles o la divulgación de resultados tabulados a los candidatos no tiene precedente en elecciones democráticas contemporáneas”.

estados y municipios hacia instancias del llamado poder popular o Estado comunal, contrario a la Constitución, y otras normas y medidas centralizadoras.³⁰

ALGUNAS ORIENTACIONES PARA LA RECUPERACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO

Son muchas las reformas necesarias para recuperar el Estado de derecho en el país. Seguidamente se mencionarán algunas de las más relevantes en el ámbito político-constitucional. Se observará que algunas propuestas no exigen una modificación constitucional, mientras que otras sí. Se alude especialmente a las reformas constitucionales indispensables, pero está pendiente una revisión constitucional de gran calado, que tenga justamente en el Estado de derecho, el pluralismo democrático y los derechos humanos su eje vertebrador. Además, se hace referencia a algunas de las muchas interpretaciones constitucionales impuestas en estos años que deben ser revertidas.

Reivindicar la soberanía popular y un *ethos* político-democrático

Una precondición para avanzar en la reinstitucionalización de Venezuela consiste en el restablecimiento de los fundamentos del Estado de derecho y de la democracia. En lo que a esta última respecta, ello implica asegurar el respeto por la soberanía popular, con supresión de barreras arbitrarias a la participación y preservación del pluralismo político como principio estructural del sistema. Al mismo tiempo, es necesario lograr compromisos mínimos con el marco institucional democrático que permite la alternancia y canaliza la lucha por el poder.

Se trata no solo de observar las reglas de juego de la competencia democrática, sino también de irradiar en la vida política el *ethos* del pluralismo político e ideológico que ese sistema presupone. La experiencia venezolana ilustra sobre los procesos de socavamiento de la institucionalidad desde su interior, después de acceder al poder democráticamente, y también confirma que la degeneración hacia el autoritarismo puede desembocar en procesos de burocratización del mando que prescinden del sustento popular. Además, demuestra que la conservación de la democracia requiere ciertos acuerdos o políticos esenciales entre los principales actores del sistema. Es indispensable afianzar compromisos básicos entre los competidores, en torno a ciertos arreglos institucionales considerados

³⁰ Manuel Rachadell, “La centralización del poder en Venezuela”, *Provincia*, n.º 16, 2006, pp. 199 y ss.; Enrique Sánchez Falcón, *Estado comunal y Estado federal en Venezuela: ¿son constitucionalmente conciliables ambas formas de Estado?*, Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, 2017, pp. 17 y ss.

indispensables para mantener la paz y las posibilidades de participación de todos como mayorías o minorías. Cuando ese *ethos* está ausente, las reglas y las instituciones tienden a ser utilizadas en beneficio de una de las partes, lo cual resulta estimulado por intereses de perpetuarse en el poder y encuentra terreno abonado en contextos de extrema radicalización, polarización o conflictividad política.

El problema es aún mayor –tal como consta a los venezolanos–, cuando se pretende instaurar un *ethos* alternativo, antipluralista, que rechaza el disenso en asuntos de fondo –porque se descalifican las ideas discrepantes–, y que intenta superarlo mediante la exclusión del antagonista. En esas circunstancias, el Estado democrático de derecho difícilmente puede echar raíces. La agenda de la reinstitucionalización venezolana debe prestar atención especial a esta temática.

Rescatar la separación de poderes como garantía de la libertad

Debe reivindicarse el ideario sustantivo del Estado de derecho, de modo que este sea entendido no en sentido meramente formal, sino enraizado con su propósito genuino de dividir el poder para garantizar la libertad. La vigente Constitución, pese a sus defectos, puede encauzar un esfuerzo inicial de recuperación de la separación de poderes, orientado por la idea primordial de preservar la libertad y dignidad del ser humano, lo cual presupone que ocurra una transformación política. Ello sin perjuicio de las reformas constitucionales a que se aludirá.

Es esencial asegurar la independencia del Poder Judicial y de los órganos constitucionales de control. En lo que concierne al Poder Judicial, está pendiente la instauración de la Carrera Judicial, con ingresos y ascensos mediante concursos de oposición públicos, según dispone el artículo 255 de la Constitución.³¹ Estos concursos deben ser parte de un plan nacional de restructuración del Poder Judicial, aprobado, en consulta con distintos sectores del país, por un Tribunal Supremo de Justicia a su vez renovado de conformidad con los parámetros constitucionales. Dicho plan debería abarcar otros aspectos referidos a la recuperación de la majestad de la judicatura; la formación de los jueces; la jurisdicción disciplinaria judicial y el sistema de justicia.³² Allí habría que definir el tratamiento que se daría a los actuales jueces en el contexto de tal restructuración, con la posibilidad de que algunos participen en los concursos, previa revisión

³¹ Sobre este y otros aspectos de la reconstrucción del Poder Judicial, ver Román Duque Corredor, y Cecilia Sosa Gómez, *Bloque Constitucional: Proyecto de reinstitucionalización del sistema de justicia venezolano*, https://www.bloqueconstitucionaldevenezuela.com/archivos/informes/informe_del_sistema_de_justicia_2017.pdf.

³² Ver, entre otros textos, Jesús María Casal y Juan Alberto Berriós, *Bases de un Plan Nacional de formación de jueces para Venezuela*, Caracas, UCAB, 2023.

independiente de su desempeño, desde la óptica de la probidad y el respeto de los derechos humanos. En relación con eventuales modificaciones constitucionales, debería evaluarse la creación de un Consejo Superior de la Magistratura, con los consecuentes cambios en las competencias del Tribunal Supremo de Justicia.

En cuanto a la Fiscalía General de la República, la Contraloría General de la República y la Defensoría del Pueblo, habría que rescatar la institucionalidad de estos órganos constitucionales, hoy apartados de su misión constitucional. Los procedimientos de designación de los titulares de estos órganos deben garantizar la objetividad de los criterios de selección aplicables, cónsonos con las exigencias de cualificación profesional, imparcialidad y probidad. Debe acudirse también en este ámbito a concursos para la escogencia de los fiscales del Ministerio Público y del personal de carrera de los otros organismos. En cuanto al CNE, es preciso renovarlo para darle una integración acorde con los requerimientos constitucionales de despartidización, independencia, imparcialidad y confiabilidad (arts. 293 y 294 CRBV). Esto solo podrá lograrse mediante un proceso de postulación y selección ampliamente participativo, que tenga como guía, no las cuotas partidistas, ya ajena al diseño constitucional, sino la independencia de sus miembros (art. 296 CRBV).

Deben reivindicarse igualmente la autonomía y las atribuciones constitucionales de la Asamblea Nacional, en sus funciones medulares de legislación y control, lo cual pasa por revertir criterios jurisprudenciales restrictivos de sus potestades constitucionales, en materias como el procedimiento de formación de las leyes y la supuesta obligación de consulta previa (vinculante) al Ejecutivo Nacional sobre el impacto financiero y la viabilidad de los proyectos de ley; el efecto jurídico de la desaprobación parlamentaria de los decretos declaratorios de un estado de excepción o de su prórroga; y el alcance de los poderes de investigación, entre otros asuntos. La tesis peregrina del (supuesto) desacato de la Asamblea Nacional a sentencias judiciales como causal invalidante de toda su actuación, y como pretexto para su sustitución por otros órganos, debe ser expresamente desechada por inconstitucional.³³ Por otra parte, hay que recuperar la autonomía y las facultades constitucionales del Banco Central de Venezuela.

Salvaguardar los derechos y la dignidad del ser humano como bases del sistema político

La democracia es hoy inescindible del respeto por la dignidad y los derechos fundamentales del ser humano, cuya salvaguarda confluye en la legitimación del

³³ Jesús María Casal, *Asamblea Nacional: Contribuciones democráticas y obstáculos inconstitucionales a la reinstitucionalización*, Caracas, UCAB/Abediciones, 2021.

ejercicio del poder, y el Estado de derecho consiste en un conjunto de principios e instrumentos que sustentan los sistemas democráticos y contribuyen a la garantía de esa dignidad y esos derechos.

La Constitución así lo proclama (arts. 2, 3, 19, 20, y 350, entre otros), pero las políticas y medidas adoptadas en estos años han desplazado a los derechos humanos como base de la legitimación del sistema político. Antes se aludió a la lamentable situación en que se encuentran los derechos humanos en el país.

Cualquier iniciativa de rescate del Estado democrático de derecho tiene que llevar aparejada una recuperación del compromiso inquebrantable de los poderes públicos con los derechos humanos. Las graves violaciones de derechos humanos y los crímenes de lesa humanidad perpetrados deben ser investigados y sancionados conforme a derecho, y deben adoptarse las medidas necesarias para evitar su repetición. Es indispensable cumplir con las sentencias de la Corte IDH y otras decisiones de organismos internacionales de derechos humanos que han establecido la responsabilidad del Estado venezolano por la vulneración de los derechos humanos en los últimos lustros, y que no han sido observadas por las autoridades nacionales, que se han amparado ilícitamente en la declaración del Tribunal Supremo de Justicia sobre el carácter inejecutable de algunas de ellas, o han ignorado simplemente a las instancias internacionales de protección de derechos humanos. Deben abandonarse, igualmente, las posturas jurisprudenciales que han desconocido el alcance del artículo 23 de la Constitución, que reconoce la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos ratificados por Venezuela y la aplicación de la norma más favorable al ser humano, así como de su artículo 31, que obliga a dar cumplimiento a las decisiones correspondientes.³⁴

La jurisdicción constitucional debe desempeñar su función de asegurar la supremacía constitucional, no en sentido puramente formal o de depuración normativa, sino con apego al constitucionalismo y, por tanto, con especial sensibilidad y compromiso con la salvaguardia de los pesos y contrapesos institucionales, el pluralismo ideológico, la participación política y los derechos humanos, con apertura a la garantía internacional de estos derechos, tal como la Constitución lo propugna.

Respetar la dignidad humana implica también proteger la autonomía individual en los distintos ámbitos de desarrollo de la persona, entre los cuales destacan

34 Ver, entre otros, Mariela Morales Antoniazzi y Jesús María Casal, “Democracia y derechos humanos en Venezuela: desconstitucionalización y desinteramericanización”, en Allan Brewer-Carías (ed.), *Elecciones y democracia en América Latina: el desafío autoritario pospulista-en América Latina*, Caracas, EJV/MPIL/UCAB, 2020, pp. 251 y ss.

los amparados por las libertades de conciencia, de enseñanza, de pensamiento y expresión; la libre participación política, así como la libertad económica y la libre iniciativa privada en el campo económico. Las reformas que deben implementarse para resguardar dicha autonomía y estas libertades son extensas y profundas, pues es preciso desmontar el régimen esencialmente estatista o intervencionista y procurar el fortalecimiento del emprendimiento individual y social y de la economía privada. Resulta perentorio, asimismo, promover la libre participación y organización en las comunidades, sin los condicionamientos ideológicos y los controles ejecutivos centralizadores del denominado Estado comunal.

Limitar la reelección y los poderes del presidente de la República, y favorecer los pesos y contrapesos

La degeneración autoritaria experimentada en los últimos lustros ha estado asociada a las características del presidencialismo venezolano. El sobredimensionamiento de la posición del presidente en el sistema político no es nuevo, pero ha llegado a su apogeo en este ciclo de poder, y la Constitución vigente no ha contribuido a evitar este desenlace. La principal fuerza que ha determinado la erosión de los equilibrios institucionales no ha estado, sin embargo, en la Constitución de 1999, ni tampoco sería exacto equiparar la concentración de poder en el presidente ocurrida en este ciclo político a tendencias presidencialistas de períodos democráticos del siglo XX. Un liderazgo carismático-personalista, enraizado con el caudillismo decimonónico, y de pretensión hegemónica, fue catapultado por el proceso constituyente de 1999 y desbordó los cauces de la Constitución, con una Sala Constitucional dispuesta a poner el derecho al servicio de tal hegemonía, lo cual difiere de ese presidencialismo del siglo XX. Pero hay previsiones constitucionales que deben ser modificadas con miras a la reinsitucionalización democrática.³⁵

Entre las reformas requeridas se encuentran³⁶ la prohibición de la reelección presidencial o su limitación a una sola reelección inmediata. También se propone acortar el periodo presidencial a cuatro años; reducir las facultades presi-

35 Ver, por ejemplo, los planteamientos de Gerardo Fernández V., *La búsqueda de un nuevo sistema de gobierno para Venezuela. Del presidencialismo exacerbado, autocrático, inestable e ineficaz a un sistema semipresidencial*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2019; *Manual de Derecho Constitucional (Parte Orgánica en la Constitución de 1999)*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales/ UCAB, 2020, pp. 140 y ss.

36 En relación con estas y otras propuestas, ver Jesús María Casal, “Reformas constitucionales para el fortalecimiento institucional”, en Armando Barrios *et al.*, *Un acuerdo para alcanzar el desarrollo*, Caracas, IIES/UCAB, 2006, pp. 437 y ss.

denciales para dictar decretos-leyes con base en leyes habilitantes; clarificar el régimen constitucional de las leyes orgánicas, en cuanto a su tramitación y a las materias que les están reservadas, excluyendo expresamente a los decretos-leyes de la regulación de estas materias. Finalmente, se propone someter ciertos actos del presidente de la República, más allá de lo previsto en la Constitución, a la aprobación del parlamento –o de alguna de sus cámaras, ante una deseable vuelta al bicameralismo–, como el ascenso de militares a los altos rangos, así como el nombramiento del vicepresidente ejecutivo, de un posible primer ministro Ejecutivo y del ministro de la Defensa.

Otro conjunto de reformas se relaciona con la creación de mayores pesos y contrapesos en el sistema político. Es aconsejable restablecer el bicameralismo,³⁷ que se aviene con el carácter federal del Estado y favorece los equilibrios políticos, pues es más difícil para el gobierno tener mayoría en ambas cámaras legislativas que conseguirla en la Asamblea Nacional unicameral, sobre todo si hay períodos distintos para la elección de los integrantes de cada una. El sistema electoral aplicable, con circuitos binominales en los estados para la integración del Senado, y mayor influencia de la densidad poblacional en la elección de los diputados, facilitaría la heterogeneidad política en la composición de las cámaras, a lo cual se sumarían períodos distintos para cada una, con renovación parcial por mitad de una de ellas, y con algunas diferencias funcionales, siendo el Senado la cámara especialmente protectora de la descentralización política, sin perjuicio de su función común colegisladora y de control.

Los contrapesos al poder presidencial y al Poder Ejecutivo se relacionan también con la consolidación del federalismo en Venezuela, lo que supone revertir interpretaciones judiciales y medidas políticas y administrativas que han despojado a los estados y municipios de varias de sus competencias o fuentes de financiamiento, o las han reducido constitucionalmente. Las leyes o decisiones ligadas al denominado Estado comunal, como modelo iliberal de ejercicio del poder, que es antidemocrático e instrumentaliza la participación y a los ciudadanos, convertidos en objeto de dominación, deben ser reemplazadas por una legislación de participación ciudadana ajustada al pluralismo político, a la libertad de asociación y de participación, y al marco de competencias constitucionales de los estados y municipios.

37 Ver Ramón Guillermo Aveledo, *El Senado: experiencia comparada y utilidad para la democracia en Venezuela*, Caracas, UCAB/IEPFT, 2019, pp. 169 y ss.

CONCLUSIÓN

Luchar por el Estado de derecho en Venezuela implica recuperar los fundamentos más elementales de la legitimación democrática –fundada en la soberanía popular y en la libertad política, individual y colectiva–, así como el sentido del imperio de la ley, que no ha de ser el de las disposiciones impuestas por el gobernante, sino el de la juridicidad que limita el poder público. Los problemas estructurales sociales y económicos asociados al desmantelamiento del Estado de derecho en el país son más efecto que causa de la desinstitucionalización que hemos sufrido, sin perjuicio de los antecedentes que pudieron haber generado un descontento en la población y un desencanto respecto de la democracia que dejaron campo para el mesianismo autoritario. De igual forma, la solución de esos problemas pasa necesariamente por la reivindicación del constitucionalismo y la vivificación del Estado de derecho en su significado más profundo.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTA COMISIONADA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Crisis y fragilidad de la democracia en el mundo”, <https://www.ohchr.org/es/statements-andspeeches/2022/08/crisis-and-fragility-democracy-world>.
- AYALA, Carlos, “La doctrina de la ‘inejecución’ de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)”, en Armin VON BOGDANDY et al. (coord.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitucionale commune en América Latina?*, t. II, México D.F., UNAM, 2010.
- BALZA, Ronald et al., *Después de la hiperinflación: estudios sobre el dinero en Venezuela*, Caracas, UCAB/Abediciones, 2024.
- BAUTISTA DE ALEMÁN, Paola, *Reflexiones sobre el daño antropológico en Venezuela*, Prodavinci, https://prodavinci.com/reflexiones-sobre-el-dano-antropologico-en-venezuela/#_ftn3.
- BREWER-CARÍAS, Allan, *Crónica sobre la “in” justicia constitucional: la Sala Constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Caracas, EJV, 2007.
- BREWER-CARÍAS, Allan (ed.), *Elecciones y democracia en América Latina: el desafío autoritario populista-en América Latina*, Caracas, EJV/MPIL/UCAB, 2020.
- CASAL, Jesús María, “Reformas constitucionales para el fortalecimiento institucional”, en Armando Barrios et al., *Un acuerdo para alcanzar el desarrollo*, Caracas, IIES/UCAB, 2006.
- CASAL, Jesús María y Jorge Luis SUÁREZ (coords.), *La libertad económica en Venezuela: balance de una década (1999-2009)*, Caracas, UCAB, 2011.

CASAL, Jesús María, *Asamblea Nacional: Contribuciones democráticas y obstáculos inconstitucionales a la reinstitucionalización*, Caracas, UCAB/Abediciones, 2021.

CASAL, Jesús María y Juan Alberto BERRÍOS, *Bases de un Plan Nacional de formación de jueces para Venezuela*, Caracas, UCAB, 2023.

DUQUE CORREDOR, Román y Cecilia SOSA GÓMEZ, *Bloque Constitucional: Proyecto de reinstitucionalización del sistema de justicia venezolano*, https://www.bloqueconstitucionaldevenezuela.com/archivos/informes/informe_del_sistema_de_justicia_2017.pdf.

FERNÁNDEZ V., Gerardo, *La búsqueda de un nuevo sistema de gobierno para Venezuela. Del presidencialismo exacerbado, autocrático, inestable e ineficaz a un sistema semipresidencial*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2019.

FERNÁNDEZ V., Gerardo, *Manual de Derecho Constitucional (Parte Orgánica en la Constitución de 1999)*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales/ UCAB, 2020.

HUMVENEZUELA, *Venezuela en Emergencia Humanitaria Compleja: Colapso y brechas de privación social en comunidades*, ReliefWeb, 2023, <https://reliefweb.int/report/venezuela-bolivarian-republic/venezuela-en-emergencia-humanitaria-compleja-colapso-y-brechas-de-privacion-social-en-comunidades-junio-2023>.

JARAMILLO, Carlos y Robert TALIERCIO, *La inflación, una amenaza creciente para los pobres y vulnerables de América Latina y el Caribe*, World Bank-Blogs, <https://blogs.worldbank.org/en/latinamerica/inflation-rising-threat-poor-and-vulnerable-latin-america-and-caribbean>.

MORALES ANTONIAZZI, Mariela y Jesús MARÍA CASAL, “Democracia y derechos humanos en Venezuela: desconstitucionalización y desinteramericanización”, en Allan BREWER-CARÍAS (ed.), *Elecciones y democracia en América Latina: el desafío autoritario populista en América Latina*, Caracas, EJV/MPIL/UCAB, 2020.

MOYA, Eumelis y Beatriz BORGES, *Formas contemporáneas de esclavitud en el Estado Bolívar: una perspectiva género sensitiva*, Caracas, Centro de Derechos Humanos UCAB, 2021.

MUNCK, Gerardo, “Democracia y Estado en América Latina”, *Política Exterior*, <https://www.politicaexterior.com/democracia-y-estado-en-america-latina/>.

OLIVEROS, Asdrúbal y Carlos MIGUEL ÁLVAREZ, “Venezuela: un balance del socialismo del siglo XXI”, en Fernando SPIRITTO *et al.* (coords.), *La nueva economía venezolana: propuestas ante el colapso del socialismo rentista*, Caracas, ALFA, 2017.

OLIVEROS, Luis, *Efecto de las sanciones financieras y petroleras sobre Venezuela*, WOLA, 2020. <https://www.wola.org/wp-content/uploads/2020/10/Oliveros-Resumen-FINAL.pdf>.

PUERTA RIERA, María Isabel, “El populismo y la erosión democrática en América Latina”, *Diálogo Político*, <https://dialogopolitico.org/debates/populismo-y-democracia/>.

- RACHADELL, Manuel, “La centralización del poder en Venezuela”, *Provincia*, n.º 16, 2006.
- SALAMANCA, Luis, “El sistema populista de confrontación en la Venezuela chavista”, en Fernando SPIRITTO (coord.), *Decisiones de gobierno en Venezuela*, Caracas, UCAB/Abediciones, 2018.
- SÁNCHEZ FALCÓN, Enrique, *Estado comunal y Estado federal en Venezuela: ¿son constitucionalmente conciliables ambas formas de Estado?*, Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, 2017.
- SARMIENTO, María Gabriela, *La corrupción transnacional y el blanqueo del patrimonio público venezolano. Casos de estudio*, Caracas, EJV/FUNEDA, 2022.
- SEIJAS, Carlos, “Cifras oficiales en Venezuela, bajo hermetismo”, SwissInfo, <https://www.swissinfo.ch/spa/cifras-oficiales-en-venezuela-bajo-hermetismo/48900258>.
- UGAZ, José, *La gran corrupción en Venezuela y su impacto en la región latinoamericana. Informe Corrupción 2018*, Caracas, Transparencia Venezuela, 2019.

ARTÍCULO PRESENTADO EL 29 DE ENERO DE 2025.

Este libro busca explorar, desde la perspectiva nacional, el aparente contexto de crisis del Estado de derecho que viene experimentando América Latina en los últimos años, para evidenciar sus implicaciones en el ámbito regional. Bajo esta premisa, los autores analizan el rol que debe (o puede) jugar la jurisdicción constitucional en su solución, particularmente en cuanto a la capacidad de los tribunales constitucionales de resolver desafíos estructurales asociados con el Estado de derecho, y si su función sirve como “medio de control” de las actuaciones con las que los actores políticos y sociales vienen acrecentando el impacto negativo de esta crisis, para la legalidad y legitimidad de los gobiernos, y para la protección de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos latinoamericanos.

Más información:     [@kasiusla](#)



KONRAD
ADENAUER
STIFTUNG



Programa
Estado de Derecho
Latinoamérica