

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano
2012

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2012

ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO

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

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

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

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

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

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

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

© 2012 KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.

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

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER
OFICINA COLOMBIA
Calle 90 No. 19C - 74, piso 2
Bogotá
República de Colombia
Tel.: (+57 1) 743 09 47
Fax: (+57 1) 743 09 47-7

Editor responsable

Christian Steiner

Coordinación editorial

Mariana Morales

Selección de artículos en portugués

Leonardo Martins

Asistencia

Alejandro Coto

Corrección de estilo

María Cristina Dutto (español)

Paulo Baptista (portugués)

Traducción

Paulo Baptista (portugués)

Dieter Schonebohm (alemán)

Pedro Alejandro Villarreal (Inglés)

Revisión de traducciones

Ulrike Sadewasser (alemán)

Lucía Colombino (inglés)

Asignación de palabras clave

María Arigón, Ana Gil, Rita Grisolia

Diseño de maqueta

Taller de Comunicación

Diseño original de cubierta

Manuel Carballa

Impresión y encuadernación

Unión Gráfica Ltda.

Tel.: 630 94 15

Impreso en Colombia - *Printed in Colombia*

Correspondencia, contribuciones, solicitudes de canje o donación:

iusla@kas.de

ISSN 1510-4974

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

Fundación Konrad Adenauer
<http://www.kas.de/iusla>

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

Índice

| | |
|--------------|---|
| Prólogo..... | 9 |
|--------------|---|

I. Derecho procesal constitucional

| | |
|---|----|
| • Karina Almeida do Amaral (Brasil) <i>O recurso de amparo como instrumento de proteção aos direitos fundamentais e sua relação com a arguição de descumprimento de preceito fundamental</i> | 13 |
| • Víctor Bazán (Argentina) <i>El hábeas data, su autonomía respecto del amparo y la tutela del derecho fundamental de autodeterminación informativa</i> | 37 |
| • Natalia Bernal Cano (Colombia) <i>Convergencias y divergencias de las acciones y procedimientos constitucionales en el ordenamiento jurídico colombiano</i> | 77 |
| • Carlos Rafael Rodríguez-Cerna Rosada (Guatemala) <i>El amparo guatemalteco y el sistema interamericano de protección de derechos humanos</i> | 93 |

II. Derecho constitucional

| | |
|---|-----|
| • Ricardo Beaumont Callirgos (Perú) <i>El Tribunal Constitucional peruano y los derechos fundamentales de las personas jurídicas</i> | 117 |
| • Gustavo Medinaceli Rojas (Bolivia) <i>Criterios de interpretación en la nueva Constitución de Bolivia. Voluntad del constituyente versus jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos</i> | 139 |
| • Juan N. Silva Meza (México) <i>El impacto de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en la labor jurisdiccional en México</i> | 151 |
| • Francisco Zúñiga Urbina (Chile) <i>Nueva Constitución y constitucionalismo en Chile</i> | 173 |

III. Derechos y garantías individuales

- Rhadis Abreu Blondet (República Dominicana)
Medio ambiente, derechos colectivos, consulta previa y ejercicio de derechos humanos por personas jurídicas..... 187
- Boris Wilson Arias López (Bolivia)
Derecho a la consulta previa, libre e informada de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y el régimen constitucional boliviano 201
- Têmis Limberger e Jânia Maria Lopes Saldanha (Brasil)
Cibercidadania no mundo globalizado: o desafio das novas tecnologias e a concretização dos direitos humanos nas democracias contemporâneas..... 215
- Rodrigo Santos Neves (Brasil)
O ativismo judicial no licenciamento de atividade petrolífera 231
- Alan E. Vargas Lima (Bolivia)
El derecho al medio ambiente en la Nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia 251

IV. Derecho internacional de los derechos humanos

- Óscar G. Barrientos Jiménez (Bolivia)
Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña versus Bolivia:
Ineludibles reflexiones para el Estado sobre desaparición forzada de personas..... 271
- Mariano Gabriel Juárez (Argentina)
La regla de exclusión de la prueba prohibida en la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos: el caso de la tortura y el juicio de ponderación..... 285
- Herbert Landau (Alemania)
El sistema europeo a varios niveles..... 315
- Jorge Mario Pardo Rebolledo (México)
El caso Rosendo Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos 333

V. Democracia y Estado de derecho

- Marco Antonio Baldivieso Jinés (Bolivia)
La independencia en la administración de justicia. Elección de autoridades judiciales en Bolivia 349

- Lucas L. Moroni Romero (Argentina)
Crisis constitucional de la ética pública 365
- Enrique Navarro Beltrán (Chile)
Tribunal Constitucional y esfera de actuación de los órganos del Estado 381
- Martín Risso Ferrand (Uruguay)
¿Quién tiene la última palabra en temas de derechos humanos?
Democracia versus aristocracia con toga 393
- Torstein Stein (Alemania)
Siempre con un rumbo fijo.
El difícil equilibrio entre supranacionalidad y soberanía constitucional en la
relación entre el Tribunal Constitucional alemán y el Tribunal de Justicia de la
Unión Europea (con una breve mirada de soslayo a la judicatura de la Corte
Constitucional Italiana)...... 415

VI. Los derechos humanos en la práctica del derecho administrativo.

Competencia Universitaria Internacional

- Introducción* 433
- *Caso 1. La Cañamera. Un problema de justicia ambiental*
Luis Cordero Vega 435

Sentencia. Comunidad La Cañamera contra Chile.
Un problema de justicia ambiental
Universidad de El Salvador 441
- *Caso 2. Augusto López contra Argentina*
Pedro Aberastury 451

Sentencia. Augusto López contra Argentina
Universidad Nacional Autónoma de México 453
- *Caso 3. Antonio José Jiménez Pérez contra México*
Juan Pedro Machado Arias 465

Sentencia. Antonio José Jiménez Pérez contra México
Universidad de Buenos Aires 471
- Instrucciones para la presentación de los trabajos*..... 481

Prólogo

Tareas compartidas: La justicia constitucional y el sistema interamericano de derechos humanos. Bajo este título, en el año 2011, el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, conjuntamente con la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, reunió a presidentes y magistrados de tribunales y salas constitucionales de América Latina y jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el marco del XVIII Encuentro de Tribunales y Salas Constitucionales de América Latina en San José de Costa Rica.

Gracias a la participación constructiva y franca de los representantes de la justicia constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en ocasión de este encuentro se logró un verdadero diálogo jurisprudencial sobre cuestiones complejas como el activismo judicial, mecanismos de coordinación, el control de convencionalidad difuso y en general retos actuales de la justicia constitucional en América Latina. El Programa Estado de Derecho para Latinoamérica seguirá fomentando este diálogo desde la comunidad académica y la práctica judicial de la región.

La presente XVIII edición del ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO recoge reflexiones de destacados juristas que se discutieron en el mencionado encuentro. Se complementan, como es habitual, con aportaciones inéditas de reconocidos académicos, operadores jurídicos y jóvenes investigadores, principalmente de América Latina, sobre temas de justicia constitucional, procesal constitucional, derecho internacional de los derechos humanos, justicia transicional, democracia y Estado de derecho. Entre los artículos presentados, se encuentran aportaciones discutidas en el marco del XVIII Encuentro de Presidentes y Magistrados de Tribunales y Salas Constitucionales.

Se han reunido artículos sobre temas relacionados con la figura del amparo como instrumento de protección de los derechos humanos, reflexiones sobre el impacto y los alcances de las reformas constitucionales, y desafíos en la implementación de los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se recogen análisis en temáticas como medio ambiente, consulta previa, pueblos indígenas, desaparición forzada, administración de justicia, independencia judicial, y análisis del impacto de las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la labor jurisdiccional de cada país.

En esta edición se incorpora, además, un nuevo apartado, que es resultado de la primera edición de la Competencia Universitaria Internacional *Los derechos humanos en la práctica del derecho administrativo*, promovida por el Programa Estado de Derecho conjuntamente con el Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Administrativo (coordinado por la KAS) y varias universidades del continente.

Acceso a la justicia, cultura de legalidad, legitimidad institucional, diseño institucional, efectiva defensa y protección de los derechos humanos, entre otros, son temas

pendientes de la agenda jurídico-política latinoamericana. Es innegable la necesidad de cambios sustanciales que respondan a las necesidades jurídicas, políticas y sociales que requiere una sociedad globalizada. En este sentido, el ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO aporta puntos medulares de la discusión en la región.

En su labor de consolidación del Estado de derecho y de procesos democráticos, la protección de los derechos humanos y de una cultura de legalidad, el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer depende fundamentalmente del compromiso de todos los actores en la región que comparten la causa, de su capacidad de desarrollar proyectos e ideas innovadoras para afrontar los nuevos desafíos, de su voluntad de cooperar en redes y discutir constructivamente. Agradecemos el generoso apoyo que todos los años recibimos de múltiples actores e instituciones en la tarea compartida de construir un verdadero Estado democrático y social de derecho.

La Fundación Konrad Adenauer impulsa estas actividades con la finalidad de promover la investigación de jóvenes estudiantes y fortalecer las capacidades de defensa y protección de los derechos humanos. Consideramos de suma trascendencia difundir en la región los resultados de esta competencia que denota el gran interés de las nuevas generaciones por una cultura de los derechos humanos.

Aprovechamos para expresar nuestro agradecimiento a los autores por su compromiso y dedicación para compartir sus reflexiones, aportando elementos para el debate regional. También a los expertos del mencionado Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Administrativo, especialmente al Dr. Pedro Aberastury (Argentina), al Dr. Juan Pedro Machado (México) y al Dr. Luis Cordero Vega (Chile), quienes elaboraron los casos hipotéticos para la Competencia Internacional Universitaria *Los derechos humanos en la práctica del derecho administrativo*. Igualmente al Dr. Leonardo Martins (Brasil), por su apoyo en el trabajo editorial, así como a todas las personas que en primera o segunda línea están involucradas en la elaboración de esta obra.

Durante el año 2012, el Programa ha concentrado sus dos sedes anteriores, de Montevideo y México, en Bogotá. La amable hospitalidad, generosa colaboración y el inigualable compromiso que durante muchos años nos han prestado las personas y entidades colaboradoras en Uruguay y México nos quedarán en muy buena memoria. Los equipos de ambas oficinas han ofrecido siempre un trabajo profesional y un gran compromiso a la causa de la Fundación Konrad Adenauer en un clima laboral sumamente cordial, por lo que expreso mi gratitud tanto personal como en nombre del Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer. No obstante el traslado de la sede, el compromiso del Programa a mi cargo con todos los colegas y amigos, al igual que con las instituciones y organizaciones colaboradoras en Uruguay y México, es continuado, como lo es para toda la región. Agradezco a Colombia y a los colombianos el cariñoso recibimiento en una coyuntura fascinante.

Dr. Christian STEINER

Director

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

I. Derecho procesal constitucional

- Karina Almeida do Amaral (Brasil)
O recurso de amparo como instrumento de proteção aos direitos fundamentais e sua relação com a arguição de descumprimento de preceito fundamental
- Víctor Bazán (Argentina)
El hábeas data, su autonomía respecto del amparo y la tutela del derecho fundamental de autodeterminación informativa
- Natalia Bernal Cano (Colombia)
Convergencias y divergencias de las acciones y procedimientos constitucionales en el ordenamiento jurídico colombiano
- Carlos Rafael Rodríguez-Cerna Rosada (Guatemala)
El amparo guatemalteco y el sistema interamericano de protección de derechos humanos

Karina Almeida do Amaral (Brasil)*

O recurso de amparo como instrumento de proteção aos direitos fundamentais e sua relação com a arguição de descumprimento de preceito fundamental

RESUMO

O presente trabalho versa sobre o recurso de amparo como processo constitucional de proteção aos direitos fundamentais. Analisando seus principais aspectos busca-se compreender as peculiaridades do instituto jurídico na Europa e América Latina. Por outro lado, trataremos do instituto jurídico brasileiro denominado Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, com enfoque sobre o dispositivo constitucional que o prevê, qual seja, o artigo 102, § 1º da Carta Constitucional de 1988. Embora não se possa dizer que o ordenamento brasileiro detenha um recurso de amparo cumpre ressaltar que a ADPF poderia ter sido concretizada nesse sentido. A partir daí dirigiremos nossa abordagem para a comparação entre o recurso de amparo e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Nesse caso, teremos por escopo confrontar suas funções através do seu objeto e da garantia de acesso à justiça constitucional.

Palavras-chave: amparo, proteção dos direitos fundamentais, processo constitucional, direito comparado, América, Europa, Brasil, justiça constitucional.

ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der Verfassungsbeschwerde als verfassungsmäßiges Verfahren zum Schutz der Grundrechte. Über eine Analyse ihrer wesentlichen Aspekte wird der Versuch unternommen, die Besonderheiten dieses Rechtsinstruments in Europa und Lateinamerika zu verstehen. Andererseits wird auf das brasilianische Rechtsinstitut der Behauptung der Nichteinhaltung einer grundlegenden, sich aus der Verfassung ergebenden Vorschrift (port. ADPF) unter besonderer Berücksichtigung der ihr zugrunde liegenden Bestimmung des Artikels 102 § 1 der Verfassung von 1988 eingegangen. Wenngleich nicht davon gesprochen werden kann, dass die brasilianische Rechtsordnung eine Verfassungsbeschwerde vorsieht, bleibt doch festzuhalten, dass die ADPF in

* Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. <karinaamaral_direito@hotmail.com>

diesem Sinne hätte konkretisiert werden können. Anschließend werden die Verfassungsbeschwerde und die Behauptung der Nichteinhaltung einer grundlegenden, sich aus der Verfassung ergebenden Vorschrift einer vergleichenden Betrachtung unterzogen. Dabei werden ihre jeweiligen Funktionen hinsichtlich ihrer Absicht und ihrer Zugangsgarantie zur Verfassungsgerichtsbarkeit gegenübergestellt.

Schlagwörter: Verfassungsschutzverfahren, Grundrechtsschutz, Verfassungsprozess, vergleichende Rechtswissenschaft, Amerika, Europa, Brasilien, Verfassungsgerichtsbarkeit.

ABSTRACT

This article deals with the writ of amparo as a constitutional proceeding for the protection of fundamental rights. We analyze its main features in order to understand the peculiarities of this legal institution in Europe and Latin America. In addition we will discuss the Brazilian institution known as claim of non-compliance with fundamental rights, focusing on the constitutional provision in which it is established: article 102, § 1º of the Constitutional Charter of 1988. Although it is not possible to assert that Brazilian law provides for a writ of amparo, it should be noted that the ADPF could have been developed in this sense. With this in mind, we compare the writ of amparo and the claim of non-compliance with a fundamental precept in order to contrast their purposes and ability to guarantee access to constitutional justice.

Keywords: amparo, human rights protection, constitutional procedure, comparative law, America, Europe, Brazil, constitutional justice.

1. Introdução

O presente trabalho centra-se no estudo do recurso de amparo com ênfase no cenário latino-americano, que representa uma realidade mais próxima do Brasil, sem, contudo, abandonarmos a referência à Europa.

Nesse sentido, acolheremos Alemanha e Espanha assim como México, Venezuela, Argentina, Guatemala, Peru, Equador, Colômbia, Bolívia, Costa Rica e El Salvador.

Desde logo partiremos da função que o amparo exerce, qual seja: de proteção aos direitos consagrados no ordenamento jurídico perante a justiça constitucional.

Embora tenhamos dado primazia à denominação recurso de amparo, temos consciência de que existem outras denotações correspondentes ao mesmo instrumento.¹

Entretanto, para evitar eventuais confusões em termos de compreensão adotaremos uma única designação.

Além disso, não julgamos relevante dispor a respeito da sua natureza jurídica,² uma vez que, como é óbvio, cada país que o estabelece dará a este conotações próprias.

¹ Walter Carnota: “Dos visiones constitucionales divergentes sobre el amparo: los casos argentino y español”, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, t. 9, 2003.

² Jorge Rojas: “Un nuevo molde para el amparo”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor: *Derecho Procesal Constitucional*, t. 1v, 2003. Eduardo Mac-Gregor: “El amparo iberoamericano (estudio de derecho

Prosseguindo nossa abordagem, dirigir-nos-emos a algumas peculiaridades do recurso de amparo.

Primeiramente, nosso enfoque será remetido ao conhecimento e processamento de tal recurso em razão dos países que o adotam.

Por outro lado, nos deteremos em alcançar um significado para a subsidiariedade do amparo.

Posto isto, tentaremos absorver os principais contornos jurídicos que dizem respeito aos ordenamentos europeus e latino-americanos.

Em termos gerais, propomo-nos cuidar do recurso de amparo tanto em virtude da sua inserção na Constituição quanto considerando-se eventual legislação infraconstitucional. Pretendemos abranger as possíveis circunstâncias e tendências no que toca ao recurso na Europa e na América Latina.

Nossa intenção, a despeito das principais características do amparo nesses países, se remete à possibilidade ou não de serem feitas diferenciações quanto à compreensão e estruturação deste.

Por outro lado, trataremos do instituto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Teremos como parâmetro o art. 102, § 1º da Constituição de 1988, referente ao dispositivo constitucional da ADPF. Tencionamos refletir sobre tal norma constitucional, seu possível significado e, conseqüentemente, seu alcance.

A partir daí avançaremos no sentido da comparação entre a ADPF e o Recurso de Amparo.

Relacionaremos a ADPF ao Recurso de Amparo em virtude de alguns pontos que julgamos mais relevantes, quais sejam: objeto e garantia do acesso à justiça constitucional. Nesse caso, importa referir que faremos menções à Lei nº 9.882/99 responsável pela regulamentação da ADPF.

2. Recurso de amparo

2.1. Referências iniciais

O constitucionalismo moderno assume a prerrogativa indissociável da Constituição como base do sistema jurídico, ao ponto de constituir-se em norma fundamental e suprema.³

Em sua essência, a defesa da Constituição não significa apenas evitar que suas normas sejam desaplicadas, mas também que seu conteúdo se mantenha interpretado adequando-se à evolução da sociedade.⁴

procesal constitucional comparado)", en *Revista de Processo*, ano 32, nº 143, 2007.

³ Allan Brewer-Carías: "El amparo a los derechos y libertades constitucionales (una aproximación comparativa)", em *Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, t. III, Madrid, 1993. Jorge Miranda: *Teoria do Estado e da Constituição*, o. cit.; José Canotilho: *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 2003.

⁴ Pablo Tremps: "La justicia constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina", em *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, t. 1, 2003.

Nesse sentido, a justiça constitucional pode controlar a constitucionalidade das leis, preservar os direitos consagrados na ordem jurídica,⁵ etc.

Entretanto, a Carta Constitucional não se impõe, pura e simplesmente, pela sua existência, havendo a necessidade de se desenvolverem mecanismos que suportem sua vigência.⁶

Nos últimos tempos constata-se um aumento expressivo dos instrumentos ligados à justiça constitucional no mundo e, particularmente, na América Latina, pela incorporação ou reforço de instituições nesse âmbito.⁷

No que diz respeito à proteção dos direitos dos cidadãos, que corresponde, indiscutivelmente, ao propósito ou objetivo fundamental do Estado,⁸ ressalta-se o recurso de amparo.

Previsto em vários países do mundo, tanto em relação à América Latina quanto à Europa, constitui verdadeiro processo constitucional de proteção aos direitos consagrados no ordenamento jurídico,⁹ na medida em que viabiliza a tutela das eventuais violações ou lesões perpetradas aos direitos.

2.2. Conhecimento e processamento

Levando-se em consideração a Europa, especificamente Alemanha e Espanha, o sistema de controle da constitucionalidade se baseia em modelo concentrado.

Isso significa que nenhuma questão constitucional poderá ser conhecida por todo e qualquer juiz, mas pelos juízes do Tribunal Constitucional.¹⁰

⁵ Pablo Tremps: “La justicia constitucional en la actualidad...”, o. cit.; Allan Brewer-Carías: “El amparo a los derechos y libertades constitucionales...”, o. cit.

⁶ José Lazzarini: “El juicio de amparo”, em *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, t. 4, 2000. José Canotilho: *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 2003.

⁷ Pablo Tremps: “La justicia constitucional en la actualidad...”, o. cit.; Jorge Carpizo: “Derecho constitucional latinoamericano y comparado”, em *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 10, Madrid, 2006. Mario Solano: “La jurisdicción constitucional en El Salvador”, em *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 11, Madrid, 2007.

⁸ Jorge Novais: *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004. Jorge Novais: “Em defesa do recurso de amparo constitucional (ou uma avaliação crítica do sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade)”, em *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, v. VI, t. 10, 2005.

⁹ Eduardo Mac-Gregor: “El amparo iberoamericano...”, o. cit.; Francisco Praeli: “El amparo como proceso residual en el Código Procesal Constitucional peruano. Una opción riesgosa pero indispensable”, em *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, ano 13, t. 1, Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2007. Francisco Arguello: “El recurso de amparo y lo contencioso administrativo”, em *Revista del Poder Judicial de Nicaragua*, año 6, nº 26, 2001. Francisco Segado: “El control de la constitucionalidad en Iberoamérica: Sus rasgos generales y su genesis en el pasado siglo”, em *Perspectivas Constitucionais – nos 20 anos da Constituição de 1976*, v. 2, Coimbra: Coimbra Ed., 1997. Jorge Carpizo: “Derecho constitucional latinoamericano y comparado”, o. cit.; Arturo Larrea, “El debate sobre el nuevo amparo mexicano. El concepto de autoridad para los efectos del amparo”, em *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 7, 2003. José Canotilho: *Direito constitucional...*, o. cit.

¹⁰ Carlos Morais: *Justiça constitucional. O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*, t. II, Coimbra: Coimbra Ed., 2005. Lenio Streck: *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do Direito*, Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2002. Maria Amaral: “Problemas da Judicial Review em Portugal”, em *Revista de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, v. VI, t. 10, 2005. Maria Amaral: “Justiça constitucional, proteção dos direitos fundamentais e

A função da jurisdição ordinária, nesse caso, será somente a remissão da questão constitucional surgida em função de demanda judicial.¹¹

Nesse sentido, no que toca ao recurso de amparo, este será interposto, diretamente, perante o Tribunal Constitucional.

No que concerne à América Latina, quanto à compreensão do funcionamento do recurso de amparo é importante salientar que a jurisdição constitucional, para além dos órgãos específicos de justiça constitucional, alcança a todos os juízes e tribunais.¹²

Embora existam Cortes Supremas de Justiça e, eventualmente, Tribunais “ad hoc”, o conhecimento do referido recurso não estará, de forma taxativa, vinculado a um tribunal específico.

Em países como México, Venezuela, Argentina, Guatemala, Peru, Equador, Colômbia e Bolívia, que adotam o recurso de amparo, determina-se, em princípio, aos juízes e tribunais de primeira instância a competência para conhecimento da demanda.¹³

segurança jurídica ou que modelo de justiça constitucional melhor protege os direitos fundamentais?”, em *Anuário Português de Direito Constitucional*, v. 11, 2002. Manuel Reyes: “Relaciones Tribunal Constitucional – Tribunal Supremo”, en *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, año 1, n.º 2, Lima: Palestra, 2005. Francisco Segado: “El control de la constitucionalidad en Iberoamérica...”, o. cit.; José Canotilho: *Direito constitucional...*, o. cit.; Carlos Morais: *Justiça constitucional. Garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade*, t. 1, Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

¹¹ Carlos Morais: *Justiça constitucional. O contencioso constitucional português...*, o. cit.; Lenio Streck: *Jurisdição constitucional e hermenêutica...*, o. cit.; Maria Amaral: “Problemas da Judicial Review em Portugal”, o. cit.; Maria Amaral: “Justiça constitucional, proteção dos direitos fundamentais e segurança jurídica...”, o. cit.; Manuel Reyes: “Relaciones Tribunal Constitucional – Tribunal Supremo”, o. cit.; Francisco Segado: “El control de la constitucionalidad en Iberoamérica...”, o. cit.; José Canotilho: *Direito constitucional...*, o. cit.; Carlos Morais: *Justiça constitucional. Garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade*, t. 1, Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

¹² Pablo Tremps: “La justicia constitucional en la actualidad”, o. cit.

¹³ No México os artigos 114º e 158º da Lei de Amparo estabelecem, respectivamente: “el amparo se pedirá ante el juez de Distrito [...]”; “el juicio de amparo directo es competencia del Tribunal Colegiado de Circuito [...]”. Na Venezuela o art. 7º da Lei de Amparo determina: “son competentes para conocer de la acción de amparo, los Tribunales de Primera Instancia [...]”. Na Argentina o art. 4º da Lei nº 16.986 relativa ao recurso de amparo dispõe: “será competente para conocer de la acción de amparo el juez de Primera Instancia [...]”. Na Guatemala divide-se a competência para conhecimento do recurso de amparo entre a Corte de Constitucionalidade, a Corte Suprema de Justiça, as Corte de Apelações e os juízes de primeira instância, nos termos dos artigos 11º ao 14º da Lei de Amparo. No Peru o art. 51º do Código Processual Constitucional estabelece que: “son competentes para conocer del proceso de amparo, a elección del demandante, el Juez civil del lugar donde se afectó el derecho, o donde tiene su domicilio el afectado, o donde domicilia el autor de la infracción. Si la afectación de derechos se origina en una resolución judicial, la demanda se interpondrá ante la Sala Civil de turno de la Corte Superior de Justicia respectiva, la que designará a uno de sus miembros, el cual verificará los hechos referidos al presunto agravio [...]”. No Equador o recurso de amparo constitui uma ação de proteção e uma ação de proteção extraordinária. A primeira é remetida ao conhecimento de qualquer juiz de primeira instância, nos termos do art. 7º da Lei Orgânica de Garantias Jurisdicionais e Controle Constitucional. A segunda, de acordo com o art. 94º da Constituição, é remetida à Corte Constitucional. Na Colômbia o art. 37º do Decreto nº 2591 que regulamenta o recurso de amparo determina: “son competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud”. Na Bolívia o art. 129º da Constituição dispõe: “la acción de Amparo Constitucional se interpondrá [...] ante cualquier juez o tribunal competente [...]”.

Ao contrário, na Costa Rica e em El Salvador a competência será exclusiva de uma sala especializada dentro da Corte Suprema de Justiça.¹⁴

2.3. Subsidiariedade

No que tange à proteção dos direitos consagrados na Constituição, cada ordenamento jurídico dispõe de instrumentos próprios para fazê-lo, sendo que, à partida, cabe à jurisdição ordinária a tutela aos direitos dos cidadãos.¹⁵

A despeito de o recurso de amparo constituir um instrumento específico para a defesa judicial dos direitos, não garante irrestritamente, para além disso, um direito de acesso à justiça constitucional.¹⁶

Tal recurso não pode ser considerado como um meio através do qual se pleiteia toda e qualquer violação de direito, posto que tais ingerências serão amparadas na medida em que condigam com o que fora estabelecido em uma determinada ordem jurídica.

Nesse sentido, no que diz respeito à Europa, na Alemanha e Espanha a “fórmula” da subsidiariedade é adotada para o recurso de amparo, considerando-o em caráter subsidiário como um recurso extraordinário.¹⁷

¹⁴ Na Costa Rica o art. 10º da Constituição prevê que o recurso de amparo será da competência de uma sala especializada da Corte Suprema de Justiça. O art. 174º da Constituição de El Salvador estabelece: “la Corte Suprema de Justicia tendrá una Sala de lo Constitucional, a la cual corresponderá conocer y resolver [...] los procesos de amparo [...]”.

¹⁵ Catarina Botelho: *A tutela directa dos direitos fundamentais: avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional*, Coimbra: Almedina, 2010. Manuel Reyes: “Algunas consideraciones sobre el recurso de amparo”, em Eduardo Ferrer Mac-Gregor: *Derecho procesal constitucional*, t. III, 2003. Manuel Reyes: “Relaciones Tribunal Constitucional – Tribunal Supremo”, o. cit.; Pablo Tremps, “El recurso de amparo en el ordenamiento español”, em *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, año 1, nº 2, 2005. Lenio Streck: “Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de efetividade da constituição brasileira”, em *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. XLI, t. 2, 2000. César Landa: “El amparo en el nuevo Código Procesal Constitucional peruano”, em *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 11, t. II, Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. Renata Moretto: “As semelhanças e distinções entre o mandado de segurança no direito brasileiro e o recurso de amparo perante o Tribunal Constitucional alemão”, em *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 16, nº 64, 2008. Mario Godoy: “Proceso constitucional de amparo en Guatemala”, em Eduardo Ferrer Mac-Gregor: *Derecho Procesal Constitucional*, t. III, 2003, p. 1966-1967. O autor cita Carmen María que adverte no sentido de que o amparo “[...] no puede constituirse en una vía procesal paralela a la jurisdicción ordinaria [...]”. Carlos Rosada: “Crítica a la iniciativa de reformas a la Ley de Amparo guatemalteca”, em *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 13, t. I, Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2007, p. 421. Segundo o autor, “[...] no puede olvidarse que en la justicia ordinaria [...] los jueces aplican las leyes ordinarias, pero éstas, así como los jueces mismos, están obligadas a respetar la supremacía de la Constitución [...]”. Es por ello que las leyes ordinarias no son más que el desarrollo de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución”.

¹⁶ Manuel Reyes: “Algunas consideraciones sobre el recurso de amparo”, o. cit.; Pablo Tremps: “El recurso de amparo en el ordenamiento español”, o. cit.

¹⁷ Catarina Botelho: *A tutela directa dos direitos fundamentais...*, o. cit.; Flor Hermoso: *Práctica del recurso de amparo constitucional*, Madrid: Edigener, 1994. Carmen Motilla: *La vía judicial previa al recurso de amparo*, Madrid: Civitas, 1994. Maria Amaral: “Problemas da Judicial Review em Portugal”, o. cit.; Manuel Reyes: “Relaciones Tribunal Constitucional – Tribunal Supremo”, o. cit.; Pablo Tremps: “El recurso de amparo en el ordenamiento español”, o. cit.; Walter Carnota: “Dos visiones constitucionales divergentes...”, o. cit.; Lenio Streck: “Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional...”, o. cit.; Allan Brewer-Carías: “El amparo a los derechos y libertades constitucionales...”, o. cit.; Paulo Cardinal:

Isso significa que outros recursos poderão afastar a sua utilização quando funcionarem como esgotamento da via judicial prévia ou corresponderem aos demais remédios jurídicos que o ordenamento dispõe para o caso concreto.¹⁸

Por outro lado, a subsidiariedade pode constituir-se em exigência de demonstração da real intensidade da violação ou lesão ao direito,¹⁹ bem como da importância da questão, não apenas para o deslinde do caso, mas também para a proteção da ordem jurídica.²⁰

Na América Latina não identificamos o recurso de amparo de forma incontestável, tal como se apresenta na Europa, como última garantia jurisdicional.²¹

Nesse cenário, tal recurso é encarado, principalmente, como um instrumento contra as arbitrariedades do Poder Público tendo em conta uma inegável história de atropelo estatal.²²

Contudo, países como México, Argentina, Venezuela, Guatemala, Peru, Equador, Colômbia, Bolívia e El Salvador consideram a procedência do recurso de amparo atrelada ao esgotamento das vias judiciais prévias, à utilização de recursos ordinários ou de outros meios existentes na ordem jurídica, capazes de proteger o direito, afastando a agressão perpetrada ao mesmo.²³

“O amparo de direitos fundamentais no direito comparado e no ordenamento jurídico de Macau”, em *Revista Jurídica de Macau*, v. 3, n° 1, 1996.

¹⁸ Catarina Botelho: *A tutela directa dos direitos fundamentais...*, o. cit.; Peter Haberle: “O recurso de amparo no sistema germânico de justiça constitucional”, em *Sub Judge*, t. 20/21, 2001.

¹⁹ Catarina Botelho: *A tutela directa dos direitos fundamentais...*, o. cit.; Manuel Reyes: “Algunas consideraciones sobre el recurso de amparo”, o. cit.; Renata Moretto: “As semelhanças e distinções entre o mandado de segurança...”, o. cit.

²⁰ Flor Hermoso: *Práctica del recurso de amparo constitucional*, o. cit.; Manuel Reyes: “Algunas consideraciones sobre el recurso de amparo”, o. cit.; Peter Haberle: “O recurso de amparo no sistema germânico...”, o. cit.; Gilmar Mendes: “Evolução do direito constitucional brasileiro e o controle da constitucionalidade da lei”, em *Temas de Integração*, n° 21, 2006.

²¹ Pablo Tremps: “El recurso de amparo en el ordenamiento español”, o. cit.; Peter Haberle: “O recurso de amparo no sistema germânico...”, o. cit.; Manuel Reyes: “Relaciones Tribunal Constitucional – Tribunal Supremo”, o. cit.; Carlos Morais: *Justiça constitucional. Garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade*, t. 1, o. cit.

²² Walter Carnota: “Dos visiones constitucionales divergentes...”, o. cit.; Jorge Carpizo: “Derecho constitucional latinoamericano y comparado”, o. cit.

²³ Art. 158° da Lei de Amparo Mexicana: “el juicio de amparo directo es competencia del Tribunal Colegiado de Circuito [...] y procede contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, dictados por tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, respecto de los cuales no proceda ningún recurso ordinario [...]”. Art. 43° da Constituição Argentina: “toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio más idóneo [...]”. Art. 5° da Lei Orgânica de Amparo venezuelana: “la acción de amparo procede [...] cuando no exista un medio procesal breve, sumario y eficaz acorde con la protección constitucional”. Art. 19° da Lei de Amparo Guatemalteca: “para pedir amparo, salvo casos establecidos en esta ley, deben previamente agotarse los recursos ordinarios judiciales y administrativos [...]”. Art. 45° do Código Processual Constitucional Peruano: “el amparo sólo procede cuando se hayan agotado las vías previas [...]”. Art. 42°, 4, da Lei Equatoriana de Garantías Jurisdiccionales e Controle Constitucional: “la acción de protección de derechos no procede: cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz” e art. 94° da Constituição Equatoriana: “el recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal [...]”. Art. 86° da Constituição Colombiana: “[...] esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. Art. 129° da Constituição Boliviana: “la acción de Amparo Constitucional se interpondrá [...] siempre que no exista otro medio o recurso legal [...]”. Art. 12° da Lei Salvadorenha de

Consideramos, assim, que toda disposição ligada à subsidiariedade dependerá da forma como tiver sido introduzida. Seus contornos serão dados a partir do ordenamento jurídico, isto é, sua medida será imposta pelos requisitos adotados.

Importante ressaltar que, independentemente do alcance da subsidiariedade prescrita ao recurso de amparo, a ideia geral a reter é a de que o referido recurso não abre mais uma instância jurisdicional ou mais uma via recursal.²⁴

A subsidiariedade acarreta, na verdade, restrições à utilização do amparo tendo em conta a proteção aos direitos estabelecida na ordem jurídica.

Em princípio, deverão ser aproveitados os mecanismos existentes antes de se pensar no recurso de amparo, pois a pretensão que se pretende levar a juízo somente será viável e, conseqüentemente, admitida para apreciação se os outros remédios tiverem sido adotados sem, contudo, sucesso.

Nesse sentido, a subsidiariedade será utilizada como “escudo”, tomando-se por base alguns pressupostos para que uma suposta lesão de direito possa ser pleiteada perante o órgão competente.

De qualquer forma, ainda que cada país imponha a medida da subsidiariedade a ser levada em consideração como forma de “barreira” ao conhecimento do recurso de amparo, não há como se cogitar da sua aplicação absoluta.²⁵

Não faria sentido instituir um mecanismo de proteção aos direitos sem que se pudesse levar em conta as circunstâncias em relação à violação do próprio direito.

É claro que para se admitir um recurso de amparo deve haver uma ponderação a partir da análise do caso concreto,²⁶ até porque, na hipótese de urgência da demanda, exigências severas de esgotamento de instâncias, vias judiciais prévias ou outros requisitos, acabarão por inviabilizar a pretensão, isto é: a tutela da suposta violação ao direito.²⁷

Procedimentos Constitucionais: “[...] la acción de amparo únicamente podrá incoarse cuando el acto contra el que se reclama no puede subsanarse dentro del respectivo procedimiento mediante otros recursos [...]”. Nesse sentido, Walter Carnota: “Dos visiones constitucionales divergentes...”, o. cit.; Allan Brewer-Carías: “El amparo a los derechos y libertades constitucionales...”, o. cit.; Rafael Cetina: “El juicio de amparo directo como medio de control de la constitucionalidad de las reglas generales administrativas”, em Eduardo Ferrer Mac-Gregor: *Derecho procesal constitucional*, t. I, 2003. Peter Haberle: “O recurso de amparo no sistema germânico...”, o. cit.; Manuel Giralt: “Tendencias actuales del amparo en El Salvador en lo relativo a los actos susceptibles de control”, em *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, ano 13, t. 1, Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2007. César Landa: “El amparo en el nuevo Código Procesal Constitucional peruano”, o. cit.; Francisco Praeli: “El amparo como proceso residual en el Código Procesal Constitucional peruano...”, o. cit.; Mario Solano: “La jurisdicción constitucional en El Salvador”, o. cit. Augusto Morello: “La reglamentación del amparo según el Senado de la nación”, em Eduardo Ferrer Mac-Gregor: *Derecho procesal constitucional*, t. III, 2003. Ricardo Haro: “A medio siglo de la creación de la acción de amparo en la República Argentina”, em *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 12, 2008. Vladimiro Mesa: “Diez años de la Corte Constitucional Colombiana”, em *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 5, 2001.

²⁴ Flor Hermoso: *Práctica del recurso de amparo constitucional*, o. cit.; Peter Haberle: “O recurso de amparo no sistema germânico...”, o. cit.

²⁵ José Lazzarini: “El juicio de amparo”, o. cit.; Augusto Morello: “La reglamentación del amparo según el Senado de la nación”, o. cit., p. 2859. O autor cita Branda, que adverte: “[...] algunos confunden excepcionalidad del remedio del amparo con un criterio restrictivo en la interpretación de las normas constitucionales [...]. La excepcionalidad de la acción procesal no afecta el criterio amplio con el que se deben interpretar las garantías constitucionales [...]”.

²⁶ Walter Carnota: “Dos visiones constitucionales divergentes...”, o. cit.

²⁷ Pablo Tremps: “El recurso de amparo en el ordenamiento español”, o. cit.

A subsidiariedade somente deve ser capaz de afastar a utilização do recurso na medida em que o órgão competente à sua apreciação se convença de que - naquele caso - tal aplicação faça sentido, o que torna obrigatória, ao requerente, a consideração de certos requisitos.

2.4. Âmbito de proteção

Levando-se em consideração o recurso de amparo em Alemanha e Espanha, deparamo-nos com um instituto de contornos precisos onde, em termos gerais, somente uma classe de direitos é passível de tutela.²⁸

Isso significa que a configuração do recurso passa, necessariamente, pela determinação de alguns direitos como sendo imprescindíveis, indispensáveis e essenciais.

Primando por certos direitos em detrimento de outros, a demanda de amparo somente será plausível na medida em que diga respeito a uma violação de direito fundamental.

Essa é a base do recurso europeu²⁹ e, conseqüentemente, a tal propósito será dirigida a proteção.

Com relação aos atos contra os quais se concede amparo, estes correspondem àqueles praticados pelos Poderes Públicos³⁰ e, indiretamente, por privados.³¹

Embora cada país estabeleça contornos próprios nesse âmbito, o fato é que o recurso de amparo tem como função combater, principalmente, a atividade estatal que lese os direitos fundamentais.

Nesse sentido, o amparo em Alemanha e Espanha se impõe diretamente aos atos públicos e somente por via de exceção aos privados.

No que toca à interposição do recurso, em princípio qualquer pessoa está habilitada a recorrer ao Tribunal Constitucional.³²

Entretanto, são impostos limites rígidos ao acesso do cidadão à justiça constitucional, levando-se em conta que o amparo não constitui mais um instrumento processual, tal como os demais existentes na ordem jurídica.

Ao contrário, a despeito da proteção aos direitos estabelecida em cada ordenamento jurídico, por intermédio dos tribunais ordinários, tal recurso pressupõe a subsistência da violação ao direito.

²⁸ Catarina Botelho: *A tutela directa dos direitos fundamentais...*, o. cit.; Allan Brewer-Carías: “El amparo a los derechos y libertades constitucionales...”, o. cit.; Paulo Cardinal: “O amparo de direitos fundamentais...”, o. cit.

²⁹ Considerando-se Alemanha e Espanha.

³⁰ Catarina Botelho: *A tutela directa dos direitos fundamentais...*, o. cit.; Pablo Tremps: “El recurso de amparo en el ordenamiento español”, o. cit.; Carlos Morais: *Justiça constitucional. Garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade*, t. 1, o. cit.; Lenio Streck: “Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional...”, o. cit.; Peter Haberle: “O recurso de amparo no sistema germânico...”, o. cit.

³¹ Catarina Botelho: *A tutela directa dos direitos fundamentais...*, o. cit.

³² Lenio Streck: “Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional...”, o. cit. Renata Morretto: “As semelhanças e distinções entre o mandado de segurança...”, o. cit.; Peter Haberle: “O recurso de amparo no sistema germânico...”, o. cit.; Catarina Botelho: *A tutela directa dos direitos fundamentais...*, o. cit.; Pablo Tremps: “El recurso de amparo en el ordenamiento español”, o. cit.

Isso significa que, apesar de uma violação de direito fundamental ter sido levada ao conhecimento e apreciação de tais tribunais por meio dos mecanismos dispostos para tanto, a lesão permanece.

Por outro lado, o acesso à Corte Constitucional não se encontra vinculado apenas à ofensa ao direito fundamental em si, mas, também, à questão constitucional que se pretende levar a juízo.

Isso significa que a existência de lesão a direito não determina, pura e simplesmente, a possibilidade da utilização do recurso.

Nesse âmbito, além de a lesão ao direito dizer respeito a determinada pessoa, a discussão proposta tem que ser relevante para a manutenção da ordem jurídica.³³

Para que seja considerada a possibilidade da admissão do amparo e, portanto, a suscetibilidade da sua apreciação pelo Tribunal Constitucional, tal processo tem que ser capaz de viabilizar, não apenas o afastamento da violação ao direito fundamental do cidadão, mas, também, o estabelecimento de contornos no que toca à compreensão e alcance do direito fundamental levando em conta a relevância da controvérsia.

Nesse sentido, a menos que tais exigências caminhem juntas o Tribunal Constitucional não acolherá a demanda.

Passando à América Latina, é garantida, em tese, uma proteção mais significativa aos direitos dos cidadãos, na medida em que não parece haver uma preocupação em restringi-los.

Constatamos, inclusive, que alguns países vão adiante ao permitirem uma proteção para além dos direitos consagrados constitucionalmente, quer sejam advindos de tratados internacionais, quer de leis, ou, ainda daqueles que, embora não constem expressamente, possam ser considerados como inerentes à pessoa humana.³⁴

Isso denota que a tutela por intermédio do recurso de amparo não estará restrita a certos direitos consagrados constitucionalmente, como acontece na Europa.

Quanto aos atos suscetíveis de impugnação, alguns países latino-americanos levam em conta, não somente os advindos dos Poderes Públicos,³⁵ mas, também, os advindos dos particulares.³⁶

³³ Flor Hermoso: *Práctica del recurso de amparo constitucional*, o. cit.; Manuel Reyes: "Algunas consideraciones sobre el recurso de amparo", o. cit.; Peter Haberle: "O recurso de amparo no sistema germânico...", o. cit.; Gilmar Mendes: "Evolução do direito constitucional brasileiro...", o. cit.

³⁴ Art. 27º da Constituição Venezuelana; art. 43º da Constituição Argentina e art. 1º da Lei Argentina nº 16.986; art. 265º da Constituição Guatemalteca e art. 8º da Lei de Amparo Guatemalteca; art. 128º da Constituição Boliviana e art. 94º da lei Boliviana nº 1836; art. 48º da Constituição Costa-Riquense.

³⁵ Art. 103º da Constituição Mexicana e art. 1º da Lei de Amparo Mexicana; art. 2º da Lei Orgânica de Amparo Venezuelana; art. 43º da Constituição Argentina e art. 1º da Lei Argentina nº 16.986; art. 265º da Constituição Guatemalteca e art. 8º da Lei de Amparo Guatemalteca; art. 200º, 2, da Constituição Peruana; art. 88º da Constituição Equatoriana; art. 86º da Constituição Colombiana; art. 128º da Constituição Boliviana e art. 94º da lei Boliviana nº 1836; art. 29º da Lei Costa-Riquense nº 7135 e art. 12º da Lei Salvadorenha de Procedimentos Constitucionais.

³⁶ Art. 2º da Lei Orgânica de Amparo Venezuelana; art. 43º da Constituição Argentina; art. 200º, 2, da Constituição Peruana; art. 88º da Constituição Equatoriana; art. 5º do Decreto Colombiano nº 2591; art. 128º da Constituição Boliviana e art. 94º da lei Boliviana nº 1836; jurisprudencialmente em El Salvador.

Diferentemente de Alemanha e Espanha, a possibilidade de o amparo ser utilizado contra privados não se dá de forma indireta.

Ao contrário: os atos estatais e privados são considerados como capazes de gerar uma violação a direito que, sendo encarada na mesma medida, abrirá ao cidadão a possibilidade de acesso à justiça constitucional.

Assim como na Europa, permite-se a qualquer pessoa a utilização do recurso para tutela dos seus direitos.³⁷

Todavia, este será interposto, dependendo do país, perante os juízes, tribunais ordinários ou ante a Corte Constitucional.³⁸

Analisando-se o contexto do amparo latino-americano, consideramos que este se processa, principalmente, em virtude da própria lesão ao direito do cidadão.

Embora existam exigências de que o cidadão esgote as vias ordinárias ou demais meios de proteção ao direito estabelecido no ordenamento jurídico, não visualizamos que o recurso de amparo tenha por escopo obrigatório, para além da esfera individual, a conservação da ordem jurídica.

A proteção parece estar dirigida, predominantemente, à pessoa que se julga lesada, e não à relevância da questão.

O recurso latino-americano parece estar mais vocacionado a permitir um acesso à justiça constitucional levando em conta, principalmente, sua função de proteção aos direitos dos cidadãos.

É claro que não pretendemos ignorar o fato de que tal acesso se restringe aos contornos estabelecidos em cada país que adota o amparo.

Contudo, consideramos que a constituição do recurso latino-americano tem como objetivo fundamental disponibilizar ao cidadão um instrumento processual que lhe permita fazer valer seus direitos.

3. Arguição de descumprimento de preceito fundamental

3.1. Algumas reflexões sobre o dispositivo constitucional da ADPF

Inserida dentro das competências exclusivas do STF, a ADPF constitui mecanismo de tutela aos preceitos fundamentais resultantes da Carta Constitucional.

³⁷ Art. 4º da Lei de Amparo Mexicana; art. 13º da Lei Orgânica de Amparo Venezuelana; art. 43º da Constituição Argentina; arts. 10º e 25º da Lei de Amparo Guatemalteca; art. 39º do Código Processual Constitucional Peruano; art. 9º da Lei Equatoriana de Garantias Jurisdicionais e Controle Constitucional; art. 86º da Constituição Colombiana; art. 129º da Constituição Boliviana; art. 48º da Constituição Costa-Riquense e art. 247º da Constituição Salvadorenha.

³⁸ Arts. 114º e 158º da Lei de Amparo Mexicana; art. 7º da Lei de Amparo Venezuelana; art. 4º da Lei 16.986 Argentina; arts. 11º ao 14º da Lei de Amparo Guatemalteca; art. 51º do Código Processual Constitucional Peruano; art. 94º da Constituição Equatoriana e art. 7º da Lei Equatoriana de Garantias Jurisdicionais e Controle Constitucional; art. 37º do Decreto Colombiano nº 2591; art. 129º da Constituição Boliviana; art. 10º da Constituição Costa-Riquense e art. 174º da Constituição Salvadorenha.

Analisando-se o art. 102, § 1º, da Constituição de 1988, o “descumprimento” surge como pressuposto ao desencadeamento da ação, isto é: há possibilidade de apreciação judicial pelo STF quando se evidencia o “descumprir” de preceito fundamental decorrente desta Constituição.³⁹

Nesse sentido, o “descumprimento” não poderia ter outro significado senão o de corresponder ao não “cumprimento”, à violação, à não observância de preceitos fundamentais constitucionais.⁴⁰

Entretanto, essa obrigatoriedade do cumprimento de “preceito fundamental decorrente desta Constituição” somente se torna relevante, em termos de possibilitar sua tutela por intermédio da ADPF, a partir do momento em que se compreende o significado e possível alcance da referida expressão.

Se nos indagarmos sobre o termo “preceito” de forma a obtermos algum sentido jurídico, ainda que pudéssemos considerar as conotações de “ordem”, “mandamento” e “comando”⁴¹ como sinônimos deste, teríamos que inseri-lo dentro do contexto da Constituição.

Nessa tentativa, o “preceito” somente pode ser considerado como correspondente àquilo que a Constituição determina, aos seus ditames impostos através de suas normas, até porque “preceito fundamental” decorre desta Constituição e, portanto, depende diretamente da interpretação da própria Carta Constitucional.

Contudo, embora seja crível uma aproximação de “preceito” à norma constitucional,⁴² faz-se necessário o questionamento da expressão “preceito fundamental” em função da viabilidade ou não de se verificar a existência, dentro da Constituição, de uma norma “mais” fundamental em relação a outra.

A doutrina, por sua vez, não alcança um sentido uniforme e pacífico a este respeito.

À partida, sustenta-se que “preceito fundamental” corresponderia ao que de base consta da Constituição, ao seu núcleo, identificando certas normas constitucionais mais “fundamentais” do que outras, ainda que todas constem da mesma Carta Constitucional.⁴³

³⁹ André Tavares: *Tratado de arguição de preceito fundamental: (Lei n. 9.868/99 e lei 9.882/99)*, São Paulo: Saraiva, 2001.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*. André Tavares: “Arguição de descumprimento de preceito fundamental: Aspectos essenciais do instituto na Constituição e na lei”, em *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*, São Paulo: Atlas, 2001.

⁴² André Tavares: *Tratado de arguição de preceito fundamental...*, o. cit.; Jorge Miranda: *Manual de direito constitucional*, Coimbra: Coimbra Ed., 2000.

⁴³ André Tavares: *Tratado de arguição de preceito fundamental...*, o. cit.; Celso Bastos e Aléxis Vargas: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a advocatária”, em *Revista Jurídica Virtual*, vol. 1, nº 8, Brasília, 2000. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_08/arg_descump_Celso.htm> (28/9/2011). Samantha Meyer-Pflug: “Da eficácia das Decisões na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental”, em *Revista do Advogado*, a. 23, nº 73, São Paulo, 2003. Daniel Sarmento: “Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental”, em *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*, São Paulo: Atlas, 2001. Walter Rothenburg: “Arguição de descumprimento de preceito fundamental”, em *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*, São Paulo: Atlas, 2001. Carlos Melo: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental e o horizonte interpretativo da Constituição”, em *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, a. 33, v. 36, Curitiba, 2001.

Nesse âmbito, consideram-se os artigos 1º ao 4º do Título I da Constituição⁴⁴ os direitos e garantias individuais⁴⁵; os chamados princípios sensíveis elencados no art. 34 da Constituição⁴⁶ e as cláusulas pétreas nos termos do art. 60, § 4º da Constituição.⁴⁷

Apesar disso, em sentido contrário se argumenta levando-se em conta o Princípio da Unidade da Constituição, por meio do qual, inexistindo hierarquia entre as normas constitucionais, não haveria como sustentar a tese da existência, dentro da Carta Constitucional, de uma norma mais “fundamental” do que outra.⁴⁸

De fato, estando todas as normas constitucionais num mesmo patamar, ou seja, tendo sido inseridas dentro da Constituição, não conseguimos conceber que estas possam ser apontadas umas em prejuízo de outras a partir de um suposto “grau de fundamentalidade”.

Por outro lado, se ponderássemos que a locução “fundamental” agregada ao termo “preceito” pressuporia diferenças de hierarquia entre as normas constitucionais, teríamos que considerar a possibilidade de as normas “fundamentais” corresponderem apenas àquelas constantes do Título I da Constituição, onde a palavra “fundamentais” fora utilizada pelo constituinte quando denominou “Dos Princípios Fundamentais”.⁴⁹

Nesse sentido, partimos da concepção da Constituição como unidade, considerando todas as normas constitucionais como um todo, não sendo possível preponderar-se, para cabimento da ADPF, algumas normas constitucionais em detrimento de outras.

⁴⁴ André Tavares: *Tratado de arguição de preceito fundamental...*, o. cit.; Apesar de citar estes artigos, o autor ressalta que, embora a própria Constituição se refira a tais princípios como sendo fundamentais, existiriam outros, não expressos, no referido rol e, além disso, alguns dos que constariam expressos não poderiam ser considerados fundamentais, como é o caso do artigo 4º. Frederico Gomes: *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: uma visão crítica*, Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 407. Elival Ramos: “Arguição de descumprimento de preceito fundamental: delimitação do instituto”, em *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*, São Paulo: Atlas, 2001, p. 124. Os autores referem-se aos artigos citados, embora não façam distinção entre eles.

⁴⁵ Gilmar Mendes: *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.12.1999*, São Paulo: Saraiva, 2007. Gilmar Mendes: “Arguição de descumprimento de preceito fundamental: parâmetro de controle e objeto”, em *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*, São Paulo: Atlas, 2001. Alexandre Moraes: “Comentários à Lei 9.882/99 – Arguição de descumprimento de preceito fundamental”, em *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*, São Paulo: Atlas, 2001. Carlos Morais: “Fiscalização de constitucionalidade e garantia dos direitos fundamentais: apontamento sobre os passos de uma evolução subjetivista”, em *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocência Galvão Telles*, v. 5, Coimbra, 2003.

⁴⁶ Gilmar Mendes: *Arguição de descumprimento de preceito fundamental...*, o. cit.; Gilmar Mendes: “Arguição de descumprimento de preceito fundamental: parâmetro de controle e objeto”, o. cit.; Elival Ramos: “Arguição de descumprimento de preceito fundamental...”, o. cit.

⁴⁷ Gilmar Mendes: *Arguição de descumprimento de preceito fundamental...*, o. cit.; Gilmar Mendes: “Arguição de descumprimento de preceito fundamental: parâmetro de controle e objeto”, o. cit.; André Tavares: *Tratado de arguição de preceito fundamental...*, o. cit.; Elival Ramos: “Arguição de descumprimento de preceito fundamental...”, o. cit.

⁴⁸ Ricardo Camargo: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental: instrumento de tutela do condicionamento constitucional: leis financeiras e plano plurianual”, em *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, nº 41, Belo Horizonte, 2002. Manoel Ferreira Filho: “O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (leis nº 9.868, de 10 de novembro e nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999)”, em *Revista de Direito Administrativo*, nº 220, Rio de Janeiro, 2000. Álvaro Cruz: *Jurisdição constitucional democrática*, Belo Horizonte: Del Rey, 2004. Frederico Gomes: *Arguição de descumprimento de preceito fundamental...*, o. cit.

⁴⁹ André Tavares: *Tratado de arguição de preceito fundamental...*, o. cit.

Por fim, impende registrar que, embora tenha sido inserida na Constituição de 1988, a ADPF somente veio a ser utilizada após 1999, quando do advento da Lei 9.882/99, responsável por sua regulamentação.

A expressão “na forma da lei” contida no dispositivo constitucional da ADPF levava a diversas divergências doutrinárias sobre a existência ou não da sua eficácia normativa, independente de legislação infraconstitucional.⁵⁰

O próprio STF, órgão ao qual incumbia a competência para julgar a ADPF, se pronunciou no sentido de que, a menos que fosse editada lei ordinária dando-lhe contornos mais precisos, esta restaria inutilizada.⁵¹

4. ADPF em comparação com o recurso de amparo

4.1. Objeto

A comparação entre instrumentos jurídicos é atividade que se deve realizar não apenas confrontando-se as normas que os consagram, mas, também, levando em conta a análise da função que cada um exerce.

Tendo por escopo a sua confrontação com o recurso de amparo, não poderíamos ignorar o cenário que envolveu a regulamentação da ADPF por meio da Lei 9.882/99.

Apesar de a doutrina ter suscitado de algumas razões que justificassem sua introdução na Constituição de 1988,⁵² somente passados dez anos da promulgação da Carta Constitucional atual esta foi disposta por lei infraconstitucional.

No período anterior, o STF, órgão ao qual caberia a competência da ADPF, manteve sua utilização atrelada à eventual existência de legislação ordinária que viesse dar-lhe contornos mais precisos.⁵³

A despeito disso, levando-se em consideração as tentativas mal sucedidas de implementação do incidente de inconstitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, é importante ressaltar que o interesse em determinar a ADPF surge em função da chamada “guerra de liminares”.⁵⁴

⁵⁰ Alexandre Moraes: “Comentários à Lei 9.882/99...”, o. cit.; Walter Rothenburg: “Arguição de descumprimento de preceito fundamental”, o. cit.; Os autores acreditavam que a norma da ADPF dependia de lei ordinária para ser utilizada. André Tavares: *Tratado de arguição de preceito fundamental...*, o. cit.; Elival Ramos: “Arguição de descumprimento de preceito fundamental...”, o. cit.; Ambos os autores propunham pela possibilidade de utilização da ADPF ainda que não sobreviesse lei infraconstitucional.

⁵¹ André Tavares: *Tratado de arguição de preceito fundamental...*, o. cit.; Álvaro Cruz: *Jurisdição constitucional democrática*, Belo Horizonte: Del Rey, 2004. Pedro Lenza: *Direito constitucional esquematizado*, São Paulo: Saraiva, 2008.

⁵² Frederico Gomes: *Arguição de descumprimento de preceito fundamental...*, o. cit.; André Tavares: *Tratado de arguição de preceito fundamental...*, o. cit.

⁵³ André Tavares: *Tratado de arguição de preceito fundamental...*, o. cit.; Álvaro Cruz: *Jurisdição constitucional democrática*, Belo Horizonte: Del Rey, 2004. Pedro Lenza: *Direito constitucional esquematizado*, o. cit.

⁵⁴ Gilmar Mendes: “Arguição de descumprimento de preceito fundamental (I) - (§ 1º do Art. 102 da Constituição Federal)”, em *Revista Jurídica Virtual*, v. 1, nº 7, Brasília, 1999. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_07/arguicao.htm> (28/9/2011). André Tavares: *Tratado de arguição de preceito*

Nesse sentido, procurava-se uma solução para os inúmeros processos⁵⁵ advindos da via difusa que, apesar de chegarem ao STF através do recurso extraordinário, eram julgados somente com efeitos “inter partes”, não excluindo outros que eventualmente pudessem respeitar a mesma questão constitucional.⁵⁶

A partir daí, a doutrina inicia um processo para alcançar o significado da ADPF partindo da ideia de inclusão do incidente como mais-valia ao sistema de controle concentrado da constitucionalidade.⁵⁷

Isso significa que seu estabelecimento por intermédio de lei esteve direcionado em concentrar, no STF, algumas hipóteses do controle de constitucionalidade que, até então, eram impugnáveis apenas na via difusa, acarretando, dessa forma, efeitos “erga omnes” ao julgamento de uma questão constitucional controversa.⁵⁸

Em virtude disso, a Lei 9.882/99 introduziu duas possibilidades de interposição da ADPF, quais sejam: uma autônoma, autorizada pela Constituição, e uma incidental, inconstitucional, condizente com o pensamento daqueles que propugnavam pela necessidade da introdução de um incidente de inconstitucionalidade.

No que diz respeito à primeira hipótese da “arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição”, a doutrina considerou-a, desde logo, como a possibilidade de os cidadãos acederem ao STF tendo em vista a proteção dos seus direitos, tal como em países que adotam um recurso de amparo.⁵⁹

Tal inferência se justifica em função do próprio objeto da ADPF autônoma quando dispõe “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público”.⁶⁰

Embora existam diferenças no que toca ao estabelecimento do recurso de amparo dentro de cada ordem jurídica, ponderamos que, independentemente dos contornos jurídicos que lhe sejam dados, o objetivo à inserção de tal instrumento se dirige à proteção dos direitos dos cidadãos, principalmente contra o próprio poder do Estado.

Analisando-se tais informações em comparação com a ADPF autônoma, ainda que partíssemos de uma concepção do amparo latino-americano ou mesmo europeu, isso não seria empecilho a que seu objeto pudesse corresponder a uma medida de proteção aos direitos dos cidadãos perante a justiça constitucional.

fundamental..., o. cit.; Daniel Sarmiento: “Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental”, o. cit.; Gilmar Mendes: *Arguição de descumprimento de preceito fundamental...*, o. cit., apresentação. Pedro Lenza: *Direito constitucional esquematizado*, o. cit.

⁵⁵ Gilmar Mendes: *Arguição de descumprimento de preceito fundamental...*, o. cit.

⁵⁶ Gilmar Mendes: “Evolução do direito constitucional brasileiro...”, o. cit.

⁵⁷ Gilmar Mendes: *Arguição de descumprimento de preceito fundamental...*, o. cit.; Frederico Gomes: *Arguição de descumprimento de preceito fundamental...*, o. cit.

⁵⁸ Alexandre Freire: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental: origem e perspectivas”, em *Revista da Universidade Federal do Paraná*, a. 33, v. 35, Curitiba, 2001. p. 210. Nesse sentido, o autor cita Rothenburg: “[...] em sua dimensão política, a arguição de descumprimento de preceito fundamental visa desenvolver o processo de verticalização do controle de constitucionalidade das leis como forma de proteger os interesses governamentais [...]”.

⁵⁹ Walter Rothenburg: “Arguição de descumprimento de preceito fundamental”, o. cit.; Alexandre Moraes: “Comentários à Lei 9.882/99...”, o. cit.; Elival Ramos: “Arguição de descumprimento de preceito fundamental...”, o. cit.

⁶⁰ Art. 1º, caput, da Lei 9.882/99.

É claro que temos consciência de que a expressão “preceito fundamental” não garantiria a mesma proteção que um recurso de amparo dispõe aos direitos.

Ao contrário: a tutela viabilizada por intermédio da ADPF seria imposta para além do alcance apenas aos direitos consagrados constitucionalmente.

Inclusive, nesse âmbito da disposição a respeito dos preceitos fundamentais não existe entendimento pacífico.

Por um lado, há quem defenda que a Constituição deve ser tida como unidade, tal como já asseveramos, não podendo considerar-se uma norma constitucional em detrimento de outra, levando em conta um suposto caráter de fundamentalidade, assim como se sustenta, em sentido contrário, que somente algumas dessas normas constituiriam preceitos fundamentais em virtude de corresponderem à base da Carta Constitucional.

De qualquer forma, o fato é que não apenas os direitos consagrados na Carta Constitucional, mas também outras normas constitucionais, seriam, necessariamente, amparadas por via da ADPF.

Apesar de a referência a “preceito fundamental” garantir uma tutela para além dos direitos dos cidadãos, alcançando outras normas constitucionais, consideramos que a ADPF autônoma poderia ter sido concretizada como um recurso de amparo.

Ainda que tais normas constitucionais fossem, também, protegidas por intermédio da ADPF, acreditamos que esta poderia prosperar no campo dos direitos a partir do momento em que funcionasse como um instrumento de acesso do cidadão à justiça constitucional para a defesa dos mesmos.

No que toca à ADPF incidental, verificamos que seu objeto passa longe de constituir-se como mecanismo de defesa dos direitos contra atos do Estado e, portanto, como um amparo.

Na verdade, por seu intermédio foram agregadas novas hipóteses de controle concentrado, cabendo ao STF dispor, a partir de então, sobre as relevantes controvérsias constitucionais que dissessem respeito a leis ou atos normativos de qualquer dos entes federativos, inclusive considerando-se atos anteriores à Constituição.

Como se isso não bastasse, vislumbramos que o procedimento da ADPF tem por função principal tornar possível a apreciação de tais questões pelo STF.

Na medida em que a ADPF foi utilizada para viabilizar a inclusão do incidente de inconstitucionalidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro, é claro que seus dispositivos legais teriam que ser direcionados, principalmente, à concretização de tal instrumento processual.

Isso significa que as intenções impulsionadoras da feitura da Lei 9.882/99 são visualizadas nas regras impostas por esta.

Nesse sentido, não poderíamos deixar de referenciar o § 3º do art. 5º da Lei 9.882/99 que, utilizando-se das vestes de medida “cautelar”, autoriza a suspensão de processos, de decisões judiciais ou de outra medida que tenha relação com a matéria objeto da ADPF.

Além disso, os órgãos do Poder Judiciário e a administração pública direta e indireta estarão vinculados à decisão do STF de acordo com o § 3º do art. 10º da Lei 9.882/99, sendo que, por maioria de dois terços dos membros do Tribunal, é permitida, ainda, a restrição dos efeitos ou da eficácia temporal de uma eventual declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo nos termos do art. 11 da mesma lei.

Constatamos, assim, que a Lei 9.882/99 em sua modalidade incidental nada mais representa do que um mecanismo processual de combate à repetição ou multiplicação de processos encaminhados ao STF, que controvertam sobre a mesma questão constitucional.

4.2. Acesso à justiça constitucional

Conforme salientamos anteriormente, a ADPF autônoma poderia ter sido determinada como um processo dirigido à proteção dos direitos consagrados constitucionalmente perante a justiça constitucional.

Entretanto, não há como manter tal assertiva levando em conta os objetivos que levaram à regulamentação da ADPF atrelados, conseqüentemente, à forma como fora disposta através da Lei 9.882/99.

Embora, em tese, a referida lei pudesse ter condicionado a ADPF a funcionar como instrumento de defesa dos direitos dos cidadãos, é claro que as intenções políticas por trás desse cenário seriam, incontestavelmente, determinantes.

Isso significa que apesar de a doutrina ter saudado, em princípio, a possibilidade de o cidadão aceder ao STF para proteger seus direitos, na prática isso não aconteceu.

Alguns artigos constantes do projeto que posteriormente deu origem à legislação infraconstitucional, concernente à arguição de descumprimento, foram vetados.

Restou, assim, a somente alguns legitimados a faculdade de interporem a referida ação, sendo que, curiosamente, tais legitimados correspondem àqueles habilitados à propositura da ADIN e da ADC.

Isso impediu que a ADPF pudesse assumir um papel de amparo aos direitos dos cidadãos,⁶¹ ainda que subsistisse uma maior amplitude no que tange ao seu âmbito de proteção.

O veto do Executivo, confirmado em Congresso Nacional, acabou por inviabilizar qualquer possibilidade de a ADPF autônoma funcionar como um recurso de amparo.

Apesar de o conhecimento e o processamento do amparo europeu estarem diretamente dirigidos ao Tribunal Constitucional, enquanto que na América Latina se divide tal competência entre os juízes, tribunais ordinários e Corte Suprema ou Constitucional, garante-se a qualquer pessoa lesada a possibilidade de defender seus direitos.

Há que se registrar, também, que tal processo se instrumentaliza perante a justiça constitucional.

Isso faz com que o recurso de amparo se diferencie dos demais instrumentos eventualmente dirigidos à proteção dos direitos consagrados constitucionalmente.

Nesse sentido, consideramos que o amparo cumpre, não apenas uma função de defesa dos direitos dispostos na Carta Constitucional, mas também de garantia aos cidadãos.

Isso faz com que se imponha, necessariamente, a habilitação do próprio lesado, uma vez que tal recurso tem como papel fundamental permitir que qualquer pessoa possa

⁶¹ Carlos Morais: "Fiscalização de constitucionalidade e garantia dos direitos fundamentais..."; o. cit.; Álvaro Cruz: *Jurisdição constitucional democrática...*, o. cit.; Alexandre Moraes: "Comentários à Lei 9.882/99..."; o. cit.; Ives Martins: "Aspectos do controle concentrado de constitucionalidade", em *Revista do Advogado*, a. 23, n° 73, São Paulo, 2003.

recorrer à justiça constitucional, em último caso e subsistindo a violação, para defender seus direitos.

Nesse sentido, a possibilidade de a ADPF operar como um recurso de amparo foi definitivamente excluída com a desconsideração de o cidadão aceder ao STF visando a tutela das eventuais ameaças ou lesões a seus direitos perpetradas por atos dos Poderes Públicos.

Por outro lado, impende registrar que o afastamento dos cidadãos fez com que a ADPF fosse constituída através da Lei 9.882/99 apenas como uma ação de controle concentrado, tal como as demais existentes no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam: ADIN, ADC, etc.⁶²

Isso se confirma, inclusive, levando em conta as discussões a respeito do significado e alcance da subsidiariedade da medida.

A partir da sua regulamentação e, conseqüentemente, dos contornos jurídicos que lhe foram dados, fazia-se necessário desvendar a expressão “qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”.

Embora tal requisito tivesse sido considerado em proximidade ao adotado para o recurso de amparo,⁶³ não faria sentido impor esgotamento de instâncias, demais remédios jurídicos, etc., uma vez que a ADPF não tinha sido direcionada, na prática, para a proteção de direitos, mas para funcionar como instrumento de contenção de processos.

Na medida em que a ADPF subsistiu através da Lei 9.882/99 apenas como uma ação de controle concentrado, seu afastamento passou a pressupor as demais ações até então existentes.

Em função disso, era crível cogitar-se de um processo de comparação entre os objetos de tais ações no sentido de que a coincidência entre, por exemplo, a ADIN e a ADPF, justificasse o afastamento da segunda.⁶⁴

Levando em consideração o caráter subsidiário da ADPF, a sobreposição de hipóteses de controle concentrado de constitucionalidade importaria a inutilização desta em detrimento de outras ações.

Isso significa que se impõe uma articulação do sistema de controle da constitucionalidade por meio da Lei 9.882/99, de forma que a partir de então os legitimados do art. 103 da Constituição de 1988 se encontravam habilitados à propositura da ADIN, ADC, etc., permanecendo a interposição da ADPF somente para as hipóteses que não estivessem incluídas no objeto das referidas ações.

⁶² Álvaro Cruz: *Jurisdição constitucional democrática...*, o. cit.

⁶³ Walter Rothenburg: “Arguição de descumprimento de preceito fundamental”, o. cit.; Gilmar Mendes: “Arguição de descumprimento de preceito fundamental: Demonstração de inexistência de outro meio eficaz”, em *Revista Jurídica Virtual*, vol. 2, nº 13, Brasília, 2000. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_13/argui-des.htm> (28/9/2011).

⁶⁴ Daniel Sarmento: “Apontamentos sobre a Arguição de descumprimento de preceito fundamental”, o. cit.; Gilmar Mendes: *Arguição de descumprimento de preceito fundamental...*, o. cit.; Gilmar Mendes: “Arguição de descumprimento de preceito fundamental: Demonstração de inexistência de outro meio eficaz”, o. cit.; Alexandre Freire: “A Arguição de descumprimento de preceito fundamental...”, o. cit.; Lenio Streck: “Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional...”, o. cit.; Gilmar Mendes: “Evolução do direito constitucional brasileiro...”, o. cit.

Nesse sentido, afinal, a regulamentação da ADPF por intermédio da Lei 9.882/99 foi completamente mal sucedida quanto à proteção dos direitos.

Levando-se em consideração todo o cenário de concretização da referida lei, dirigido à inclusão de um incidente de inconstitucionalidade que pudesse viabilizar certos interesses, bem como alguns vetos presidenciais apostos e posteriormente aprovados no Congresso Nacional, o fato é que nada restou à defesa dos direitos consagrados na Constituição de 1988 depois da sua aprovação.

5. Conclusões

Com relação ao recurso de amparo, temos que este constitui um verdadeiro processo de defesa dos direitos perante a justiça constitucional.

É claro que cada país imporá a sua medida de proteção, isto é, os direitos passíveis de tutela, os atos contra os quais se concederá amparo, o órgão competente para seu conhecimento e julgamento, etc.

Na Europa, visualizamos um amparo bem delimitado em função de uma proteção dirigida aos direitos fundamentais; isto é: uma classe de direitos considerados essenciais dentro da ordem jurídica.

Embora qualquer pessoa possa utilizar-se de tal recurso, este se encontra disposto diretamente contra os atos estatais e, somente por via de exceção, aos privados.

O amparo ultrapassa sua função de garantir uma tutela ao sujeito lesado para constituir-se, também, em defesa da própria ordem jurídica.

Esse é, sem dúvida, o grande pilar que sustenta a compreensão do amparo tanto em Alemanha quanto em Espanha.

Na América Latina, por sua vez, os pressupostos que levam à viabilidade do recurso são menos rígidos, a começar pela previsão de proteção a todos os direitos consagrados constitucionalmente, o que faz com que alguns países ultrapassem tal disposição para além destes, levando em conta outras leis, tratados internacionais ou mesmo o fato de corresponderem à pessoa humana.

Além disso, o amparo é utilizado contra os atos não apenas advindos do Estado, mas, em igual medida, dos privados.

Tudo isso nos leva a crer que o amparo, nesse cenário, se dirige principalmente à proteção do próprio sujeito lesado.

Ainda que existam, como é óbvio, certos pressupostos que garantirão o acesso à justiça constitucional, o amparo latino-americano se volta à esfera daquele que se encontra lesado em seus direitos.

Inseridas tais informações em confronto com a ADPF incidental, não há dúvidas de que esta corresponde única e exclusivamente à procedimentalização de um incidente como medida processual de contenção de processos.

No caso da ADPF autônoma, à partida esta poderia ter sido constituída como medida de proteção, levando em conta seu objeto a partir da Lei 9.882/99.

Contudo, a regulamentação da ADPF fora disposta completamente às avessas de qualquer objetivo que estivesse ligado à proteção de direitos, tal como o recurso de amparo,

afastando-se, inclusive, o cidadão, em virtude do veto presidencial confirmado em Congresso Nacional.

O pensamento que levou à regulamentação desta jamais passou pela proteção ou defesa aos direitos dos cidadãos.

Isso fica claro, não apenas pela forma como se encontra disposta pela Lei 9.882/99 mas, também, levando em conta o veto presidencial que, definitivamente, impediu que, na prática, esta pudesse, ao menos, funcionar como um recurso de amparo.

6. Referências

- AMARAL, Maria Lúcia. “Problemas da judicial review em Portugal”, em *Revista de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, v. VI, t. 10, 2005, p. 67-90.
- “Justiça constitucional, proteção dos direitos fundamentais e segurança jurídica, ou que modelo de justiça constitucional melhor protege os direitos fundamentais?”, em *Anuário Português de Direito Constitucional*, v. II, 2002, p. 11-22.
- ARGÜELLO, Francisco Rosales. “El recurso de amparo y lo contencioso administrativo”, em *Revista del Poder Judicial de Nicaragua*, ano 6, n° 26, 2001, p. 44-54.
- BASTOS, Celso Ribeiro; Aléxis Galiás de Souza VARGAS. “A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a advocatária”, em *Revista Jurídica Virtual*, v. 1, n° 8, Brasília, 2000, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_08/arg_descump_Celso.htm> (28/9/2011).
- BOTELHO, Catarina Santos. *A tutela directa dos direitos fundamentais: avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional*, Coimbra: Almedina, 2010.
- BREWER-CARIAS, Allan R. “El amparo a los derechos y libertades constitucionales (una aproximación comparativa)”, em *Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, t. III, Madri, 1993, p. 2695-2748.
- CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. “A arguição de descumprimento de preceito fundamental: instrumento de tutela do condicionamento constitucional: leis financeiras e plano plurianual”, em *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n° 41, Belo Horizonte, 2002, p. 253-270.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra: Almedina, 2003.
- CARDINAL, Paulo. “O amparo de direitos fundamentais no direito comparado e no ordenamento jurídico de Macau”, em *Revista Jurídica de Macau*, v. 3, n° 1, 1996, p. 51-92.
- CARNOTA, Walter F. “Dos visiones constitucionales divergentes sobre el amparo: los casos argentino y español. Cuestiones constitucionales”, em *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, t. 9, 2003, p. 55-65.
- CARPISO, Jorge. “Derecho constitucional latinoamericano y comparado”, em *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 10, Madri, 2006, p. 73-108.
- CETINA, Rafael Coello. “El juicio de amparo directo como medio de control de la constitucionalidad de las reglas generales administrativas”, em Eduardo FERRER MAC-GREGOR: *Derecho Procesal Constitucional*, t. I, 2003, p. 689-722.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*, Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. “O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (leis n° 9.868, de 10 de novembro e n° 9.882, de 3 de dezembro de 1999)”, em *Revista de Direito Administrativo*, n° 220, Rio de Janeiro, 2000, p. 1-17.

- FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. “A arguição de descumprimento de preceito fundamental: origem e perspectivas”, em *Revista da Universidade Federal do Paraná*, a. 33, v. 35, Curitiba, 2001, p. 205-218.
- GENEROSO HERMOSO, Flor e outros. *Prática del recurso de amparo constitucional*, Madri: Edigener, 1994.
- GIRALT, Manuel Arturo Montecino. “Tendencias actuales del amparo en El Salvador en lo relativo a los actos susceptibles de control”, em *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, ano 13, t. I, Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2007, p. 399-418.
- GODOY, Mario Aguirre. “Proceso constitucional de amparo en Guatemala”, em Eduardo FERRER MAC-GREGOR: *Derecho procesal constitucional*, t. III, 2003, p. 1943-1967.
- GOMES, Frederico Barbosa. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: uma visão crítica*, Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- HABERLE, Peter. “O recurso de amparo no sistema germânico de justiça constitucional”, em *Sub Judice*, t. 20/21, 2001, p. 33-64.
- HARO, Ricardo. “A medio siglo de la creación de la acción de amparo en la República Argentina”, em *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 12, Madri, 2008, p. 427-458.
- LANDA, César. “El amparo en el nuevo Código Procesal Constitucional peruano”, em *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, ano 11, t. II, Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 361-384.
- LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de. “El debate sobre el nuevo amparo mexicano. El concepto de auto-ridad para los efectos del amparo”, em *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 7, 2003, p. 539-557.
- LAZZARINI, José Luis. “El juicio de amparo”, em *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, t. 4, 2000, p. 211-220.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*, São Paulo: Saraiva, 2008.
- MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. “El amparo iberoamericano (estudio de derecho procesal constitucional comparado)”, em *Revista de Processo*, ano 32, n° 143, 2007, p. 79-114.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. “Aspectos do controle concentrado de constitucionalidade”, em *Revista do Advogado*, a. 23, n° 73, São Paulo, 2003, p. 84, p. 82-88.
- MELO, Carlos Antonio de Almeida. “A arguição de descumprimento de preceito fundamental e o horizonte interpretativo da Constituição”, em *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, a. 33, v. 36, Curitiba, 2001, p. 105-135.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: comentários à Lei n. 9.882, de 3.2.999*, São Paulo: Saraiva, 2007.
- “Evolução do direito constitucional brasileiro e o controle da constitucionalidade da lei”, em *Temas de Integração*, n° 21, 2006, p. 35-98.
- “Arguição de descumprimento de preceito fundamental: parâmetro de controle e objeto”, em *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei n° 9.882/99*, São Paulo: Atlas, 2001, p. 128-149.
- “Arguição de descumprimento de preceito fundamental: demonstração de inexistência de outro meio eficaz”, em *Revista Jurídica Virtual*, vol. 2, n° 13, Brasília, 2000, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_13/argui-des.htm> (28/9/2011).
- “Arguição de descumprimento de preceito fundamental (I) - (§ ° do Art. 02 da Constituição Federal)”, em *Revista Jurídica Virtual*, v. 1, n° 7, Brasília, 1999, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_07/arguiacao.htm> (28/9/2011).
- MESA, Vladimiro Naranjo. “Diez años de la Corte Constitucional Colombiana”, em *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 5, 2001, p. 277-290.
- MEYER-PFLUG, Samantha. “Da eficácia das decisões na arguição de descumprimento de preceito fundamental”, em *Revista do Advogado*, a. 23, n° 73, São Paulo, 2003, p. 189-198.

- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- *Manual de Direito Constitucional*, t. III. Coimbra Editora, 2000.
- MORAES, Alexandre de. “Comentários à lei 9.882/99 – Arguição de descumprimento de preceito fundamental”, em *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*, São Paulo: Atlas, 2001, p. 15-37.
- MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional. O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*, t. II. Coimbra: Coimbra Ed., 2005.
- “Fiscalização de constitucionalidade e garantia dos direitos fundamentais: apontamento sobre os passos de uma evolução subjetivista”, em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, v. 5, Coimbra, 2003, p. 85-111.
- *Justiça Constitucional. Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade*, t. I, Coimbra: Coimbra Ed., 2002.
- MORELLO, Augusto M. “La reglamentación del amparo según el senado de la nación”, em Eduardo FERRER MAC-GREGOR: *Derecho procesal constitucional*, t. III, 2003, p. 2855-2868.
- MORETTO, Renata Cristina. “As semelhanças e distinções entre o mandado de segurança no direito brasileiro e o recurso de amparo perante o Tribunal Constitucional alemão”, em *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 16, nº 64, 2008, p. 283-295.
- MOTILLA, Carmen Senes. *La via judicial previa al recurso de amparo*, Madri: Civitas, 1994.
- NOVAIS, Jorge Reis. “Em defesa do recurso de amparo constitucional (ou uma avaliação crítica do sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade)”, em *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, v. VI, t. 10, 2005, p. 91-117.
- *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004.
- PRAELI, Francisco José Eguiguren. “El amparo como proceso ‘residual’ en el Código Procesal Constitucional peruano. Una opción riesgosa pero indispensable”, em *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, ano 13, t. I, Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2007, p. 371-397.
- RAMOS, Elival da Silva. “Arguição de descumprimento de preceito fundamental: delineamento do instituto”, em *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*, São Paulo: Atlas, 2001, p. 109-127.
- REYES, Manuel Aragón. “Relaciones Tribunal Constitucional – Tribunal Supremo”, em *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, ano I, nº 2, Lima: Palestra, 2005, p. 139-145.
- Algunas consideraciones sobre el recurso de amparo, em Eduardo FERRER MAC-GREGOR: *Derecho procesal constitucional*, t. III, 2003, p. 1969-2002.
- ROJAS, Jorge A. “Un ‘nuevo molde’ para el amparo”, em Eduardo FERRER MAC-GREGOR: *Derecho procesal constitucional*, t. IV, 2003, p. 3067-3086.
- ROSADA, Carlos Rafael Rodrigues-Cerna. “Crítica a la iniciativa de reformas a la Ley de Amparo guatemalteca”, em *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 13, t. I, Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2007, p. 419-437.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. “Arguição de descumprimento de preceito fundamental”, em *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*, São Paulo: Atlas, 2001, p. 198-238.
- SARMENTO, Daniel. “Apontamentos sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental”, em *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*, São Paulo: Atlas, 2001, p. 85-108.
- SEGADO, Francisco Fernández. “El control de la constitucionalidad en Iberoamérica: sus rasgos generales y su génesis en el pasado siglo”, em *Perspectivas Constitucionais – nos 20 anos da Constituição de 1976*, v. 2, Coimbra Editora, 1997, p. 965-1014.
- SOLANO, Mario. “La jurisdicción constitucional en El Salvador”, em *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 11, Madri, 2007, p. 339-367.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do Direito*, Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2002.

— “Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de efetividade da constituição brasileira”, em *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. XLI, t. 2, 2000, p. 867-886.

TAVARES, André Ramos. “Arguição de descumprimento de preceito fundamental: aspectos essenciais do instituto na constituição e na lei”, em *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882/99*, São Paulo: Atlas, 2001, p. 38-76.

— *Tratado de arguição de preceito fundamental: (Lei n. 9.868/99 e Lei 9.882/99)*, São Paulo: Saraiva, 2001.

TREMP, Pablo Pérez. “El recurso de amparo en el ordenamiento español”, em *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*, ano I, n.º 2, 2005, p. 149-162.

— “La justicia constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina”, em *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, t. 1, 2003, p. 29-39.

Víctor Bazán (Argentina)*

El hábeas data, su autonomía respecto del amparo y la tutela del derecho fundamental de autodeterminación informativa

RESUMEN

En el presente trabajo el autor argumenta que el hábeas data es un proceso constitucional autónomo, independiente del amparo, por lo que no debe considerársele subalterno o una subespecie de este. Sostiene además que el principal objetivo tuitivo del hábeas data es el derecho fundamental de autodeterminación informativa, al que concibe como un derecho sustancial (con materialidad propia) y, a su vez, como derecho instrumental de otras facultades y libertades. Se aproxima a tales cuestiones por medio de un análisis de derecho comparado latinoamericano, en sus vertientes constitucional, subconstitucional y jurisprudencial, constata el estado de la cuestión *de lege lata* y efectúa algunas aportaciones en concepto *de lege desiderata*.

Palabras clave: hábeas data, derecho comparado, amparo, América Latina, proceso constitucional, protección de datos personales, jurisprudencia, Argentina.

ZUSAMMENFASSUNG

Im vorliegenden Beitrag vertritt der Autor die Auffassung, dass es sich beim Habeas data-Rechtsbehelf um ein in der Verfassung vorgesehenes autonomes Verfahren handelt, das von der Verfassungsbeschwerde unabhängig ist, weshalb es nicht als ihr untergeordnet oder als eine Sonderform angesehen werden kann. Weiterhin ist er der Ansicht, dass der Hauptgegenstand des Habeas data-Schutzes das Grundrecht auf auskunftsbezogene Selbstbestimmung ist, das er als materielles Recht (mit eigener Wesentlichkeit) und zugleich als instrumentelles Recht im Dienste anderer Befugnisse und Freiheiten versteht. Zur Betrachtung dieser Fragen nimmt der Autor eine vergleichende Analyse des lateinamerikanischen Rechts – in seinen Ausprägungen als Verfassungsrecht, der Verfassung

* Profesor titular de Derecho Constitucional y Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina). Fundador y actual director del Instituto de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Derechos Humanos de la misma facultad. Profesor de posgrado y maestría en la Universidad de Buenos Aires, en la Universidad de Palermo (Buenos Aires) y en otras universidades argentinas y extranjeras. <vabmarg@yahoo.com.ar>

untergeordnetes Recht und Rechtsprechung – vor, beschreibt die derzeit geltende Rechtslage und unterbreitet einige Vorschläge im Sinne einer *lex desiderata*.

Schlagwörter: Habeas data, vergleichende Rechtswissenschaft, Verfassungsbeschwerde, Lateinamerika, verfassungsmäßiges Verfahren, Schutz personenbezogener Angaben, Rechtsprechung, Argentinien

ABSTRACT

In this article, the author argues that habeas data is an autonomous constitutional process, independent from the writ of amparo, and thus it must not be considered as having a secondary nature or being a subspecies of amparo. It also states that habeas data's main object of protection is the fundamental right of informative self-determination, conceived as a substantial right (with a materiality of its own) and, at the same time, as an instrumental right with respect to other entitlements and liberties. The article approaches these matters from the perspective of comparative Latin-American law, in its constitutional, sub-constitutional and case law aspects, it evaluates the *lex lata* state of affairs and offers certain contributions as *lex desiderata*.

Keywords: habeas data, comparative law, amparo, Latin America, constitutional process, personal information protection, case law Argentina.

1. El itinerario propuesto

En primer lugar, efectuaremos un repaso pormenorizado del derecho comparado latinoamericano para ver de qué modo se ha venido positivando (principalmente en el plano constitucional) la protección de datos personales y la figura del hábeas data.

A continuación, y abandonando el plano descriptivo, discurriremos sobre la naturaleza jurídica del mencionado instituto. En breves palabras, intentaremos argumentar que se trata de un proceso constitucional autónomo y no de una especie del género del proceso de amparo.

Luego nos detendremos a enfocar, con algún grado de detalle, el bien jurídico que busca proteger el hábeas data. Adelantamos telegráficamente que, en nuestra opinión (que venimos defendiendo desde hace más de una década y media), se trata del *derecho de autodeterminación informativa*, que presenta una doble dimensión: *sustancial* y, a su vez, *instrumental* de otros derechos y libertades.

Finalmente, presentaremos algunas valoraciones conclusivas que se unirán a otras vertidas en el nudo del trabajo que aquí ponemos a consideración.

2. Acercamiento al derecho comparado latinoamericano en relación con la protección de datos personales

2.1. Preliminar

Una visita al derecho comparado latinoamericano revela como elemento fáctico la existencia de un importante movimiento de institucionalización de la protección de los datos personales (datos que, entre otras cosas, son el principal insumo del comercio electrónico) en textos constitucionales y/o en dispositivos subconstitucionales.

Sin embargo, es preciso advertir que no existe absoluta coincidencia en cuanto a la delimitación conceptual del hábeas data ni a su naturaleza y alcance.

Así, puede observarse que en algunos ordenamientos se habla de *acción, garantía o proceso constitucional*, esto es, parecería ponerse énfasis en el *aspecto procesal constitucional* de la cuestión, a través del hábeas data (se emplee o no literalmente esa denominación), mientras que en otros sobresale el aspecto *sustantivo* del problema y se resalta *el derecho a la protección de los datos personales u otros derechos como la intimidad, la privacidad, la imagen, etc.*

Por lo demás, desde la vertiente jurisprudencial de los órganos de cierre de la justicia constitucional latinoamericana viene abriéndose camino, con mayor o menor dosis de contundencia, el reconocimiento del *derecho de autodeterminación informativa como objeto de la cobertura tuitiva del hábeas data.*

2.2. Panorama de los escenarios jurídicos latinoamericanos¹

Transitaremos diversos paisajes jurídicos latinoamericanos, enfocando principalmente aquellos que poseen dispositivos constitucionales referidos a la figura del hábeas data y/o prescripciones referidas al derecho a la protección de los datos personales —autodeterminación informativa, desde nuestra óptica—.

Así, siguiendo la línea cronológica determinada por las fechas de dictado de las respectivas Constituciones o de sanción de las pertinentes reformas constitucionales en el sentido indicado, nos detendremos en los casos de Costa Rica, Guatemala, Brasil, Colombia, Paraguay, Perú, Argentina, Venezuela, Honduras, Panamá, Ecuador, Bolivia, México y República Dominicana.

2.2.1. Costa Rica

a) Si bien no existe precepto constitucional específico referente al hábeas data ni al derecho de autodeterminación informativa, no han faltado voces que deriven dicha cobertura protectoria del artículo 24 de la Constitución (de 1949), que en tal cláusula garantiza

¹ Sobre el tema puede verse Víctor Bazán: “El hábeas data y el derecho de autodeterminación informativa en perspectiva de derecho comparado”, en *Estudios Constitucionales. Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales*, año 3, n.º 2, Universidad de Talca, Chile, 2005, pp. 85-139.

—*inter alia*— el derecho a la intimidad, la libertad, el secreto de las comunicaciones, la inviolabilidad de los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier otro tipo.

b) Más allá de ello, en rigor de verdad lo que del escenario jurídico costarricense² nos interesa examinar primordialmente es el desarrollo jurisprudencial que acerca del derecho de autodeterminación informativa ha forjado la Sala Constitucional (coloquialmente conocida como *Sala IV*) de la Corte Suprema de Justicia.

Hasta donde alcanza nuestra información, el primer pronunciamiento en que la nombrada Sala aludió expresamente al hábeas data, con relación a su existencia y regulación, fue el n.º 4.154-97, donde lo cataloga como una garantía de naturaleza procesal, dirigida a tutelar derechos como el relativo al honor, la intimidad y la dignidad de la persona.

Justamente, Carbajal Pérez destaca que se observan por un lado las sentencias n.ºs 4.154-97 (citada en el párrafo anterior), 7.175-97, 4.347-99 y 5.802-99, que reconocieron la existencia de un derecho a la tutela jurisdiccional privilegiada de los datos personales (hábeas data), desarrollando una serie de principios atinentes al acopio, almacenamiento y empleo de bases de datos, lista que ha sido ampliada y delimitada por diversos fallos posteriores, tales como las sentencias n.ºs 1.345-98, 1.119-00 y 00754-02, *que reconocen expresamente la existencia de un derecho a la autodeterminación informativa y desarrollan en detalle sus postulados esenciales*, en particular los principios de calidad de los datos y de adecuación al fin para el cual fueron obtenidos.³

Según el autor que citamos, esta tríada de sentencias muestra que la Sala Constitucional decidió entender en forma amplia la relación entre el derecho a la intimidad y el principio democrático, observándola como un presupuesto esencial para el ejercicio de otros derechos fundamentales previstos en la Constitución, que definen al ciudadano como una entidad que actúa libre, en relación con otros y desarrollando su plan de vida sin intervenciones estatales o privadas, mientras este plan no entre en contradicción con las bases del sistema.⁴

2.2.2. Guatemala

a) La Constitución Política (de 1985) establece en su artículo 31, bajo la denominación de “Acceso a archivos y registros estatales”:

Toda persona tiene el *derecho* de conocer lo que de ella conste en archivos, fichas o cualquier otra forma de registros estatales, y la finalidad a que se dedica esta información, así como a corrección, rectificación y actualización. Quedan

² Actualmente (mediados de 2011) está a discusión de la Asamblea Legislativa el proyecto de Ley de Protección de la Persona frente al Tratamiento de sus Datos Personales, tramitado en expediente legislativo n.º 16.679, que se encuentra en una avanzada fase del proceso de aprobación legislativa.

³ Marvin Carvajal Pérez: “Tutela constitucional del derecho a la autodeterminación informativa en Costa Rica”, trabajo presentado en el Taller 4, “Libertad de expresión, vida privada e Internet”, del VI Congreso Mundial de Derecho Constitucional, organizado por la Asociación Internacional de Derecho Constitucional, Santiago de Chile, enero de 2003.

⁴ *Ibidem*.

prohibidos los registros y archivos de filiación política, excepto los propios de las autoridades electorales y de los partidos políticos.⁵

Si bien la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad⁶ (LAEPyC) no alude de modo expreso al hábeas data, en caso de denegatoria a operativizar el derecho que esta norma acuerda a toda persona “de conocer lo que de ella conste en archivos, fichas o cualquier otra forma de registros estatales, y la finalidad a que se dedica esta información, así como a corrección, rectificación y actualización”, podría acudirse a la vía del *amparo* en los términos del artículo 10 de la LAEPyC, habilitada —en el caso del inciso *f*— “cuando las peticiones y trámites ante autoridades administrativas no sean resueltos en el término que la ley establece, o de no haber tal término, en el de treinta días, una vez agotado el procedimiento correspondiente; así como cuando las peticiones no sean admitidas para su trámite”.⁷

Pese a que en puridad el hábeas data no está constitucionalmente regulado en Guatemala como garantía constitucional, existe la Ley de Acceso a la Información Pública (LAIP), que fue sancionada por el Congreso de la República el 23 de septiembre de 2008, por medio del decreto n.º 57/2008, normativa publicada el 23 de octubre de ese año. El citado dispositivo legal entró en vigor a los 180 días de su publicación en el *Diario Oficial*.

En el artículo 9.4, la LAIP conceptúa al hábeas data de la siguiente manera:

Es la garantía que tiene toda persona de ejercer el derecho para conocer lo que de ella conste en archivos, fichas, registros o cualquier otra forma de registros públicos, y la finalidad a que se dedica esta información, así como a su protección, corrección, rectificación o actualización. Los datos impersonales no identificables, como aquellos de carácter demográfico recolectados para mantener estadísticas, no se sujetan al régimen de hábeas data o protección de datos personales de la presente ley.

Asimismo, la LAIP dedica su capítulo VI (del título Primero), que discurre entre los artículos 30 a 35, a tratar distintas cuestiones sobre el hábeas data, a saber:

- las obligaciones de los sujetos responsables de los datos personales (artículo 30);
- la exigencia del consentimiento expreso y por escrito de los individuos a que haga referencia la información, para que los sujetos obligados puedan difundir, distribuir o comercializar los datos personales contenidos en los sistemas de información desarrollados en el ejercicio de sus funciones, y la prohibición expresa de

⁵ Cursiva añadida. El tema tratado en tal precepto constitucional se menciona en *Gaceta* n.º 57, expediente n.º 438-2000, p. 647, sentencia de 27 de septiembre de 2000 de la Corte de Constitucionalidad guatemalteca (cf. *Constitución Política de la República de Guatemala y su interpretación por la Corte de Constitucionalidad*, Guatemala: Corte de Constitucionalidad, 2005, p. 42).

⁶ Dictada el 8 de enero de 1986 para entrar en vigor el 14 de enero de ese año, según el artículo 195 de la propia Ley.

⁷ Cf. Gerardo Prado: “La jurisdicción constitucional: un estudio comparativo de los casos de Guatemala y Perú”, en José F. Palomino Manchego (coord.): *El derecho procesal constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*, t. 1, Lima: Grijley, 2005, p. 737.

comercializar por cualquier medio los datos sensibles o datos personales sensibles (artículo 31);

- los casos en que no se requerirá el consentimiento del titular de la información para proporcionar los datos personales (artículo 32);
- las pautas para el acceso a los datos personales (artículo 33);
- los lineamientos para la modificación de los datos personales contenidos en cualquier sistema de información por parte de sus titulares o los representantes legales de estos (artículo 34), y
- la procedencia de la interposición del recurso de revisión previsto en la LAIP en el supuesto de negativa a entregar o corregir datos personales (artículo 35).

b) De su lado, y como ejemplo de la praxis jurisprudencial guatemalteca, es interesante colacionar aquí lo resuelto por la Corte de Constitucionalidad en la apelación de sentencia de amparo en el expediente 1.356-2006, del 11 de octubre de 2006 (esto es, antes de la entrada en vigencia de la LAIP), donde efectuó una interesante aproximación conceptual al *derecho de autodeterminación informativa*.

En tal sentencia expresó que en una Constitución finalista, como la vigente en Guatemala, “que propugna por el reconocimiento de la dignidad humana como su fundamento, no puede obviarse que los derechos fundamentales reconocidos en dicho texto no son los únicos que pueden ser objeto de tutela y resguardo por las autoridades gubernativas. Existen otros derechos que por vía de la incorporación autorizada en el artículo 44 de la Constitución Política de la República o de la recepción que también autoriza el artículo 46 del texto matriz, también pueden ser objeto de protección, atendiendo, como se dijo, su carácter de inherentes a la persona humana, aun y cuando no figuren expresamente en este último texto normativo”.⁸

Añadió:

Del derecho al reconocimiento de la dignidad humana, implícitamente garantizado, entre otros, en los primeros cinco artículos de la Constitución Política de la República, dimanán, por el contenido esencial de este derecho, aquellos relacionados a la intimidad, al honor y a la privacidad, los cuales, en su conjunto, *también garantizan la existencia y goce de otro derecho: el referido a la autodeterminación informativa*.⁹

Asimismo, puntualizó:

Los avances de la tecnología informática generan a su vez una dificultad en cuanto a proteger adecuadamente el derecho a la intimidad y a la privacidad de una persona individual. *Una solución a esa problemática ha sido la de reconocer el derecho a la autodeterminación informativa del individuo, cuyo goce posibilita a éste un derecho de control sobre todos aquellos datos referidos a su persona y, a su vez, le garantiza la tutela debida ante un uso indebido (es decir, sin su autorización) y con fines de lucro, por parte de un tercero, de todos aquellos datos personales susceptibles*

⁸ Considerando III.

⁹ *Ibíd*em, cursivas añadidas.

de tratamiento automatizado, con los cuales se integra una información identificable de una persona; información que cuando es transmitida a terceras personas sin los pertinentes controles que permiten determinar su veracidad o actualización, puedan causar afectación del entorno personal, social o profesional de esa persona, causando con ello agravio de sus derechos a la intimidad y al honor.¹⁰

Señaló también que, para la debida intelección del respeto al derecho a la *autodeterminación informativa del individuo*, debe tenerse presente que:

i. En la definición de “*dato personal*”, debe considerarse como tales todos aquellos que permitan identificar a una persona, y que posibiliten de ésta la determinación de una identidad que a ella pueda reputarse como propia. Esta determinación puede devenir, por citar algunos ejemplos, de un número de identificación o bien por uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social, etc.;

ii. La protección de la persona respecto de sus datos personales que son objeto de automatización, debe ser consecuencia de la observancia de una obligación general de protección de derechos humanos que resultan particularmente vulnerables, precisamente si tales datos pueden ser objeto de tratamiento a través de tecnología informática. De ahí que toda regulación o disposición que de tales datos se haya de realizar, debe respetar, como condición ineludible, el contenido esencial del derecho a la dignidad humana. En íntima relación con lo anterior, también debe entenderse que la expresión “*protección de datos personales*”, conlleva que el destinatario de la protección antes indicada debe ser la persona cuyos datos personales son objeto de tratamiento automatizado, protección que abarca, en sentido amplio, desde el momento de la obtención de tales datos hasta la utilización para dominio público de aquéllos. Se acota que el alcance de esa protección debe determinarse, en principio, en razón de la trascendencia social o interés social legítimo de esos datos personales;¹¹ y

[...] *iii.* La plena eficacia de este derecho a la autodeterminación informativa debe permitir, a su vez, a la persona: a) el derecho a la actualización de sus datos; b) el derecho a la rectificación por información errónea, incompleta o inexacta de sus datos; c) el derecho a la reserva (confidencialidad) de cierta información que sobre ella se obtenga, y que aun cuando ésta pueda ser legalmente requerida, se mantenga en grado de confidencialidad para terceras personas ajenas a la situación que motivó el requerimiento; y d) el derecho a la exclusión, en circulación informativa abierta o restringida, de cierta información que pueda considerarse en extremo sensible para el interesado, y que sea producto de noticias o datos que sólo a este último conciernan; exclusión que, para ser admitida, también debe tomar en cuenta los parámetros de trascendencia social o interés social legítimo antes indicados.¹²

¹⁰ *Ibíd.*, cursivas añadidas.

¹¹ Cursivas del original.

¹² *Ibíd.*

Por otra parte, expuso que ante el reconocimiento del derecho de una persona a determinar la existencia o inexistencia de registros o bases de datos en los que consten sus datos personales, y de obtener una rectificación, supresión o eventual bloqueo de estos si en su utilización indebida era posible, en efecto, afectar su intimidad y honor, correspondía determinar la manera en que podía solicitarse la tutela judicial de tales derechos.¹³

Indicó que en la legislación comparada y de acuerdo con la doctrina procesal constitucional moderna, la tutela de tales derechos se hace por medio de la acción procesal denominada *hábeas data*, que en Guatemala [por entonces] no había sido objeto de regulación legal. En tal sentido:

Ante ese vacío legal, y mientras el mismo concorra [...] por la amplitud con la que está establecido el ámbito de conocimiento del amparo, este último resulta ser la acción constitucional idónea para garantizar el derecho que a toda persona asiste de acceder a su información personal recabada en bancos de datos o registros particulares u oficiales [...], o cuando esos datos sean proporcionados por personas individuales o jurídicas que prestan un servicio al público de suministro de información de personas, a fin de positivar aquellos derechos de corregir, actualizar, rectificar, suprimir o mantener en confidencialidad información o datos que tengan carácter personal, y así garantizar el adecuado goce de los derechos reconocidos en los artículos 4º, 28 y 31 de la Constitución Política de la República.¹⁴

2.2.3. Brasil

a) Este país es pionero en la utilización literal de la expresión *hábeas data*. Incluso se le adjudica el diseño genético de la figura, sosteniéndose que se trata de un *writ* constitucional autóctono. En este sentido, se ha puntualizado:

[...] es creación [...] propiamente nuestra. No tiene un similar específico en el derecho comparado, donde se pueden vislumbrar remedios genéricos que tutelan esa cuestión, mas nunca un remedio determinado, relacionado directamente con la problemática del banco de datos frente al ciudadano.¹⁵

b) Justo es reconocer, entonces, que la Constitución de Brasil (1988) fue la primera en Latinoamérica que, receptando el instituto, empleó la nomenclatura *hábeas data*, siguiendo los efluvios anticipatorios marcados por la ley n.º 824, del 28 de diciembre de 1984, del estado de Río de Janeiro.

Según el artículo 5.LXXII de la Constitución Federal, se concede el *hábeas data*: “a) para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del solicitante, que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público”;

¹³ Considerando iv.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Cf. Diomar Ackel Filho: *Writs constitucionais: habeas corpus, mandado de segurança, mandado de injunção, hábeas data*, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 115.

y “b) para la *rectificación* de datos, cuando no se prefiera hacerlo por procedimiento secreto, judicial o administrativo”.¹⁶

Se ha afirmado que, desde el punto de vista procedimental, en rigor existen dos acciones de hábeas data: 1) si el objeto fuera solamente el de tener acceso a las informaciones, el rito puede ser idéntico al del hábeas corpus y al del *mandado de segurança* [amparo], que permite la concesión de una cautelar, y 2) pero si el fin perseguido fuera la rectificación de informaciones, el procedimiento debe ser otro, de modo de permitir la sustanciación procesal.¹⁷

Por lo demás, la ley n.º 9.507, de 1997, regula el derecho de acceso a las informaciones y el rito procesal del hábeas data.

2.2.4. Colombia

a) La Constitución colombiana (de 1991), en su artículo 15, primer párrafo, reza:

Todas las personas tienen *derecho* a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.¹⁸

El segundo párrafo de tal norma dispone:

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

El hábeas data queda incluido en el capítulo I (“De los derechos fundamentales”) del título II (“De los derechos, las garantías y los deberes”) de la Constitución y, al parecer, se lo diseñó en principio para ser canalizado a través de la acción de tutela (equivalente a lo que conocemos por *proceso de amparo*). Sin embargo, según Cifuentes Muñoz, en rigor, el hábeas data corresponde a un *específico proceso constitucional*, y añade el citado autor que, si bien la Corte Constitucional se ha limitado a conferir a la ubicación de los derechos bajo los mencionados capítulo y epígrafe un valor meramente ilustrativo o indicativo de la naturaleza de determinado derecho —no enteramente conclusivo—, *no se ha puesto jamás en duda que el hábeas data ostente la condición de derecho fundamental*.¹⁹

De su lado, corresponde observar que se dictó la ley estatutaria n.º 1266, publicada en el *Diario Oficial* n.º 47.219, del 31 de diciembre de 2008, que comenzó a regir (según la información a nuestro alcance) el 6 de enero de 2009.

¹⁶ Cursivas añadidas.

¹⁷ Cf. Paulo N. Nogueira da Silva, “Artigo 5º, inciso LXXII”, en Paulo Bonavides, Jorge Miranda y Walber De Moura Agra (coords.): *Comentários à Constituição Federal de 1988*, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 286 (la traducción es nuestra).

¹⁸ Cursivas añadidas

¹⁹ Eduardo Cifuentes Muñoz: “El hábeas data en Colombia”, en *Derecho PUC. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, n.º 51, diciembre de 1997, publicado en 1999, Lima, p. 122.

Precisamente el objeto de dicha ley, tal como reza su artículo 1, es:

[...] desarrollar el derecho constitucional que tienen todas las personas a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos, y los demás derechos, libertades y garantías constitucionales relacionadas con la recolección, tratamiento y circulación de datos personales a que se refiere el artículo 15 de la Constitución Política, así como el derecho a la información establecido en el artículo 20 de la Constitución Política, particularmente en relación con la información financiera y crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países.

El ámbito de aplicación de tal dispositivo legal comprende todos los datos de información personal registrados en un banco de datos, sean estos administrados por entidades de naturaleza pública o privada (artículo 2); se exceptúan los que tienen por finalidad producir la Inteligencia de Estado por parte del Departamento Administrativo de Seguridad (DAS) y de la Fuerza Pública para garantizar la seguridad nacional interna y externa.

b) Finalmente, y en el plano jurisprudencial, mientras en un primer momento la Corte Constitucional encapsuló al hábeas data en el ámbito del derecho a la intimidad (sentencia T-414, de 16 de junio de 1992), luego pasó a adjudicarle una configuración conceptual autónoma y propia como medio de defensa del derecho a la “autodeterminación informática” (sic), conforme sentencia de unificación jurisprudencial SU-082, del 1 de marzo de 1995.²⁰

Por su parte, en pronunciamientos más recientes no ha dudado en ratificar que el artículo 15 constitucional consagra el “derecho fundamental al hábeas data” (véanse, por caso, las sentencias C-993/04, del 12 de octubre de 2004, y C-981/05, del 26 de septiembre de 2005).

2.2.5. Paraguay

a) El artículo 135 de la Constitución (de 1992) literaliza la *garantía constitucional de hábeas data* (parte I, título II, capítulo XII),²¹ puntualizando:

Toda persona podrá *acceder* a la información y a los datos que sobre sí misma, o sobre sus bienes, obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como *conocer* el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá *solicitar ante el magistrado competente la actualización, la rectificación o la destrucción* de aquéllos, si fuesen erróneos o afectaran ilegítimamente sus derechos.²²

A su tiempo, el 28 de diciembre de 2000 se sancionó la ley n.º 1682, que reglamenta la información de carácter privado. Tal norma fue posteriormente modificada por la ley n.º 1969, del 2002.

²⁰ *Ibidem*, pp. 122 y 123.

²¹ Justamente este capítulo se rotula: “De las garantías constitucionales”.

²² *Cursivas añadidas.*

b) Por lo demás, uno de los casos más resonantes en materia de hábeas data fue la acción interpuesta por el Sr. Martín Almada (el 14 de septiembre de 1992, a las 8:10 horas, ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal del Tercer Turno), de resultados de la cual se logró descubrir los archivos secretos de la policía *stronista* (“archivos del terror”).

Como señala Silvero, tales archivos dieron lugar a un Centro de Documentación y Museo (que funciona en la sede de la Corte Suprema de Justicia), en el que se encuentran las pruebas documentales que acreditan que en ese lamentable período las personas no desaparecieron sino que murieron en las cárceles de la dictadura; asimismo, allí está registrada la colaboración intergubernamental durante la Operación Cóndor. Agrega que “ya con eso valió la pena la introducción del hábeas data en la reforma constitucional de 1992”.²³

2.2.6. Perú

a) El texto primigenio de la Norma Básica del Perú (de 1993), en su artículo 200, inciso 3.º, incluye entre las *garantías constitucionales* la acción de hábeas data, que procede contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnere o amenace los derechos consagrados en el artículo 2, incisos 5.º, 6.º y 7.º.

Obviamente, existe una protección densa pues se potencia la acción de hábeas data al declararla articulable contra *cualquier autoridad, funcionario o persona*. Es decir que no limita la posibilidad de incoar esta “acción de garantía” contra archivos o bancos de datos públicos, sino que también envuelve a los privados. Además, el hábeas data es procedente contra *todo hecho u omisión*.

El último tramo de la norma establecía como hipótesis (ya veremos por qué utilizamos el tiempo pretérito) que esa acción u omisión *vulnere o amenace los derechos consagrados en el artículo 2 incisos 5.º, 6.º y 7.º*. Ilustrativamente, recordamos que el inciso 5.º establece el derecho a obtener información —en el plazo legal— de cualquier entidad pública, con excepción de las informaciones que afectan la intimidad personal y las expresamente excluidas por ley o por razones de seguridad nacional. El inciso 6.º fija el derecho a que los servicios informáticos —computarizados o no, públicos o privados—, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar. Por último, el inciso 7.º brinda protección jurídica al derecho al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, a la voz e imagen propias y al derecho de respuesta.

Puede comprobarse que en cierto modo se había hipertrofiado al hábeas data, *incluyendo en su seno al derecho de réplica, rectificación o respuesta*, circunstancia que fue puesta de manifiesto —según enseña García Belaunde— a partir de mediados de agosto de 1993 (es decir, muy poco antes de la sanción de la nueva Constitución) por la oposición política, indicándose que el clima podía inclinar la balanza en el sentido de que el hábeas data fuese usado con motivos políticos y para censurar la prensa.²⁴

²³ Cf. Jorge Silvero, en una opinión sobre el tema que amablemente nos hiciera llegar.

²⁴ Domingo García Belaunde, *Derecho procesal constitucional*, Trujillo (Perú): Universidad César Vallejo e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), Marsol, 1998, p. 84.

Tal exceso normativo impuso posteriormente la necesidad de retirar el nombrado derecho de réplica o rectificación²⁵ del radio de cobertura del hábeas data, a través de una enmienda constitucional que se concretó en la ley n.º 26.470, publicada en el *Diario Oficial El Peruano* el 12 de junio de 1995, urgida por los reclamos de los medios de comunicación y del Colegio de Periodistas del Perú y rematada por una acción de hábeas data deducida en sede penal por el abogado Vladimir Paz de la Barra, pretensión con la que —conforme da cuenta García Belaunde— el actor intentó emplear el instituto en forma exagerada, lo que habría desatado una tormenta política que desembocó en la mencionada reforma, que trajo sensatez.²⁶ El sendero procedimental discurrido por la citada acción de Paz de la Barra concluyó con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia —Sala Constitucional—, emitida el 28 de marzo de 1994, por la que —sin entrar en el fondo de la cuestión— ordenó que la demanda fuera remitida al juez especializado en lo civil de turno.

Al solo efecto ilustrativo, debe recordarse que la previsión constitucional peruana fue posteriormente complementada por la ley n.º 26.301 (dictada el 18 de abril de 1994 por el Congreso Constituyente Democrático y mandada a publicar en mayo de ese año), que regula algunos aspectos de la tramitación procesal del hábeas data y de la acción de cumplimiento. Tal norma fue modificada con la derogación de su artículo 5, inciso *b* (específicamente relacionado con la vía previa en la acción de cumplimiento), por medio de la ley n.º 26.545, del 10 de noviembre de 1995.

A su tiempo, cumple indicar que —en definitiva— aquella ley n.º 26.301 ha quedado actualmente abrogada por la ley n.º 28.237, que aprueba el Código Procesal Constitucional, en vigor desde el 1 de diciembre de 2004.²⁷

b) En el escenario jurídico peruano el movimiento legislativo ha sido particularmente intenso.

Así, pueden mencionarse —sin pretensión de exhaustividad—²⁸: la ley n.º 27.489, del 27 de junio de 2001, que rige las centrales privadas de información de riesgos y de protección al titular de la información; la citada ley n.º 28.237, publicada el 31 de mayo de 2004 y en vigor desde el 1 de diciembre de 2004, que aprueba el Código Procesal Constitucional y que, entre otros institutos, regula específicamente al hábeas data como *proceso constitucional* (véanse los artículos 61 a 65, además de las normas pertinentes a tal figura contenidas en los artículos 1 a 24 que componen el título I del Código, bajo el siguiente rótulo: “Disposiciones generales de los procesos de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento”); la Ley de Firmas y Certificados Digitales (n.º 27.269) y modificatoria (n.º 27.310); la ley que incorpora los delitos informáticos al Código Penal (n.º 27.309); la Ley que modifica el Código Civil permitiendo la utilización de los medios electrónicos

²⁵ Hoy regulado por la ley n.º 26.847, publicada el 28 de julio de 1997, modificatoria de los artículos 1 a 7 de la ley n.º 26.775.

²⁶ García Belaunde: o. cit., pp. 84-85.

²⁷ Sobre el tema, véase Víctor Bazán: “El Código Procesal Constitucional peruano y algunas pautas para orientar la tarea interpretativa de los jueces y el Tribunal Constitucional”, en *El Derecho. Serie Especial: Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 23 de septiembre de 2005, pp. 15-18.

²⁸ Al solo título ilustrativo cabe mencionar que el proyecto de ley sobre la protección de datos personales, presentado por el Ministerio de Justicia y que lleva el n.º 4.079, aún se encuentra en la Comisión de Justicia del Congreso de la República.

para la comunicación de la manifestación de voluntad y utilización de la firma electrónica (n.º 27.291); la Ley de Notificación por Correo Electrónico (n.º 27.419); la Ley de Microformas Digitales (decreto legislativo n.º 681, ley n.º 26.612 y decreto legislativo n.º 827), y la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (n.º 27.806).

c) Para ilustrar alguna vertiente jurisprudencial, relevaremos sucintamente un pronunciamiento reciente del Tribunal Constitucional (TC) del Perú sobre las cuestiones que abordamos en este trabajo.

Nos referimos al reciente fallo de 18 de marzo de 2011, dictado por la Sala Primera del TC en el expediente n.º 0831-2010-PHD/TC, Lima, *Carlos Alberto Fonseca Sarmiento*.

La demanda de hábeas data interpuesta por el actor contra Acelor S. A. C., solicitando que se le ordenara excluir del banco de datos Certicom toda información referida a las deudas crediticias debidamente abonadas a determinadas entidades bancarias y a los montos dinerarios a los que ascienden dichas deudas por consumo mediante el uso de una tarjeta de crédito, y que se suprimiera por falsa la información referida a las deudas en soles y dólares al igual que la información referida a una supuesta deuda con una entidad bancaria, fue rechazada liminarmente en primera instancia y confirmada esta sentencia por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, por considerar esta que existían vías igualmente satisfactorias para la protección del derecho invocado, además de no haberse acreditado debidamente la consignación de datos inexactos por parte de la emplazada.

A su tiempo, planteado el recurso de agravio constitucional, la Sala actuante del TC peruano —por mayoría—²⁹ declaró fundada, en parte, la demanda de hábeas data “por haberse acreditado la violación de los derechos fundamentales a la autodeterminación informativa y a la intimidad”.

El fallo es interesante pues aporta algunas consideraciones útiles en torno al *derecho a la autodeterminación informativa como derecho fundamental* (reconocido —a juicio de la Sala sentenciante— en el artículo 2.6 de la Constitución del Perú) y otras cuestiones referentes al tratamiento de datos personales. Por ejemplo, cuando:

- indica que dicho derecho, “merced a los relativamente recientes avances informáticos de los que su contenido protegido es consecuencia, encuentra un todavía escueto desarrollo en la jurisprudencia constitucional, en particular, y en la jurisprudencia nacional, en general. La ausencia de una importante suma de pronunciamientos consolidados sobre la materia por parte del Tribunal Constitucional impide generar una prognosis razonable y confiable de que ella recibirá el tratamiento que merece en razón de su relevancia *iusfundamental* en las vías ordinarias”;³⁰
- puntualiza que tal “criterio no supone desvirtuar ni desmerecer la función que cumple el Poder Judicial en la protección de los derechos fundamentales. Tan solo implica reconocer que para que la jurisdicción constitucional, en aplicación del artículo 5.º 2 del Código³¹ [Procesal Constitucional] pueda asumirse como

²⁹ Votaron coincidentemente los magistrados Mesía Ramírez y Calle Hayen, con el fundamento de voto del magistrado Beaumont Callirgos.

³⁰ Fundamento Jurídico (FJ) 6.

³¹ Vale recordar que el artículo 5.º, 2, del Código Procesal Constitucional establece que no proceden los procesos constitucionales de tutela de derechos, cuando “[e]xistan vías procedimentales específicas,

incompetente para el tratamiento de determinadas materias vinculadas a los derechos fundamentales, la igual satisfacción en la protección de tales derechos en las vías ordinarias debe encontrarse pragmáticamente garantizada, lo que, a todas luces, no ocurre a la fecha con el derecho a la autodeterminación informativa, por lo que se hace aún necesaria la participación de la jurisdicción constitucional, y singularmente del Tribunal Constitucional, como intérprete y guardián supremo de la Constitución, en las causas relacionadas con su protección”;³²

- señala que una cosa es aceptar que resulte *prima facie* constitucional que las centrales privadas de información de riesgos (CEPIR) “puedan suministrar información vinculada también a deudas oportunamente pagadas, y otra, muy distinta, aceptar que resulte constitucional que dicha información pueda mantenerse en el banco de datos *sine die*”;³³
- puntualiza que una interpretación del artículo 10.d, *ibidem*,³⁴ “con el objeto de no incidir sobre el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la intimidad, más allá de lo estrictamente necesario y de no afectar el derecho fundamental a la autodeterminación informativa, lleva a concluir que las CEPIR están prohibidas de contener en sus bancos de datos o difundir en sus reportes de crédito información referida a deudas que fueron oportunamente pagadas si es que han transcurrido dos años desde la fecha en que se efectuó el pago”;³⁵ y cuando
- expresa que respetar *los derechos fundamentales a la autodeterminación informativa y a la intimidad* “implica no afectarlos desproporcionadamente”, añadiendo que si bien la información con relación a deudas crediticias oportunamente pagadas es idónea para la consecución de la finalidad de permitir a los ciudadanos evaluar la solvencia económica de las personas, vinculada principalmente a su capacidad y trayectoria de endeudamiento y pago, “incluir el monto específico de las deudas cubiertas resulta innecesario, puesto que se puede alcanzar el mismo objetivo, a saber, transmitir a los interesados la condición de *buen pagador* del titular de la información, sin especificar los montos de las deudas honradas. Por el contrario, a criterio del Tribunal Constitucional, la inclusión de dicha información (los montos específicos), sin el consentimiento expreso del titular, lesiona el derecho a la autodeterminación informativa, y el contenido protegido del derecho fundamental a la

igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de hábeas corpus”.

³² FJ 6.

³³ FJ 10. Debe tenerse presente que el artículo 2.b de la ley n.º 27.489 (normativa que, como anticipábamos en el texto, regula las centrales privadas de información de riesgos y de protección al titular de la información), establece que la información de riesgos es “[i]nformación relacionada a obligaciones o antecedentes financieros, comerciales, tributarios, laborales, de seguros de una persona natural o jurídica que permita evaluar su solvencia económica vinculada principalmente a su capacidad y trayectoria de endeudamiento y pago”.

³⁴ Específicamente en la parte que establece que las CEPIR tienen prohibido contener en sus bancos de datos o difundir en sus reportes de crédito “[i]nformación referida al incumplimiento de obligaciones de naturaleza civil, comercial o tributaria, cuando [...] la obligación se haya extinguido y hayan transcurrido 2 (dos) años desde su extinción”.

³⁵ FJ 11.

intimidad, en este caso, concretamente manifestado en el secreto bancario, protegido por el artículo 2.º 5 de la Constitución.³⁶

2.2.7. Argentina

a) En el caso argentino debe recordarse que, si bien en la Ley Fundamental no se ha literalizado expresamente la denominación *hábeas data*, existe unanimidad en la doctrina y en la jurisprudencia en cuanto a la plasmación del instituto en el artículo constitucional 43, párrafo 3.º

Para entender el porqué de la falta de utilización expresa de la denominación *hábeas data* se impone evocar que la ley n.º 24.309,³⁷ que declaró la necesidad de la reforma constitucional argentina que terminó plasmándose en 1994, habilitaba a la Convención Constituyente a debatir la “consagración expresa del *hábeas corpus* y del amparo” (artículo 3.N), sin mencionar al *hábeas data*. A ello cabe añadir un elemento dirimente: en los artículos 6 y 7 de la ley se estableció una fuerte proscripción y una no menos dura sanción nulificante consecuente prefigurada para toda transgresión a las pautas que el Congreso fijaba a la Convención en cuanto a lo que esta podía modificar y al modo como debía hacerlo, bajo pena de nulidad de lo reformado en violación a dichos lineamientos.

En definitiva, el segmento normativo introducido por la innovación constitucional de 1994 establece:

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Por su parte, la ley n.º 25.326,³⁸ de Protección de los Datos Personales (LPDP), dictada para desarrollar la aludida norma constitucional, ha programado expresamente a partir de su artículo 33 la denominada “acción de protección de los datos personales o de *hábeas data*”,³⁹ lo que reafirma lo mencionado *supra* en cuanto a la coincidencia doc-

³⁶ FJ 14, cursivas del original. Sobre este último punto, el TC reenvía a lo resuelto con anterioridad, cuando dejó expuesto que “mediante el secreto bancario y la reserva tributaria, se busca preservar un aspecto de la vida privada de los ciudadanos, en sociedades donde las cifras pueden configurar, de algún modo, una especie de ‘biografía económica del individuo’, perfilándolo y poniendo en riesgo no sólo su derecho a la intimidad en sí mismo configurado, sino también otros bienes de igual trascendencia, como su seguridad o su integridad” (cf. STC 0004-2004-PI, 0011-2004-PI, 0012-2004-PI, 0013-2004-PI, 0014-2004-PI, 0015-2004-PI, 0016-2004-PI, 0027-2004-PI —ACUMULADOS—, FJ 34).

³⁷ Publicada en el *Boletín Oficial (BO)* de 31 de diciembre de 1993.

³⁸ Sancionada el 4 de octubre de 2000 y publicada el 2 de noviembre de 2000 (fue observada por el Poder Ejecutivo, por medio del decreto n.º 995-2000).

³⁹ Cursivas añadidas. Existen otros dispositivos normativos referidos a distintos aspectos de la cuestión, por ejemplo, la ley n.º 26.032 (BO de 17 de junio de 2005) que declara a la búsqueda, la recepción y la difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, comprendidas en la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión.

trinal y jurisprudencial respecto de la denominación identificatoria del citado proceso constitucional.

Por lo demás, la ley fue reglamentada por el decreto n.º 1558, del 29 de noviembre de 2001, publicado el 3 de diciembre de ese año.

b) Desde el plano jurisprudencial, y más allá del caso *Martínez* (al que nos referiremos en otro sector de este trabajo), en el que la Corte Suprema de Justicia fijó su criterio en cuanto a la naturaleza autónoma del hábeas data, dicho tribunal ha emitido diversos pronunciamientos en la materia, aunque por razones de espacio solo nos referiremos someramente a algunos vinculados al acceso a la información personal obrante en archivos, registros, bases o bancos de datos de inteligencia y seguridad del Estado, por ser un tema de gran importancia.

Vale advertir que la Corte tuvo un comienzo en falso. En efecto, en un breve y oscuro fallo en la causa *Suárez Mason, Carlos G.*⁴⁰ (resuelta el 13 de agosto de 1998), la mayoría⁴¹ del tribunal decidió declarar improcedente el recurso extraordinario incoado por la Sra. Aguiar de Lapacó (madre de una persona desaparecida) contra la resolución de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal que había decidido —por mayoría— tener presente la respuesta producida por el Estado Mayor del Ejército relativa al destino de las personas desaparecidas en la jurisdicción dependiente del Primer Cuerpo del Ejército entre los años 1976 y 1983 (lapso en el que discurrió la última dictadura militar), ordenando la prosecución de la causa según su estado, lo que entrañaba una denegatoria de diversas medidas de prueba impetradas en el caso.

Ya en una causa similar en cuanto a la plataforma fáctica, *Urteaga, Facundo Raúl c/ Estado Nacional - Estado Mayor Conjunto de las FF.AA. s/ Amparo Ley 16.986*,⁴² dilucidado por la Corte el 15 de octubre de 1998, las instancias de mérito habían coincidido en cuanto al rechazo de la “acción de amparo de hábeas data” (sic) que el peticionante había articulado contra el Estado Nacional y/o el Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas y/o el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, destinada a “obtener información que exista en los Bancos de Datos de la Secretaría de Informaciones del Estado, Servicio de Inteligencia del Ejército, Servicio de Informaciones de la Armada, Servicios de Informaciones de la Aeronáutica, Servicio de Inteligencia de la Policía Federal, Servicio de

Asimismo, puede traerse a colación la ley n.º 26.529 (BO de 20 de noviembre de 2009), sobre “Derechos del paciente, historia clínica y consentimiento informado”, ámbito en el que el hábeas data se presenta como un útil mecanismo para la protección del derecho del paciente al acceso y a la obtención de su historia clínica.

En la dimensión infralegal puede citarse, también como ejemplo, la disposición n.º 7-2008 (BO de 27 de agosto de 2008) dictada por la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales (autoridad de aplicación de la citada LPDP), por la cual se aprobaron la *Guía de buenas prácticas en políticas de privacidad para las bases de datos del ámbito público* y el texto modelo de *Convenio de confidencialidad*.

⁴⁰ Fallos, 321: 2031.

⁴¹ Integrada por los doctores Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, López y Vázquez. Por su parte, el pronunciamiento recibió las disidencias conjunta de los ministros Petracchi y Bossert e individuales de los doctores Fayt y Boggiano, quienes coincidieron en cuanto a la procedencia del recurso extraordinario y la consecuente revocación del fallo puesto en crisis.

De las posiciones disidentes vale compulsar la elaborada por el doctor Boggiano, quien aportó algunas consideraciones interesantes en cuanto al tema alrededor del cual gira el presente trabajo, aludiendo a la acción de hábeas data contenida en el artículo 43, párrafo 3.º, de la Carta Magna nacional.

⁴² Fallos, 321: 2767.

Informaciones de la Policía de la Provincia de Buenos Aires y Servicio de Inteligencia de la Provincia de Buenos Aires y/o cualquier otro del Estado Nacional, de las Fuerzas Armadas y del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, sobre su hermano Benito J. Urteaga, supuestamente ‘abatido’ el 19 de julio de 1976 en un departamento ubicado en la localidad de Villa Martelli, Partido de Vicente López, Provincia de Buenos Aires [...]” (considerando 2).

No obstante todos los magistrados intervinientes coincidieron en la solución final implementada,⁴³ consistente en hacer lugar al recurso extraordinario y revocar la sentencia puesta en crisis, se torna un poco complicado rearmar uniformemente la estructura del fallo emitido, en virtud de que los diversos votos presentan tanto similitudes cuanto discrepancias.

En consecuencia, a modo de síntesis y para escapar de tal complejidad, solo diremos que, en lo concerniente a la *ruta procesal constitucional* escogida por el actor, los magistrados Nazareno, Moliné O’Connor, Boggiano, Petracchi y Vázquez juzgaron que *la acción de hábeas data era la adecuada*. Por su parte, los doctores Belluscio y López (conjuntamente) y Fayt y Bossert (individualmente) sostuvieron que *la vía procedente era la del amparo*, bien que advirtiendo los dos magistrados citados en último término que *el hábeas data es una forma de amparo*.

En el fondo, el fallo dio testimonio de que el hábeas data podía funcionar como medio para levantar la barrera que obstaculizara proporcionar información en poder del Estado, cuando estuvieran en juego el derecho de acceso a la información, el derecho a la verdad y la necesidad de abrir los archivos de los organismos de seguridad estatales para conocer sobre una de las tantas víctimas dentro de un universo de personas desaparecidas forzosamente.⁴⁴

Es de destacar que la doctrina sentada por la Corte Suprema adquiriría plusvalía pues el pronunciamiento referido fue emitido antes del dictado de la ley reglamentaria del hábeas data, con lo cual exhibió una encomiable actitud aperturista y activista que contrastaba con la censurable sentencia que había proferido en el caso *Suárez Mason*.

Aunque, en rigor de verdad, las repercusiones de la censurable sentencia dictada en esta última causa (que, entre otras cosas, provocó una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos) seguramente mucho tuvieron que ver en el diseño de la solución jurisdiccional impresa en *Urteaga*.

Sea como fuera, el criterio forjado en *Urteaga* fue complementado más tarde por el tribunal *in re Ganora, Mario Fernando y otra s/ hábeas corpus*,⁴⁵ dirimido el 16 de sep-

⁴³ Las posiciones en el Tribunal fueron las siguientes: la moción que encabeza el fallo fue suscrita por los doctores Nazareno y Moliné O’Connor; en voto concurrente conjunto se pronunciaron los ministros Belluscio y López, mientras que en sendas concurrencias individuales lo hicieron los doctores Fayt, Petracchi, Boggiano, Bossert y Vázquez.

⁴⁴ Para ampliar sobre el tema, véase Víctor Bazán, por ejemplo en “El hábeas data y el ejercicio del derecho de autodeterminación informativa dirigido a acceder a archivos, registros o bancos de datos estatales de seguridad y a requerir información sobre personas desaparecidas”, en *Revista Argentina de Derechos Humanos*, año 1, n.º 0, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales y Universidad de Lanús, Ad-Hoc, 2001, pp. 175-205.

⁴⁵ *Fallos*, 322: 2139.

tiembre de 1999, en el que el voto mayoritario⁴⁶ evocó lo decidido en aquella causa en punto a la *operatividad de la acción a falta de norma reglamentaria*.

Así, se resolvió que, en principio, la obtención de información sobre datos de carácter personal obrantes en organismos y fuerzas de seguridad encontraba adecuación legal en la acción de hábeas data, sin perjuicio de que el suministro de tal información pudiera, eventualmente, afectar la seguridad, la defensa nacional, las relaciones exteriores o una investigación criminal, cuestión que en cada caso debería ser invocada por el titular de la institución requerida y —a nuestro juicio— meritada por la autoridad judicial interviniente para determinar si mediaba un interés público relevante para restringir el derecho de autodeterminación informativa o si, por el contrario, no concurría en el caso la trascendencia exigible para relevar al organismo de su obligación de informar.

En aquel momento sostuvimos que la carencia de norma reglamentaria (que se configuraba a la época de tales resoluciones) no enervaba la potencialidad del proceso constitucional analizado. Por el contrario, argumentábamos que la falta de reglamentación enraizada en una omisión legislativa no resultaba oponible al justiciable y, en el interregno hasta el nacimiento de dicho dispositivo legal, el juez —de cara al proceso de hábeas data— debía dotarlo de razonable flexibilidad y expedirse por su admisión cualquiera fuese la vía mediante la cual se lo intentara.⁴⁷

Para cerrar este acercamiento relativo al tema del hábeas data y el derecho de acceso a la información personal obrante en archivos y/o bancos de datos de los órganos de inteligencia y seguridad del Estado, es conveniente traer a colación lo resuelto recientemente por la Corte Suprema en el caso *R. P., R. D. c/ Estado Nacional - Secretaría de Inteligencia del Estado*,⁴⁸ del 19 de abril de 2011.

Básicamente, la plataforma fáctico-jurídica de la causa muestra que el tribunal de segunda instancia había revocado la sentencia de primera instancia, que admitió la acción de hábeas data deducida para acceder a la información que, sobre la persona del demandante, obrara en el Servicio de Inteligencia del Estado (SIDE) desde 1961, y que aquel consideraba necesaria para que la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) le reconociera el período comprendido entre ese año y 1973 como computables para obtener el beneficio jubilatorio.

El órgano de segunda instancia, si bien reconoció el derecho del actor a acceder a los datos requeridos, dispuso que el juez inferior debía previamente intimar al organismo de inteligencia para que remitiese la información.

Planteado el recurso extraordinario federal por el Estado Nacional y denegado por el tribunal de segunda instancia, se articuló la queja directa ante la Corte Suprema, órgano

⁴⁶ La mayoría quedó compuesta por los doctores Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio y López, mientras que los ministros Fayt, Petracchi, Boggiano, Bossert y Vázquez se expidieron por medio de mociones concurrentes individuales.

⁴⁷ Al respecto, véase Víctor Bazán: "Hábeas data, registros de cumplimiento o incumplimiento de obligaciones patrimoniales y saneamiento del crédito: la copa medio llena o medio vacía", *La Ley. Suplemento de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 29 de noviembre de 1999, pp. 1-11; "El hábeas data ante una visión jurisdiccional restrictiva", *La Ley. Suplemento de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 15 de febrero de 1999, pp. 13-21, *passim*.

⁴⁸ Fallos, 334:445. Causa R.755.XLIV. Recurso de hecho.

que —no obstante haberla admitido— confirmó la sentencia apelada en cuanto al fondo de la cuestión.

En este decisorio, por unanimidad,⁴⁹ el alto tribunal determinó que las leyes n.º 25.326 y n.º 25.520⁵⁰ (Ley de Inteligencia Nacional [LIN]) y el decreto n.º 950/2002⁵¹ (reglamentario de la LIN) confieren al actor el derecho de obtener toda la información que pueda existir en la Secretaría de Inteligencia y sea útil para acceder al beneficio jubilatorio que invocaba (considerando 2.º).

Sin embargo, añadió:

[...] para que tal derecho tenga efectiva concreción, la Secretaría se encuentra obligada a manifestar si tiene o no los datos requeridos; y si los tuviese sólo podría negarse a revelarlos en los términos del artículo 17, incisos 1 y 2, de la Ley N° 25.326, vale decir, mediante “decisión fundada [...] en función de la protección de la defensa de la Nación, del orden y la seguridad pública, o de la protección de los derechos e intereses de terceros” (considerando 3.º).

Asimismo, dejó en claro:

[...] los jueces cuentan con la potestad de verificar, a instancias del interesado, si las razones dadas por el organismo justifican la negativa a suministrar la información, para lo cual podrán “tomar conocimiento personal y directo de los datos solicitados asegurando el mantenimiento de su confidencialidad”.⁵²

De su lado, advirtió que la clasificación de la información de los organismos de inteligencia (artículos 23, inciso 2.º, de la ley n.º 25.326 y 16 de la ley n.º 25.520) “no es óbice para que los jueces, a pedido de parte, puedan verificar si está comprometido el interés público y hacer efectiva la garantía del hábeas data” (considerando 4.º).

2.2.8. Venezuela

a) De un recorrido por el artículo 28 de la Ley Fundamental de Venezuela (de 1999) surge que la parte pertinente de su texto dice:

Toda persona tiene derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y a solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquéllos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos.

⁴⁹ Votaron coincidentemente los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Argibay.

⁵⁰ BO del 6 de diciembre de 2001.

⁵¹ BO del 6 de junio de 2002.

⁵² Cf. artículo 40, inciso 2.º, de la ley n.º 25.326); confidencialidad o secreto que también imponen los artículos 17 de la ley n.º 25.520 y 12 del decreto n.º 950/2002 (considerando 2.º).

Según la versión que aporta Henríquez Maionica en torno al texto transcrito en el párrafo anterior, se desprende que toda persona tiene una serie de derechos informáticos, pero como los derechos no se tutelan solos ni son protegidos por otros derechos, su tutela se inserta en las garantías y es, o al menos debe ser, materializada por los jueces, de lo que concluye que la renuncia enunciativa de la garantía de hábeas data no es casualidad sino consecuencia de una fallida técnica legislativa, no por la técnica en sí, sino por el enfoque errático —excesivo literalmente— de los antecedentes normativos del artículo 28 constitucional.⁵³ Añade, en criterio que compartimos, que concebir al hábeas data como una categoría de amparo evoca un desconocimiento de la autonomía que, como garantía, el primero de los nombrados tiene.⁵⁴

b) Por último, ya desde la dimensión jurisdiccional, puede advertirse que algunas características de la tutela de los datos personales según la óptica de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela han sido perfiladas en las sentencias de 23 de agosto de 2000, *Veedores de la Universidad Católica “Andrés Bello”* (expediente n.º 00-2378, sentencia n.º 1.050), y de 14 de marzo de 2001, recaída en el caso *Insaca C. A. vs. Ministerio de Sanidad y Asistencia Social* (expediente n.º 00-1797, sentencia n.º 332), a las que reenviamos.

2.2.9. Honduras

a) El artículo 182 de la Constitución Política (CP) de 1982,⁵⁵ reformado mediante el decreto n.º 243/2003, ha consagrado la “garantía de hábeas data” estipulando que “únicamente puede promoverla la persona cuyos datos personales o familiares consten en los archivos, registros públicos o privados [...]” (cf. parte inicial).

Dentro de ese segmento constitucional, el numeral 2.º determina:

Toda persona tiene el derecho a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté contenida en bases de datos, registros públicos o privados y, en caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla.

b) Por su parte, el texto de la Ley sobre Justicia Constitucional tal como fue sancionado el 20 de enero de 2004 (decreto legislativo n.º 244), fue luego fuertemente modificado durante el proceso de revisión legislativa,⁵⁶ publicándose el texto definitivo en el *Diario Oficial La Gaceta*, n.º 30.792, de 30 de agosto de 2004.

⁵³ Giancarlo Henríquez Maionica: “El hábeas data y el derecho de la persona con trastornos de identidad de género a obtener documentos relativos a su identidad biológica”, *Revista de Derecho Constitucional*, n.º 8, diciembre de 2003, Caracas: Sherwood, p. 70.

⁵⁴ Ídem.

⁵⁵ Decreto n.º 131, del 11 de enero de 1982. El texto constitucional fue publicado en el *Diario Oficial la Gaceta*, n.º 23.612, del 20 de enero de 1982.

⁵⁶ Se ha advertido que fue eliminado del texto legal el *control difuso de constitucionalidad* pese a estar previsto en la Constitución Política (cf. Allan R. Brewer-Carias: “La reforma del sistema de justicia constitucional en Honduras [2004]”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*,

Dicha normativa (en adelante LJC) advierte que las funciones que le “atribuye a la Corte Suprema de Justicia, serán cumplidas por esta a través de la Sala de lo Constitucional, a la cual corresponde la jurisdicción constitucional” (artículo 7).

En síntesis, pueden extraerse las siguientes líneas del escenario jurídico hondureño:

- El artículo 2, LJC, luego de señalar que sus disposiciones se interpretarán y aplicarán siempre de manera que aseguren una eficaz protección de los derechos humanos y el adecuado funcionamiento de las defensas del orden jurídico constitucional; expresa que aquellas “[s]e interpretarán y aplicarán de conformidad con los tratados, convenciones y otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos vigentes en la República de Honduras, tomando en consideración las interpretaciones que de ellos hagan los tribunales Internacionales”.
- Bajo el rótulo de “Reglas especiales de la jurisdicción constitucional” contenidas en el artículo 4, LJC, una de sus pautas (inciso 5) marca que en la tramitación de la acción de hábeas data s (al igual que en la de las acciones de exhibición personal, amparo e inconstitucionalidad) “prevalecerá el fondo sobre la forma, por lo que los defectos procesales *no impedirán la expedita substanciación de los asuntos*”;⁵⁷ y que podrán las partes corregir sus propios errores, siempre que fueren subsanables, e incluso los órganos jurisdiccionales que conozcan del asunto podrán hacerlo de oficio.
- Lo inmediatamente anterior se vincula, en relación con la “acción” de hábeas data, en cuanto a que esta se ejercerá “sin necesidad de poder ni de formalidad alguna, verbalmente o por escrito, utilizando cualquier medio de comunicación, en horas o días hábiles e inhábiles y libres de costas” (artículo 16, LJC, en línea con el artículo 182, CP).
- El citado artículo 4, inciso 3, de la LJC, establece una suerte de orden de prioridad en la tramitación y la resolución de las acciones, determinando en primer lugar al hábeas corpus o exhibición personal, en segundo término al hábeas data, en tercero al amparo y en cuarto lugar a la de inconstitucionalidad. La prelación así establecida, parecería estar en línea con los artículos 25 y 51, *ibidem*.
- La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia conocerá y resolverá del recurso de hábeas data (artículo 9.1, LJC), teniendo la obligación ineludible de proceder de inmediato para hacer cesar cualquier violación a los derechos del honor, intimidad personal o familiar y la propia imagen (artículo 182 de la Constitución).
- En consonancia con lo dispuesto en el artículo 182 tramo introductorio, la LJC en su artículo 13, parte inicial, y en el marco de la efectivización del deber del Estado de garantizar la intimidad de la persona humana —según reza el título de tal regla de la LJC—, establece que únicamente puede promover el hábeas data la persona cuyos datos personales o familiares consten en los archivos, registros públicos o

n.º 4, julio-diciembre de 2005, México D.F.: Porrúa e Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional; por ejemplo, en p. 57, nota a pie de página, y p. 68, nota 3).

Asimismo el citado autor consigna que el sistema hondureño de justicia constitucional, conforme a la normativa de la Constitución, puede considerarse como un sistema mixto o integral que combina el método difuso con el método concentrado de control de la constitucionalidad de las leyes; sin embargo, la LJC rechazó la regulación del sistema como mixto o integral y optó por un sistema de control concentrado (*ibidem*, p. 76 y nota 5).

⁵⁷ Cursivas del original.

privados, teniendo derecho (artículo 13.2, LJC, y artículo 182, numeral 2.º, de la Constitución) a *acceder* a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté contenida en bases de datos, registros públicos o privados y, en el caso de que fuera necesario, *actualizarla, rectificarla y/o enmendarla*.

- En el artículo 40, LJC, denominado “De la substanciación de la acción de hábeas data. Aplicación supletoria”, se establece que en la sustanciación del “recurso” de hábeas data se observará el procedimiento establecido para el hábeas corpus o exhibición personal, para luego agregar: “Las disposiciones que regulan el recurso de exhibición personal o hábeas corpus, se aplicarán, en lo pertinente al procedimiento de hábeas data”.
- Las sentencias dictadas en los procedimientos de hábeas data (al igual que en el hábeas corpus y el amparo) producirán efecto de cosa juzgada solamente entre las partes y en relación con la controversia constitucional planteada (artículo 72, LJC).

c) En definitiva, en el dispositivo legal referido la técnica legislativa no aparece demasiado depurada, pues presenta algunas incoherencias e innecesarias reiteraciones.

También queda en un cono de sombras la especie de orden de prelación en la sustanciación y resolución de las diversas acciones, que sitúa al hábeas data con preferencia respecto del amparo, lo que no deja de ser discutible por el tenor jurídico y axiológico de bienes jurídicos que el amparo protege.

Además, específicamente respecto del hábeas data, verbigracia, no se sigue una línea terminológica coherente ya que se lo denomina indistintamente “garantía”, “acción” o “recurso”, se exige —inconvenientemente— agotar el trámite administrativo correspondiente para poder interponerlo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y se le aplica, en lo pertinente, el procedimiento establecido para el hábeas corpus o exhibición personal, lo cual tampoco aparece como la mejor solución desde el plano procesal, aunque debe admitirse que ello respondería a la lógica de la ley (y de la Constitución), que parece emparentar al hábeas data con el hábeas corpus o exhibición personal, antes que con el amparo.

2.2.10. Panamá

a) El proceso hacia la consagración del hábeas data en el paisaje procesal constitucional panameño comenzó con la ley n.º 6, de 22 de enero de 2002, que lo desarrolló normativamente de manera primigenia. La citada ley, que sanciona normas para —*inter alia*— la transparencia en la gestión pública y el establecimiento de la citada acción de hábeas data, fue publicada en la *Gaceta Oficial*, n.º 24.476, de 23 de enero de 2002.

Más tarde, por medio del acto legislativo n.º 1 de 2004 se materializaron reformas importantes a la Constitución de la República de Panamá (aprobada el 11 de octubre de 1972), que —entre diversas cuestiones— incluyó reglas específicas en la materia objeto de este trabajo.⁵⁸

⁵⁸ Para un acercamiento al tema, véase Rigoberto González Montenegro: “La acción de hábeas data a raíz de las reformas constitucionales”, *Debate. Revista de la Asamblea Nacional de Panamá*, año 6, n.º 14, julio de 2008, Panamá, pp. 57-60.

En síntesis, la “acción de hábeas data” fue primero prefigurada legislativamente y recién después positivada constitucionalmente.

b) El marco constitucional presenta, en particular respecto de lo que puede entenderse ortodoxamente por hábeas data, los siguientes lineamientos:

- Toda persona podrá promover tal acción (que se sustanciará mediante proceso sumario y sin necesidad de apoderado judicial) con miras a garantizar el derecho de acceso a su información personal recabada en bancos de datos o registros oficiales o particulares, cuando estos últimos traten de empresas que prestan un servicio al público o se dediquen a suministrar información (artículo 44, párrafos 1.º y 4.º).
- Por medio de dicha acción se podrá solicitar que se “corrija, actualice, rectifique, suprima o se mantenga en confidencialidad la información o datos que tengan carácter personal” (ibídem, párrafo 3.º).
- La información en cuestión solo podrá ser recogida para fines específicos, mediante consentimiento de su titular o por disposición de autoridad competente con fundamento en lo previsto en la ley (artículo 42, *in fine*).

c) Por su parte, la citada ley 6 de 2002 diseña un conjunto de normas que discurren desde el artículo 17 al 23.

En el segmento que va entre los artículos 17 y 19, se regulan diversos aspectos de la acción de hábeas data que, en lo respectivamente pertinente, abordan las siguientes cuestiones: legitimación para articular la acción y objeto de esta (artículo 17); lineamientos para determinar la competencia para el conocimiento de la acción (artículo 18), y características de la tramitación de esta y aplicación supletoria de las reglas que regulan la acción de amparo de garantías constitucionales (artículo 19).

De su lado, los artículos 20 a 23 están específicamente referidos a las sanciones y responsabilidades personales de los funcionarios. Así, quien incumpla su obligación de suministrar la información requerida por el Tribunal que conoce del “recurso de hábeas data” (sic) incurrirá en desacato y será pasible de multa⁵⁹ e incluso hasta de destitución en caso de reincidencia (artículo 20). También podrá imponérsele multa, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas y penales derivadas del hecho, al funcionario que obstaculice el acceso a la información, destruya o altere un documento o registro (artículo 22). Incluso, la persona afectada por habersele negado el acceso a la información, una vez cumplidos los requisitos y trámites expuestos en la ley, tendrá derecho a demandar civilmente al servidor público responsable por los daños y perjuicios que se le hubieren ocasionado (artículo 21).

d) Finalmente, debe advertirse que en el ámbito jurídico panameño la acción de hábeas data puede también interponerse “para hacer valer el derecho de acceso a la información pública o de acceso libre” (ver artículos 43 y 44, párrafo 2.º, de la Constitución).

Con ello se consagra lo que algunos autores denominan el *hábeas data impropio*. Respectuosamente discrepamos de tal visión doctrinaria, pues desde nuestra mirada el hábeas data se aplica específicamente para ejercer el derecho de autodeterminación informativa

⁵⁹ El monto de las multas establecidas en la ley será remitido a una cuenta especial para la Defensoría del Pueblo dentro de su presupuesto, y destinado a programas de participación ciudadana (art. 23 de la ley).

respecto de datos personales (volveremos sobre el tema) y no para acceder a información pública o de interés colectivo no personal, acerca de la cual la acción o el proceso constitucional específico sería el amparo.

2.2.11. Ecuador

a) La Constitución de 1998, hoy sustituida, regulaba el hábeas data en el artículo 94, poniendo énfasis en el derecho de acceder a los documentos, bancos de datos e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, constaran en entidades públicas o privadas, así como a conocer el uso que se hiciera de ellos y su propósito.

Por su parte, la Ley del Control Constitucional⁶⁰ (vigente en aquel momento) prescribía en su artículo 34 que las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que desearan tener acceso a documentos, bancos de datos e informes que sobre sí mismas o sus bienes estuvieran en poder de entidades públicas, de personas naturales o jurídicas privadas, así como conocer el uso y la finalidad que se les hubiera dado o se les estuviera por dar, podrían interponer el “*recurso de hábeas data*” para requerir las respuestas y exigir el cumplimiento de las medidas tutelares prescritas en la ley, por parte de las personas que poseyeran tales datos o informaciones.

b) Ya la Carta Política actualmente en vigor,⁶¹ luego del referéndum del 28 de septiembre de 2008, dentro del capítulo de “Garantías jurisdiccionales” establece en el artículo 92, bajo el rótulo de “*Acción de hábeas data*”, lo siguiente:

Toda persona, por sus propios derechos o como representante legitimado para el efecto, tendrá derecho a conocer de la existencia y a acceder a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, en soporte material o electrónico. Asimismo tendrá derecho a conocer el uso que se haga de ellos, su finalidad, el origen y destino de información personal y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos.

Las personas responsables de los bancos o archivos de datos personales podrán difundir la información archivada con autorización de su titular o de la ley.

La persona titular de los datos podrá solicitar al responsable el acceso sin costo al archivo, así como la actualización de los datos, su rectificación, eliminación o anulación. En el caso de datos sensibles, cuyo archivo deberá estar autorizado por la ley o por la persona titular, se exigirá la adopción de las medidas de seguridad necesarias. Si no se atendiera su solicitud, ésta podrá acudir a la jueza o juez. La persona afectada podrá demandar por los perjuicios ocasionados.

A su tiempo, se dictó la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional,⁶² derogatoria de la citada la Ley del Control Constitucional.

⁶⁰ Promulgada el 2 de julio de 1997.

⁶¹ La Asamblea Constituyente ecuatoriana se instaló el 30 de noviembre de 2007 y finalizó su labor el 25 de julio de 2008, habiendo diagramado una extensa Carta Política de 444 artículos, 30 disposiciones transitorias, 1 disposición derogatoria y 1 disposición final.

⁶² *Registro Oficial*, n.º 52, 22 de octubre de 2009, 2.º Suplemento.

En el título II: “Garantías jurisdiccionales de los derechos constitucionales”, específicamente en el capítulo VI, bajo la denominación de “Acción de hábeas data”, se despliegan los artículos 49 a 51, que respectivamente se refieren al objeto, el ámbito de protección y la legitimación activa de tal acción.

Para finalizar, y a modo de bosquejo de las líneas salientes de tal cuadro normativo, puede señalarse:

- El objeto de la acción es garantizar judicialmente a toda persona el acceso a los documentos, datos genéticos, bancos o archivos de datos personales e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, estén en poder de entidades públicas o de personas naturales o jurídicas privadas, en soporte material o electrónico.
- Asimismo, puede emplearse para activar el derecho de toda persona a conocer el uso que se haga de dicha información, su finalidad, el origen y destino, y el tiempo de vigencia del archivo o banco de datos.
- El titular de los datos podrá solicitar al responsable del archivo o banco de datos, el acceso sin costo a la información antes referida, así como la actualización de los datos, su rectificación, eliminación⁶³ o anulación.
- La acción podrá ser interpuesta (por toda persona, natural o jurídica, por sus propios derechos o como representante legitimado para el efecto) cuando: a) se niega el acceso a la información; b) se niega la solicitud de actualización, rectificación, eliminación o anulación de datos que fueren erróneos o afecten sus derechos, y c) se da un uso a la información personal que viole un derecho constitucional, sin autorización expresa, salvo cuando exista orden de jueza o juez competente.

2.2.12. Bolivia

a) La actual Constitución,⁶⁴ aprobada por el referéndum del 25 de enero de 2009, deoga la Constitución Política del Estado de 1967 y sus reformas.⁶⁵

La nueva Constitución establece en el título IV (“Garantías jurisdiccionales y acciones de defensa”), capítulo segundo (“Acciones de defensa”), específicamente en la sección III, la “Acción de protección de privacidad” (APP), y se aprecia que muda la denominación de “hábeas data” empleada por el texto constitucional anterior.⁶⁶

Se especifican los siguientes lineamientos básicos de la APP:

⁶³ No podrá solicitarse la eliminación de datos personales que por disposición de la ley deban mantenerse en archivos públicos.

⁶⁴ El texto está compuesto por 411 artículos, 9 disposiciones transitorias, 1 disposición abrogatoria, 1 disposición derogatoria y 1 disposición final.

⁶⁵ Para ampliar sobre el actual modelo constitucional boliviano y sus implicaciones en los ámbitos procesal constitucional y de los derechos fundamentales, véase Víctor Bazán: “Los derechos económicos, sociales y culturales en el nuevo escenario constitucional de Bolivia”, *El Derecho. Serie Constitucional*, Buenos Aires, 10 de diciembre de 2010, pp. 8-15.

⁶⁶ Para visualizar un panorama sobre el hábeas data en el régimen constitucional boliviano anterior véase de Víctor Bazán, por ejemplo, “El hábeas data en la reforma constitucional boliviana”, en José Antonio Rivera Santivañez et al.: *Análisis de la reforma a la Constitución Boliviana*, Santa Cruz de la Sierra, Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, El País, 2002, pp. 59-107.

- Puede ser interpuesta por toda *persona individual o colectiva* que crea estar indebida o ilegalmente impedida de conocer, objetar u obtener la eliminación o rectificación de los datos registrados por cualquier medio físico, electrónico, magnético o informático, en archivos o bancos de datos públicos o privados, o que afecten a su derecho fundamental a la intimidad y privacidad personal o familiar, o a su propia imagen, honra y reputación (artículo 130.I);
- no procede para levantar el secreto en materia de prensa (artículo 130.II);
- tendrá lugar de acuerdo con el procedimiento previsto para la acción de amparo constitucional (artículo 131.I);
- si el tribunal o juez competente declara procedente la acción, ordenará la revelación, eliminación o rectificación de los datos cuyo registro fue impugnado (artículo 131.II);
- la decisión se elevará, de oficio, en revisión ante el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) en el plazo de las veinticuatro horas siguientes a la emisión del fallo, sin que por ello se suspenda su ejecución (artículo 131.III);
- la decisión final que conceda la APP será ejecutada inmediatamente y sin observación, y en caso de resistencia se procederá de acuerdo con lo señalado en la acción de libertad (artículo 131.IV), y
- la autoridad judicial que no proceda conforme a lo dispuesto en el artículo 131 constitucional quedará sujeta a las sanciones previstas por la ley (*ídem*).

A propósito del citado TCP, cabe recordar que la normativa constitucional respecto de este se sitúa en la segunda parte (“Estructura y organización funcional del Estado”), título III (“Órgano Judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional”), capítulo VI (“Tribunal Constitucional Plurinacional”).

Al momento de redactar este trabajo (mediados de 2011), el TCP aún no se encontraba en funcionamiento. Comenzará a operar una vez que hayan sido elegidos y posesionados los magistrados y las magistradas que lo integrarán, en el marco de lo dispuesto por el artículo 198 de la Constitución Política del Estado. La elección se realizará mediante sufragio universal.

Por ahora, funciona provisoriamente un Tribunal Constitucional “liquidador” de las causas presentadas hasta el 6 de febrero de 2009.

b) Por lo demás, ya se dictó la Ley del TCP, que lleva el n.º 027 y fue promulgada el 6 de julio de 2010. Sus ejes en relación con el tema de este trabajo pueden condensarse del modo que sigue:

- Los juzgados y tribunales de la jurisdicción ordinaria conocerán de las acciones de protección de privacidad (artículo 2.II).
- Todas las salas del TCP conocerán y resolverán, en revisión, de dichas acciones (artículos 12.7, 31 y 64).
- Las acciones de privacidad podrán interponerse —en el plazo máximo de seis meses, computable a partir de la comisión de la vulneración alegada o de notificada la última decisión administrativa o judicial (artículo 59)—: a) en las capitales de departamento ante la sala de turno de los tribunales departamentales de justicia o los juzgados públicos de materia (artículo 58.II.1), y b) en las provincias ante los juzgados públicos o juzgados públicos mixtos (artículo 58.II.2).

- El procedimiento y el régimen de audiencias de las acciones de privacidad están normalizados en los artículos 61 y 62, mientras que las pautas de cumplimiento de las resoluciones que recaigan en estas se encuentran estatuidas en el artículo 63.
- Entre los artículos 81 y 86 se suceden las previsiones relativas a: el objeto y la procedencia de la APP (artículo 81); las causales de improcedencia (artículo 82); los legitimados activos, esto es, toda persona natural o colectiva que crea estar afectada o por otra, a su nombre con poder suficiente, y la defensora o el defensor del Pueblo (artículo 83); el contenido de la acción y los requisitos de la presentación (artículo 84), y el modo y el alcance de la resolución que conceda o deniegue la APP (artículo 85) y, finalmente, los efectos de la resolución (artículo 86).

2.2.13. México

a) Es importante destacar que por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de abril de 2009, se adicionó la fracción xxix-o al artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (de 1917, pero con incontables modificaciones), abriendo el camino para el dictado de una ley regulatoria del tratamiento de datos personales en el sector privado. En efecto, se dotó específicamente al Congreso Federal de la facultad para legislar en materia de protección de datos personales en posesión de particulares.

A su tiempo, por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 1 de junio de 2009, se modificó la citada Constitución para establecer la protección de datos personales como un derecho autónomo. En efecto, se añadió un segundo párrafo al artículo 16 (con lo que se corrieron los subsecuentes párrafos en su orden), especificando:

*Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros.*⁶⁷

b) Recientemente se dictó la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares (LFPDPPP), que reformó los artículos 3, fracciones II y VII, y 33, así como la denominación del capítulo II del título segundo, de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.⁶⁸

La LFPDPPP, con su decreto promulgatorio, fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de julio de 2010 y entró en vigor al día siguiente (cf. artículo transitorio primero del decreto en cuestión).

⁶⁷ Cursivas añadidas.

⁶⁸ Cabe recordar que el 20 de julio de 2007 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la reforma al artículo 6 de la Constitución Política mexicana, primordialmente referida a la consagración del *derecho de acceso a la información pública gubernamental*, en cualquier punto del territorio nacional y en los tres niveles de gobierno: la federación, los estados y los municipios.

Si bien el ámbito de cobertura de la LFPDPPP no es todo lo amplio que se habría deseado, pues, como su nombre lo indica, *ciñe su radio de acción a los datos personales en posesión de particulares*, implica cierto avance en la materia, al menos desde su literalidad.

En torno al tema se ha sostenido que, si bien la citada Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (de 2002) “contiene los parámetros y lineamientos, para que los ciudadanos puedan obtener una información fidedigna, sobre el actuar de las entidades gubernamentales, así como rectificar o modificar los datos personales que dichas entidades puedan poseer, al igual que ocurrió con la configuración de la Ley Federal para la protección de datos personales en posesión de particular, *se recurrió a una protección contenciosa administrativa, eludiendo una tutela directa y efectiva a través de un medio de protección constitucional, como lo es el hábeas data*”.⁶⁹

Por lo demás, pareciera que la operatividad de la ley quedó mediatizada al influjo del artículo transitorio segundo del mencionado decreto, que establece que el Ejecutivo Federal expedirá el reglamento de la ley “dentro del año siguiente a su entrada en vigor”.

Finalmente, consideramos importante destacar que el artículo 1 de la ley, luego de autoproclamarse de orden público y de observancia general en toda la República, establece que “tiene por objeto la protección de los datos personales en posesión de los particulares, con la finalidad de regular su tratamiento legítimo, controlado e informado, a efecto de garantizar la privacidad y el *derecho a la autodeterminación informativa de las personas*”.

2.2.14. República Dominicana

a) En función de la nueva Constitución, proclamada el 26 de enero de 2010 (y vigente desde entonces), en el título VII (“Del control constitucional) se prefigura normativamente un Tribunal Constitucional para *garantizar la supremacía de la Constitución, la defensa del orden constitucional y la protección de los derechos fundamentales*; se establece además que las decisiones de aquel son definitivas e irrevocables y constituyen precedentes vinculantes para los poderes públicos y todos los órganos del Estado, y, por último, se estipula que gozará de autonomía administrativa y presupuestaria (todo cf. artículo 184).⁷⁰

Dentro del título II (“De los derechos, garantías y deberes fundamentales”), capítulo II (“De las garantías a los derechos fundamentales”), se emplaza el artículo 70, específicamente dedicado al “Hábeas data”.

⁶⁹ Cursivas añadidas. Marcos F. Del Rosario Rodríguez: “La protección de datos personales entre particulares: esbozos de un esquema de regulación y protección en México (hábeas data)”, ponencia presentada en el VII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional y Comisionado de Apoyo a la Reforma y Modernización de la Justicia, Santo Domingo, marzo de 2011.

⁷⁰ La nueva Constitución consta de 15 títulos que cobijan 277 artículos, 19 disposiciones transitorias y 1 disposición final. De acuerdo con la disposición transitoria segunda, el Tribunal Constitucional “deberá integrarse dentro de los doce meses siguientes a la entrada en vigencia de la misma”. Mientras tanto, y de conformidad con la disposición transitoria tercera, la Suprema Corte de Justicia mantendrá las funciones atribuidas en la Constitución al Tribunal Constitucional.

Con una configuración léxica similar al párrafo 3.º del artículo 43 de la Constitución argentina, aquella norma prescribe:

Toda persona tiene derecho a una acción judicial para conocer de la existencia y acceder a los datos que de ella consten en registros o bancos de datos públicos o privados y, en caso de falsedad o discriminación, exigir la suspensión, rectificación, actualización y confidencialidad de aquéllos, conforme a la ley. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

b) De su lado, existe un avanzado proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales (LOTCP), en cuyo artículo 64 se reproduce el texto del artículo 70 constitucional, añadiéndole al final solamente lo siguiente: “La acción de hábeas data se rige por el régimen procesal común de la acción del amparo”.

La norma legal en cuestión está localizada en el título II (“De los procesos y procedimientos constitucionales”), capítulo V (“Del hábeas data”), es decir que este instituto se encuentra separado de la acción de hábeas corpus (capítulo IV) y de la acción de amparo (capítulo VI), acciones todas alojadas en el citado título II.

En definitiva, y pese a la remisión al régimen procesal común de la acción de amparo, consideramos que el hábeas data es una “acción” autónoma, con características propias, causales particulares de operatividad y una excepción específica a su procedencia: imposibilidad de afectar el secreto de las fuentes de información periodística; rasgos que le corresponden exclusivamente y la singularizan.

De hecho, y solo por añadir un elemento argumental adicional, se observa que el artículo 65 del proyecto de LOTCP, que se refiere a los actos impugnables por conducto de la acción de amparo, expresa que esta protege “los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, con excepción de los derechos protegidos por el hábeas corpus y el hábeas data”.⁷¹

El punto sobre el que llamamos la atención adquiere aún mayor relevancia a poco de reparar en que el artículo 72 constitucional, relativo a la acción de amparo, dispone:

Toda persona tiene derecho a una acción de amparo para reclamar ante los tribunales, por sí o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, no protegidos por el hábeas corpus, [...].

En otras palabras, y para finalizar el circuito *iuscomparado*, la norma constitucional aludida en el párrafo anterior determina —por exclusión— que la acción de amparo sería procedente para precautelar *todos los derechos fundamentales con excepción de los protegidos por la acción de hábeas corpus*; mientras que el citado artículo 65 del proyecto de LOTCP expande la superficie de inoperatividad del amparo al dejar fuera de su ámbito de actuación tutelar a “los derechos protegidos por el hábeas corpus y el hábeas data”.⁷²

⁷¹ Cursivas añadidas.

⁷² Cursivas añadidas.

3. El hábeas data como proceso constitucional autónomo

3.1. Respuestas a una trilogía de interrogantes

Iniciamos el examen del tema con una tríada de interrogantes: a) ¿Es el hábeas data una subespecie de amparo o un proceso autónomo? b) Para que proceda el hábeas data, ¿se exige la concurrencia de los requisitos establecidos para la viabilidad del proceso constitucional de amparo? c) ¿Cuál es el bien jurídico protegido por el hábeas data?

Anticipamos que las dos primeras preguntas recibirán nuestra respuesta negativa y, ya respecto de la tercera, si bien se bosquejará aquí una brevísima opinión para absolver el interrogante, más adelante fundamentaremos en detalle la posición que aquí solo dejaremos enunciada.

En primer lugar, debe advertirse que pensar en el hábeas data como una categoría de amparo supondría desconocer la autonomía que aquel claramente posee.

Convergentemente, y más allá de la existencia de algún parentesco entre el amparo y el hábeas data, no albergamos dudas en cuanto a que esta última figura presenta caracteres propios y peculiaridades morfológicas que la hacen merecedora de un tratamiento normativo también singular e individual que, escapando de la tentación inicial de concebirla en simbiosis con el amparo —aunque siempre subordinada a este—, le acuerde positividad autónoma.⁷³

No es procedente trasladar al hábeas data los requerimientos de “ilegalidad o arbitrariedad manifiesta” propios del amparo (como, por ejemplo, surge del artículo 43, primer párrafo,⁷⁴ de la Constitución argentina), ni las particularidades fisonómicas de aquel instituto.

Tampoco puede requerirse la acreditación de la inexistencia de vía judicial más adecuada, porque justamente *el proceso de hábeas data es la vía idónea y propia* para la protección del bien jurídico particular y específico que procura cautelar: *el derecho de autodeterminación informativa*.

Dicho de otra manera, el proceso en cuestión tiene un objeto preciso y concreto que consiste esencialmente en permitir al *interesado controlar* —inter alia— *la veracidad de su información personal y el uso que de ella se haga*.

En suma, el hábeas data no es una especie del género del amparo y tampoco un instituto subalterno de este ni un remedio excepcional, sino una vía principal y directa en cuanto a su espacio de incumbencia protectora: el derecho de autodeterminación infor-

⁷³ Puede por ejemplo consultarse Víctor Bazán: “El hábeas data y sus peculiaridades frente al amparo”, *Revista de Derecho Procesal (Amparo. Hábeas data. Hábeas corpus - I)*, n.º 4, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2000, pp. 215-268.

⁷⁴ Tal tramo de la norma se refiere al amparo individual o clásico en los siguientes términos: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”.

mativa (sobre el que volveremos), que es un derecho autónomo en el marco de la tutela de los datos personales.

3.2. Un caso testigo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia argentina

Para ilustrar la cuestión, recurriremos solo ejemplificativamente a la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia, la que se ha pronunciado en sentido coincidente a lo aquí sostenido.

En efecto, en la causa *Martínez, Matilde S. c/ Organización Veraz S. A.*,⁷⁵ del 5 de abril de 2005, fijó su posición en cuanto a la autonomía del hábeas data,⁷⁶ concibiéndolo como un instituto independiente del amparo, al puntualizar que los parámetros para juzgar la procedencia de la acción de protección de los datos personales son los establecidos en el artículo 33 de la ley n.º 25.326⁷⁷ (citada LPDP), no obstante lo preceptuado en el artículo 37, *ibídem*.⁷⁸

Tales pautas se desprenden del voto mayoritario,⁷⁹ concretamente del considerando 4.º, que puede desagregarse de la siguiente manera:

- De conformidad con los artículos 4, incisos 4.º y 5.º, 26 y 33, de la LPDP, los datos registrados por las empresas que prestan servicios de información crediticia deben ser exactos y completos.
- No es suficiente que la información haya sido registrada y transmitida sin “arbitrariedad manifiesta”, sino que tiene que ser precisa.
- Lo expresado en el artículo 43 de la Constitución Nacional con relación al derecho del afectado a obtener la supresión o rectificación de toda información personal que incurra en “falsedad” debe ser interpretado conforme a los términos de la respectiva ley reglamentaria.
- Así, no basta con que lo registrado como verdadero sea tal si, al tomar razón de los datos relevantes al objeto y la finalidad del registro de manera incompleta, la información registrada comporta una representación falsa.

⁷⁵ *Fallos*, 328: 797.

⁷⁶ Sobre el tema puede verse Marcela I. Basterra: “La acción de protección de datos personales como un proceso constitucional autónomo”, en Víctor Bazán (coord.): *Derecho Procesal constitucional americano y europeo*, t. II, Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2010, pp. 847-857.

⁷⁷ El citado artículo 33 de la LPDP, relativo a la procedencia de la acción, dispone: “La acción de protección de los datos personales o de hábeas data procederá: a) para tomar conocimiento de los datos personales almacenados en archivos, registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proporcionar informes, y de la finalidad de aquéllos; b) en los casos en que se presuma la falsedad, inexactitud, desactualización de la información de que se trata, o el tratamiento de datos cuyo registro se encuentra prohibido en la presente ley, para exigir su rectificación, supresión, confidencialidad o actualización”.

⁷⁸ Dicha norma, referida al procedimiento aplicable, determina: “La acción de hábeas data tramitará según las disposiciones de la presente ley y por el procedimiento que corresponde a la acción de amparo común y supletoriamente por las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en lo atinente al juicio sumarísimo”.

⁷⁹ Suscrito por los doctores Petracchi, Fayt, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti.

- El artículo 33 de la LPDP confiere la acción de protección de los datos personales toda vez que la información registrada sea incompleta o inexacta, por lo que su procedencia debe ser juzgada conforme a estos parámetros.

Una posición convergente en relación con la naturaleza autónoma del hábeas data puede extraerse del considerando 4.º del voto concurrente de la doctora Argibay, y en los considerandos 6.º y 7.º de la disidencia de la doctora Highton de Nolasco, cuya posición podría sintetizarse puntualizando que no cabe sujetar la procedencia de la acción de hábeas data a recaudos propios de la acción de amparo.⁸⁰

4. En torno al derecho fundamental a la autodeterminación informativa⁸¹

4.1. Acercamiento conceptual

En primer lugar, postulamos la conveniencia de independizar conceptualmente el derecho de autodeterminación informativa (DAI), como bien jurídico protegido por el hábeas data, de derechos personalísimos tales como la intimidad, el honor o la imagen, y aun el derecho a la identidad, sin desconocer que tienen puntos de confluencia en tanto el de autodeterminación informativa, más allá de su dimensión *sustancial*, ofrece una valiosa potencialidad *instrumental* de aquellos y otros derechos.

El DAI consiste en la posibilidad que tiene el titular de los datos personales de controlar quiénes serán destinatarios de dicha información y qué uso le darán, y se ejercita genéricamente a través de los derechos de acceso, rectificación y cancelación.

Además, ofrece una textura que resulta acorde con los modernos desafíos informáticos, puesto que, dejando atrás el concepto de intimidad como libertad negativa, permite avanzar hacia una fase *activa* del proceso de circulación de la información personal brindando protagonismo al interesado al posibilitarle el ejercicio de un adecuado control sobre ella. O sea, viabiliza la canalización de su derecho de *intervención* sobre la información, que, obviamente, siempre es posterior a la fase de *acceso* a esta.

En esa línea, con acierto se ha dicho que el DAI no solo tiene validez para el almacenamiento de los datos, sino también a lo largo de todo el proceso de obtención de la información, de tal manera que la forma de almacenamiento de los datos (manual o electrónica) no tiene un verdadero papel fundamental.⁸²

⁸⁰ Además de los magistrados individualizados en el texto, participaron de la sentencia —con sendas disidencias— los doctores Belluscio y Boggiano.

⁸¹ Entre otros trabajos de Víctor Bazán véanse, por ejemplo: “Del concepto preinformático de la intimidad al derecho de autodeterminación informativa”, en Héctor Sándler (coord.): *El cuarto poder. Expresión, información y comunicación social*, Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Ediar, 1999, pp. 49-158; “El hábeas data entre el misoneísmo y la desprotección de los derechos fundamentales”, *Voces Jurídicas*, t. 2, Mendoza, abril de 1997, pp. 35-60, y “Hábeas data y autodeterminación informativa”, *Revista Jurídica del Perú*, año XLVI, n.º 3, julio-septiembre de 1996, Trujillo, pp. 57-84.

⁸² Alfredo Chirino Sánchez: “Algunas reflexiones acerca de la tutela penal de la autodeterminación informativa. El caso del Proyecto de Código Penal costarricense de 1995”, *Nueva Doctrina Penal*,

4.2. Configuración jurisprudencial

En una conocida sentencia, dictada el 15 de diciembre de 1983, al tiempo de declarar parcialmente inconstitucional a la Ley del Censo de Población de 1982, el Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional alemán) precisó los perfiles del derecho a la autodeterminación informativa.

El mérito de tal fallo, según ha consignado Pérez Luño, consiste en haber entendido al derecho a la intimidad como expresión del derecho a la autodeterminación informativa; es decir, como una facultad de la persona de “decidir básicamente por sí misma cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida”. Por tal razón es que el Tribunal germano concluyó que contrariaría a dicho derecho de autodeterminación informativa “un orden social y un orden jurídico que hiciese posible al primero, en el que el ciudadano ya no pudiera saber quién, qué, cuándo y con qué motivo sabe algo sobre él [...]. Esto no sólo menoscabaría las oportunidades de desarrollo de la personalidad individual, sino también el bien público, porque la autodeterminación constituye una condición elemental de funcionamiento de toda comunidad fundada en la capacidad de obrar y de cooperación de sus ciudadanos”.⁸³

Con anterioridad a la determinación de los perfiles del derecho a la autodeterminación informativa a cargo del Bundesverfassungsgericht, en la referida sentencia, Lucas Murillo de la Cueva señala como antecedente el hecho de que a la percepción de la insuficiencia de la noción tradicional de la intimidad ante los riesgos que despuntaban se le adjuntó la exigencia de incorporarle la *intimidad informativa*, expresión que aparece en los años sesenta del siglo pasado en diversos autores americanos (Westin, Miller, Alpa, Hixson).⁸⁴ Indica a continuación el citado autor español que, a partir de tal distinción, se construyó el sistema británico de protección de datos, ya que durante el extenso período de trabajos preparatorios se confeccionó —*inter alia*— el Informe Younger, que diferenciaba dos facetas de la intimidad: la intimidad física y la intimidad informativa.⁸⁵

Pese a existir consenso en subrayar la trascendencia del mencionado pronunciamiento del Tribunal Constitucional de Karlsruhe en la delineación fisonómica del DAI, Denninger trasunta algunas reservas. Sostiene que ni el objeto ni la terminología del aludido derecho pueden tomarse como una originalidad del Tribunal Constitucional Federal alemán, ya que, en lo atinente al objeto, se trata del producto de una extensa evolución jurisprudencial encaminada al reconocimiento y a la elaboración del derecho general a la personalidad, y en lo concerniente a la denominación, porque esta había sido empleada por la doctrina jurídica alemana desde 1971.

No obstante las objeciones expuestas, en palabras de Pérez Luño:

vol. 1997-A, Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 104.

⁸³ Antonio-Enrique Pérez Luño: “La defensa del ciudadano y la protección de datos”, *Jornadas Internacionales sobre Informática y Administración Pública*, Oñati: Herri-Andulararit, Zaren Euskal Erakundea, Instituto Vasco de Administración Pública, colección Administración y Autonomía, 1986, pp. 58-59.

⁸⁴ Pablo Lucas Murillo de la Cueva: *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 120-121.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 121.

[Denninger] reconoce que la sentencia ha supuesto una contribución muy valiosa para la garantía jurisdiccional de la protección de los datos personales, así como para la concreción del derecho a la autodeterminación informativa, entendido como el presupuesto para el funcionamiento de los sistemas informatizados de tratamiento de datos en un Estado de Derecho inspirado en los principios de la libertad y la democracia.⁸⁶

4.3. Doble dimensión del derecho de autodeterminación informativa

Como adelantábamos, el de autodeterminación informativa es un *derecho autónomo*, con una doble dimensión: *sustancial*, como derecho en sí mismo, e *instrumental*, es decir, como soporte para la cobertura tuitiva de otros derechos; por ejemplo, los de intimidad, honor, dignidad.

En relación con el carácter autónomo de tal derecho, es útil compulsar la creciente tendencia que exhibe la jurisprudencia comparada al respecto. En ese sentido, y como recuerda Chirino Sánchez, en sentencias posteriores a la relativa a la Ley del Censo de Población, el Tribunal Constitucional alemán se ha referido al derecho en cuestión como el “derecho fundamental a la autodeterminación informativa”; por ejemplo, en el decisorio publicado en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1991, p. 2132.⁸⁷

Por su parte, del examen del itinerario jurisprudencial del Tribunal Constitucional español surge que una de las cuestiones que genera el análisis de la STC 254/1993, del 20 de julio, es la relación entre el derecho a la intimidad y el derecho a la autodeterminación informativa. En dicho pronunciamiento, se esgrimió por vez primera el citado artículo 18.4 de la Constitución española (CE), en el caso de un ciudadano a quien el Gobierno Civil de Guipúzcoa le denegó información acerca de los datos que sobre su persona poseía.

Concretamente, en su fundamento jurídico (FJ) 6, la sentencia dispone:

[...] nuestra Constitución ha incorporado una nueva garantía constitucional como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona, de forma en último término no muy diferente a como fueron originándose e incorporándose históricamente los distintos derechos fundamentales. En el presente caso estamos ante un instituto que es, en sí mismo, un derecho fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama “la informática”.

El análisis de la posición del Tribunal Constitucional ha provocado visiones doctrinarias discordantes. Así, mientras algunos afirman contundentemente que la sentencia

⁸⁶ Véase Pérez Luño: “La defensa del ciudadano...”, o. cit., p. 61.

El autor y el trabajo citados por Pérez Luño se ajustan al siguiente detalle: Erhard Denninger: “Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und inhere Sicherheit”, en *Informationsgesellschaft oder Überwachungsstaat. Strategien zur Wahrung der Freiheitsrechte im Computerzeitalter*, Actas del Symposium celebrado en Wiesbaden del 3 al 5 de septiembre de 1984, Wiesbaden (RFA): Hessendienst der Staatskanzlei, 1984, pp. 291 ss.

⁸⁷ Cf. Chirino Sánchez: o. cit., p. 107.

admite que del artículo constitucional 18.4 se deduce un derecho fundamental autónomo: la libertad informática,⁸⁸ otros arriban a la conclusión contraria.⁸⁹

Desde nuestra perspectiva, de la lectura del mencionado FJ 6 surge que el Tribunal Constitucional se decantó por la existencia de un derecho fundamental autónomo, diverso del contenido en el artículo 18.1 de la CE, aun cuando no emplea la nomenclatura *derecho a la autodeterminación informativa*.

Además, dicho derecho fundamental autónomo a la protección de datos personales fue paulatinamente perfilado en pronunciamientos posteriores del Tribunal. En efecto, fue conformándose en la decisión relativa a las normas reguladoras del número de identificación fiscal (STC 143/1994, de 9 de mayo); también en la que declaró contrario a la libertad sindical (artículo 28 CE), en relación con el artículo 18.4 CE, el uso por una empresa del dato de la afiliación sindical para detraer haberes de los trabajadores con ocasión de una huelga promovida por determinado sindicato (STC 11/1998,⁹⁰ de 13 de enero), o la STC 202/1999, de 8 de noviembre, en la que, en oportunidad de la denegación a un trabajador de la cancelación de sus datos médicos en un fichero informatizado de una entidad de crédito sobre bajas por incapacidad temporal, se apreció que el almacenamiento sin cobertura legal en soporte informático de los diagnósticos médicos del trabajador sin mediar su consentimiento expreso constituía una desproporcionada restricción del derecho fundamental a la protección de datos personales.

En las mencionadas sentencias el Tribunal declaró que el artículo 18.4 de la Constitución española contiene, en los términos de la STC 254/1993, un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor y del pleno disfrute de los restantes derechos de los ciudadanos que, además, es en sí mismo “un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama ‘la informática’”, lo que se ha dado en llamar *libertad informática* (FJ 6, reiterado luego en las sentencias del TC 143/1994, FJ 7; 11/1998, FJ 4; 94/1998, FJ 6; 202/1999, FJ 2).

Sea como fuera, en las sentencias del TC 290/2000⁹¹ (FJ 7) y 292/2000 (FJ 5), ambas del 30 de noviembre de 2000, ha aclarado debidamente la cuestión, al señalar que el derecho

⁸⁸ Entre otros, Pablo Lucas Murillo de la Cueva: “La construcción del derecho a la autodeterminación informativa”, en <www.csi.map.es-csi-tecnimap-tecnimap1998-sp14.htm>.

⁸⁹ Por ejemplo, Ignacio Villaverde Menéndez: “Protección de datos personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo. A propósito de la STC 254-93”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 41, mayo-agosto 1994, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 187 ss.

⁹⁰ Doctrina que ha sido reiterada en una serie de sentencias del Tribunal sobre idéntica problemática, entre las merece especial atención la STC 94-1998, de 4 de mayo, véase *infra* en el texto principal.

⁹¹ En tal sentencia el Tribunal resolvió los recursos de inconstitucionalidad acumulados n.ºs 201-93, 219-93, 226-93 y 236-93, interpuestos respectivamente por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, el Defensor del Pueblo, el Parlamento de Cataluña y por don Federico Trillo-Figueroa Conde, comisionado por 56 diputados del Grupo Parlamentario Popular, contra los artículos 6.2, 19.1, 20.3, 22.1 y 2.1, 24, 31, 39.1 y 2, 40.1 y 2, y disposición final tercera de la ley orgánica 5-1992, del 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (LORTAD), que ya había sido derogada por la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), publicada en el BOE del 14 de diciembre de 1999, en virtud de su disposición derogatoria única, aunque tal derogación no alcanzaba de inmediato —por lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de la segunda de dichas

fundamental a la protección de datos personales frente a la informática o, si se quiere, a la “libertad informática” (reenviando a la citada STC 254/1993) garantiza a la persona un poder de control y disposición sobre sus datos personales, pues confiere a su titular un haz de facultades que son elementos esenciales del derecho fundamental a la protección de los datos personales, integrado por los derechos que corresponden al afectado a consentir la recogida y el uso de sus datos personales y a conocerlos. Y para hacer efectivo ese contenido, el derecho a ser informado acerca de quién posee sus datos personales y con qué finalidad, así como el derecho a oponerse a esa posesión y uso exigiendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y el empleo de tales datos. Añade que, en suma, el derecho fundamental comprende un conjunto de derechos que el ciudadano puede ejercer frente a quienes sean titulares, públicos o privados, de ficheros de datos personales, partiendo del conocimiento de tales ficheros y de su contenido, uso y destino.

De su lado, la vertiente *instrumental* del DAI se hace patente, por ejemplo e indagando en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, en la STC 11/1998,⁹² en la que el derecho a la autodeterminación informativa se empleó (justamente) como instrumental al de libertad sindical reconocido por el artículo 28.1 de la Constitución española.⁹³

Como afirma Lucas Murillo de la Cueva —comentando tal faceta del DAI—, si la protección de la información personal ante los peligros derivados de su tratamiento automatizado es un bien jurídico valioso por sí mismo, *también posee una dimensión instrumental en la medida en que sirve para garantizar otros derechos*.⁹⁴

Refuerza su argumento puntualizando que, si esta doble cualidad no es ajena a los derechos fundamentales, lejos de devaluarlos, incrementa su relevancia.⁹⁵

4.4. De los “datos sensibles”

Otra cuestión de interés en este segmento final vinculado con el derecho de autodeterminación informativa, como el que subyace en la protección específica que procura

leyes— a las normas reglamentarias vigentes dictadas para su desarrollo que allí se citan, en cuanto no se opongán a la nueva ley, que continuarían en vigor hasta que se llevase a efecto lo prevenido en la disposición final primera.

Con el voto particular del magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, el Tribunal declaró, en cuanto a los artículos 6.2, 19.1, 20.3, 22.1 y 2.1, 39.1 y 2 y disposición final tercera de la LORTAD, la pérdida sobrevenida del objeto de los recursos interpuestos por los diputados del Grupo Parlamentario Popular y por el defensor del Pueblo. Asimismo, desestimó los recursos interpuestos por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña y el Parlamento de Cataluña contra los artículos 24, 31 y 40.1 y 2 de dicha Ley Orgánica.

⁹² Sentencia que, junto con otras (33, 35 y 94 —todas de 1998—), giraba en torno de la utilización por una empresa de datos personales relativos a la afiliación sindical de sus trabajadores para fines distintos de los que motivaron su recolección.

⁹³ Que dispone: “Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato”.

⁹⁴ Lucas Murillo de la Cueva: “La construcción del derecho a la autodeterminación informativa”, o. cit.

⁹⁵ *Ibidem*.

el proceso constitucional de hábeas data, es la concerniente a los denominados “datos sensibles”, que —genéricamente— pueden ser conceptuados como los “datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual”⁹⁶

De modo acertado, se ha argumentado que la necesidad de establecer jurídicamente medidas de protección de los datos personales frente a la informatización se debe no tanto al carácter privado que algunos de ellos puedan tener, sino a las múltiples posibilidades de elaboración e interrelación propias de la tecnología informática, pues, como ha sostenido el Tribunal Constitucional Federal alemán en la citada sentencia sobre la Ley del Censo, “un dato carente en sí mismo de interés puede cobrar un nuevo valor de referencia y, en esta medida, ya no existe, bajo las condiciones de la elaboración automática de datos, ninguno ‘sin interés’”⁹⁷

Chirino Sánchez advierte que el riesgo de la construcción de perfiles de personalidad, a través de los cuales es posible catalogar a los ciudadanos y a los grupos sociales y tomar medidas de prevención social, así como otras medidas de control, está en la base misma de la reflexión del Tribunal alemán en el mencionado decisorio, dado que cuando este afirma que no existen ya más datos sin interés se está refiriendo al hecho de que para la construcción de perfiles de los ciudadanos cualquier detalle, característica, circunstancia o evento en su vida, que de cualquier otra manera pasaría desapercibido, es de una importancia decisiva para los fines del control estatal.⁹⁸

Desde nuestra perspectiva, existen datos en apariencia inocuos o irrelevantes que se convierten en extremadamente delicados mediante un cambio del fin que se perseguía al momento de su recolección.

Ello deja al descubierto que —como expresa Orozco Pardo—⁹⁹ un dato es inocuo o sensible no ya por su contenido, sino por el uso que de él se haga. Por tanto, entendemos que el énfasis debe ser puesto en el *fin para el que se emplea la información colectada*,¹⁰⁰ por lo que las garantías tuitivas del derecho de autodeterminación informativa deberían focalizar la utilización que de la información se haga —dirección hacia la que apuntan ciertas tendencias jurisprudenciales evidenciadas, verbigracia, en Alemania e Italia—, y no tanto la calificación apriorística de si un dato es sensible o no lo es.¹⁰¹

Finalmente, y para dar paso a las observaciones que darán cuerpo al epílogo de este ensayo, vemos que sobre la plataforma argumental descrita se revela como muy importante la tarea del juez ordinario y/o constitucional que entienda en los procesos de hábeas data para dilucidar si, en los casos que deba resolver, la información personal de que se

⁹⁶ Hemos utilizado como marco referencial la definición que al respecto proporciona la citada ley argentina n.º 25.326 (artículo 2).

⁹⁷ Lucas Murillo de la Cueva: *El derecho a la autodeterminación informativa*, o. cit., p. 122.

⁹⁸ Chirino Sánchez: o. cit., p. 105.

⁹⁹ Guillermo Orozco Pardo: “Consideraciones sobre los derechos de acceso y rectificación en el proyecto de Ley Orgánica de Regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal”, *Informática y Derecho*, n.º 5, Mérida: UNED - Centro Reg. de Extremadura, Aranzadi, 1994, p. 222.

¹⁰⁰ Ello no implica desconocer la existencia de datos *intrínsecamente* sensibles, sino de propiciar una visualización *dinámica* de la tutela que la información de carácter personal merece.

¹⁰¹ Cf. Antonio-Enrique Pérez Luño: *III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho*, Colquios, Mesa 2, “Informática y derecho”, n.º 5, p. 364.

trate —con prescindencia de si a priori es o no sensible— ha sido sometida a un empleo discriminatorio, perjudicial, descontextualizado, etcétera.

5. Epílogo

1. El hábeas data¹⁰² *es un proceso constitucional autónomo*, para cuya procedencia no se precisa acreditar la arbitrariedad o la ilegalidad manifiestas ni ningún otro requisito necesario para la operatividad del proceso constitucional de amparo.¹⁰³

2. Tampoco se exige demostrar la inexistencia de una vía jurisdiccional más adecuada, pues el hábeas data *es el proceso específicamente idóneo* para la protección del sujeto titular de los datos personales, a través de la custodia de su derecho de autodeterminación informativa, que algunos tribunales latinoamericanos (también europeos) han catalogado como *derecho fundamental*.

3. El proceso constitucional de hábeas data *no es una especie del género del amparo y tampoco es un instituto subalterno de este ni un remedio excepcional, sino una vía principal y directa*.

4. La circunstancia de que en algunos ordenamientos jurídicos dentro del espectro del derecho comparado latinoamericano se disponga el empleo de las pautas procesales del amparo para canalizar el hábeas data *no desacredita ni desvirtúa el carácter autónomo de este*, pues —entre otras razones— normalmente el hábeas data está constitucional o infraconstitucionalmente regulado en capítulos separados tanto del amparo como del hábeas corpus,¹⁰⁴ y a su respecto se prefigura un ámbito de cobertura tutelar específico y distinto de los marcos protectorios concebidos para estos dos clásicos y seculares procesos constitucionales.

5. Si el hábeas data no fuera un proceso autónomo con particularidades que lo distinguieran del amparo y se lo redujera solo a un subtipo de este, *carecerían de sentido las regulaciones (nada despreciables en cuanto a su número en Latinoamérica) que lo encuadran en normas específicas e independientes del amparo y el hábeas corpus, aunque asignándole el mismo nivel jerárquico que estos*.

6. A diferencia del amparo y el hábeas corpus, el hábeas data tiene como propósito central la *protección del derecho de autodeterminación informativa*, tal como ha sido reconocido por un nutrido grupo de doctrinarios latinoamericanos y europeos y ha quedado verbalizado en numerosos pronunciamientos de órganos de clausura de la justicia

¹⁰² En la gama de opciones terminológicas para individualizar al hábeas data en la región latinoamericana, se aprecia que hay referencias a él como *acción, garantía, proceso, recurso o derecho*. Además, en Bolivia se lo identifica como “acción de protección de privacidad”.

¹⁰³ El amparo ha sido nominado con distintos rútolos en América Latina: “acción de tutela” en Colombia; “recurso de protección” o “acción de protección”, respectivamente en Chile y Ecuador; “*mandado de segurança*” en Brasil, y “acción, recurso o proceso de amparo” en el resto de los países que lo programan.

¹⁰⁴ El hábeas corpus recibe otras denominaciones en Latinoamérica; por ejemplo: “recurso de exhibición personal”, en Nicaragua; “garantía constitucional de exhibición personal”, en Guatemala; “garantía de hábeas corpus o exhibición personal”, en Honduras; “recurso de amparo”, en Chile, o “acción de libertad”, en Bolivia.

constitucional en tales ámbitos geográficos —verbigracia, Colombia, Perú, Costa Rica y Guatemala en Latinoamérica, y Alemania y España en Europa—.

7. El derecho de autodeterminación informativa, como bien jurídico tutelado por el hábeas data, es un *derecho autónomo*, con una doble dimensión: *sustancial*, como derecho en sí mismo, e *instrumental*, es decir, como soporte para la cobertura tutelar de otros derechos, *inter alia*, los de intimidad, honor, dignidad.

Se trata de un derecho a saber y también un derecho a la transparencia del procesamiento de datos, el cual es a su vez una parte fundamental del concepto moderno de democracia.¹⁰⁵

Tiene por objeto “preservar la información individual —íntima y no íntima— frente a su utilización incontrolada, arrancando, precisamente, donde termina el entendimiento convencional del derecho a la vida privada”.¹⁰⁶

8. A modo de propuesta de *lege ferenda*, sería aconsejable que se intensificara como línea de política legislativa la regulación procesal constitucional específica del hábeas data, precisamente, para reforzar su naturaleza autónoma respecto del proceso constitucional de amparo.

9. En torno a la “información sensible”, acertadamente se ha mencionado que un dato es inocuo o sensible¹⁰⁷ no ya por su contenido, sino *por el uso que de él se haga*. Consiguientemente, el énfasis debe posarse en el *fin para el que se emplea la información colectada*, por lo que los procesos de hábeas data —enderezados a precautelar el derecho de autodeterminación informativa— deben focalizar primordialmente la utilización que de aquella se efectúe y no tanto la catalogación que a priori se realice acerca de si un dato es sensible o no lo es.¹⁰⁸

10. El proceso constitucional de hábeas data ha cumplido una función muy relevante en distintas áreas jurídica y axiológicamente complejas, por lo que sería impropio y desacertado minimizarlo, confinándolo a mantenerse como una mera herramienta de acceso (y eventual corrección) de información crediticia.

Basta recordar, por ejemplo, que en Argentina funcionó (interpretación de la Corte Suprema de Justicia mediante) como conducto para abrir compuertas hasta entonces infranqueables y acceder a *información en poder del Estado relativa a personas desaparecidas forzadamente* en el aciago proceso militar que nuestro país padeció entre 1976 y 1983, o que a partir de un hábeas data *se descubrieron en Paraguay los registros secretos (“archivos del terror”) de la policía que prestó servicios durante la extensa dictadura de Alfredo Stroessner* entre 1954 y 1989.

11. En lo tocante a la problemática específica en torno a la cual gira este trabajo, todo indica que el Estado constitucional impone volcar los mejores esfuerzos para garantizar un empleo democrático de la tecnología de la información, *procurando controlarla y no ocluírla o anquilosarla*.

¹⁰⁵ Chirino Sánchez: o. cit., p. 104.

¹⁰⁶ Lucas Murillo de la Cueva: *El derecho a la autodeterminación informativa*, o. cit., p. 120.

¹⁰⁷ Orozco Pardo: o. cit., p. 222.

¹⁰⁸ Cf. Pérez Luño: *III Congreso*, loc. cit., p. 364.

En todo caso, deberán perfilarse políticas públicas y medidas adecuadas de prevención para evitar que el avance técnico y científico se configure a cualquier costo, pues sería lamentable que la *evolución* tecnológica aparejara una consecuente *involución* cualitativa de la protección de los derechos fundamentales.

Y es precisamente en esta zona de acción donde el proceso constitucional de hábeas data se revela como un instrumento tuitivo de singular magnitud.

Natalia Bernal Cano (Colombia)*

Convergencias y divergencias de las acciones y procedimientos constitucionales en el ordenamiento jurídico colombiano

RESUMEN

El siguiente artículo contiene las memorias del taller celebrado en La Paz (Bolivia) en octubre del 2010, ofrecido por la autora a los funcionarios y magistrados del Tribunal Constitucional Boliviano. Se divide en dos partes complementarias que ilustran los mecanismos de protección de la Constitución, de los derechos fundamentales y de los derechos colectivos en el ordenamiento jurídico colombiano. Se hace hincapié, asimismo, en la jurisprudencia constitucional como fuente complementaria de las leyes y en el poder creador de derecho que corresponde a los jueces constitucionales.

Palabras clave: justicia constitucional, derechos fundamentales, control de constitucionalidad, jurisprudencia, acción de inconstitucionalidad, *actio popularis*, acción de tutela, Colombia.

ZUSAMMENFASSUNG

Der folgende Beitrag enthält die Berichte des im Oktober 2010 in La Paz, Bolivien, von der Autorin veranstalteten Workshops für Beamte und Richter des bolivianischen Verfassungsgerichts. Er gliedert sich in zwei komplementäre Teile, in denen die in der kolumbianischen Rechtsordnung bestehenden Mechanismen zum Schutz der Verfassung, der Grundrechte und der Kollektivrechte dargelegt werden. Dabei wird auf die verfassungsmäßige Rechtsprechung als zusätzliche Rechtsquelle sowie die Rechtsschöpfungsbefugnis der Verfassungsrichter verwiesen.

* Doctora en Derecho Comparado y máster en Derecho Comparado de los Estados Europeos de la Universidad de Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Enseñó Derecho Constitucional en esta Universidad. Coordinó el programa de Derecho Francés (*Fachspezifische Fremdsprachenausbildung*) en la Facultad de Derecho de la Universidad de Osnabrück (Alemania). Inauguró y dirige en el mismo país el Centro Europeo de investigaciones en Derecho Comparado. <www.nataliabernalcano.com>

Schlagwörter: Verfassungsgerichtsbarkeit, Grundrechte, Normenkontrolle, Rechtsprechung, Verfassungswidrigkeitsklage, actio popularis, Verfassungsbeschwerde, Kolumbien.

ABSTRACT

The following article is a report of the workshop offered by the author in La Paz, Bolivia, in October, 2010, to the magistrates and officials of Bolivia's Constitutional Court. It is divided into two complementary parts that illustrate the protection mechanisms set forth in the Colombian Constitution for fundamental rights and collective rights. Equal emphasis is placed on constitutional case law as a complementary source of law and on the power to create law that is given to constitutional judges.

Keywords: constitutional justice, fundamental rights, constitutional control, case law, writ of constitutional review, actio popularis, "tutela" action, constitutional writ of protection of human rights, Colombia.

1. Introducción

En la Constitución colombiana de 1991 se regula un esquema bipolar de justicia constitucional, en el cual se encuentran radicalmente separados los procesos que amparan los derechos fundamentales individuales y colectivos en situaciones concretas y los procesos que garantizan la protección de la Constitución y su aplicación directa.

Según las estadísticas de la Corte Constitucional colombiana, desde 1992 hasta el 29 de junio de 2010 se profirieron 12879 sentencias en procesos iniciados por recursos individuales para proteger los derechos fundamentales. Dichos recursos son denominados técnicamente *acciones de tutela* y su regulación constitucional se encuentra prevista en el artículo 86 de la Carta Política. Es menester observar que la cifra descrita supera el doble del número de sentencias proferidas en procedimientos iniciados por acción pública de inconstitucionalidad. Al respecto se señala un total de 4918 sentencias proferidas hasta el 16 de junio de 2010.

Los resultados estadísticos muestran una creciente acumulación de procesos cuyo objetivo fundamental es la protección individual en cada caso concreto y un número más reducido de acciones públicas que reflejan restricciones del derecho de acceso a la Corte Constitucional. En efecto, es significativo el número de sentencias inhibitorias que han sido proferidas cuando se presentan demandas imprecisas o con fallas en la argumentación para solicitar el control abstracto de constitucionalidad.

La acumulación de acciones de tutela ante la Corte Constitucional revela la preferencia de una sola vía procesal, la cual genera con el tiempo problemas de congestión y obstrucción de la justicia. Para solucionar dichos problemas, la Corte Constitucional ha empleado fórmulas diversas, como la reiteración de la jurisprudencia, los fallos o sentencias unificadas de tutela y la alteración de los efectos de las sentencias proferidas en los procesos constitucionales. En este aspecto, vale la pena señalar fenómenos como las sentencias con efectos *inter pares*, las sentencias con efectos *inter comunis* o más allá de

las partes procesales, o las sentencias de tutela con declaración de *Estado de cosas inconstitucional* ante la masiva violación de los derechos de un número indeterminado de personas afectadas de manera análoga.

Actualmente, el activismo de la Corte Constitucional provoca que aparezcan en la jurisprudencia nuevas figuras procesales. Dichas figuras son el resultado de la articulación o mezcla de los procedimientos constitucionales.

2. Las acciones y procedimientos constitucionales con efectos generales

Las acciones y procedimientos constitucionales con efectos generales protegen intereses generales, colectivos o difusos y personas indeterminadas.

2.1. Las acciones populares para la protección de intereses colectivos o difusos

Las acciones populares para la protección de los derechos colectivos o difusos fueron incorporadas constitucionalmente en el artículo 88 y previstas legalmente en la ley 472 de 1998. Dichas acciones tienen como finalidad la protección de los derechos e intereses colectivos o difusos cuando estos resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares.

Como antecedente legislativo, las acciones mencionadas fueron incorporadas en el ordenamiento jurídico colombiano, en los artículos 1005 y 2359 del Código Civil de 1887. El primer artículo tiene por objeto la protección de bienes de uso público y el segundo la prevención del daño contingente que amenace a personas indeterminadas. Cualquier persona puede incoar la acción, pues la finalidad es la protección del interés general.

Como requisito fundamental de procedibilidad de la acción prevista en el artículo 2359 del Código Civil, se exige que exista una relación de causalidad entre la negligencia de quien causó el daño y el daño contingente.

Antes de la expedición de la ley 472 de 1998, el artículo 88 de la Constitución tuvo su desarrollo en la jurisprudencia constitucional. Al respecto es procedente tener en cuenta las siguientes consideraciones:

Según el mencionado artículo, los intereses y derechos colectivos susceptibles de protección por medio de las acciones populares son relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros derechos de similar naturaleza, pues la enumeración de la disposición constitucional no es taxativa sino enunciativa.

La sentencia T-508 de 1992 destaca el carácter preventivo de las acciones populares. Se define el espacio público y la procedencia de la acción de tutela como mecanismo de protección individual, cuando se vulnera algún derecho fundamental en una relación de conexidad. En esta relación es pertinente probar que el daño al interés colectivo genera como consecuencia una vulneración o amenaza al derecho fundamental alegado en la situación individual y concreta.

La sentencia T-225 de 1993 subraya que la lista de derechos mencionados en el artículo 88 de la Constitución no es taxativa sino enunciativa y reconoce el rol del legislador en la definición de los derechos colectivos.

La Corte Constitucional explica el concepto de *derechos colectivos*, que define como los derechos reconocidos a la comunidad, a un número indeterminado de personas. La legitimación en la causa corresponde a cualquier persona de la comunidad afectada. La misma decisión constitucional dispone que los derechos colectivos no son de aplicación inmediata pues son regulados por la ley.

La sentencia T-366 de 1993 hace hincapié en la naturaleza preventiva de las acciones populares y la recompensa a quien la ejerce.

La sentencia T-405 de 1993 subraya que las acciones populares no tienen como finalidad un resarcimiento o reparación subjetiva de los daños provocados.

Con posterioridad a la ley 472 de 1998, en reiterada jurisprudencia constitucional sobre los derechos colectivos, la Corte Constitucional colombiana ha resuelto el problema jurídico de la procedencia de la acción de tutela. Al respecto ha considerado¹ que procede la acción de tutela de manera residual o excepcional cuando se vulneran derechos fundamentales de primera o segunda generación, como la vida o la salud, como consecuencia de la violación de los derechos colectivos. En ese caso, prevalece la protección constitucional por vía de acción de tutela y los derechos colectivos susceptibles de protección, como el medioambiente, se convierten en derechos fundamentales por conexidad.

En sentencia SU 1116 de 2001, se reitera la anterior regla constitucional de la protección de derechos colectivos fundamentales por conexidad mediante acción de tutela y se determina que el actor debe ser directamente perjudicado, en razón del carácter subjetivo de la tutela. De igual manera se exige una amenaza o vulneración ciertas y se hace énfasis en el restablecimiento del derecho fundamental vulnerado como finalidad o efecto principal de la orden judicial. No se hace énfasis en la protección del derecho colectivo vulnerado, a pesar de que como consecuencia de la sentencia resulte protegido un derecho de esta naturaleza.

La sentencia T-734 de 2009 reitera la sentencia T-182 de 2008 al determinar que en ciertos casos se podrán tutelar derechos fundamentales de personas que, a pesar de que no instauraron la acción, resultan víctimas de las mismas circunstancias que afectan el tutelante o el actor que está siendo protegido en sus derechos fundamentales. Al respecto, procede una protección de derechos fundamentales por conexidad, pues estos resultaron vulnerados como consecuencia de la violación de un derecho o interés colectivo.

La sentencia T-022 de 2008 determinó la regla siguiente:

Excepcionalmente la orden del juez de tutela puede corregir la omisión de una autoridad administrativa cuando tal conducta implica la violación directa o por conexidad de un derecho fundamental.

¹ Véanse las siguientes sentencias de tutela: Reiteración de jurisprudencia, sentencias SU-067 de 1993, T-254 de 1993, T-500 de 1994, SU-429 de 1997, T-244 de 1998, T-644 de 1999, T-1451 y T-1527 de 2000, T-576 de 2005, T-514 de 2007. Véase también T-182 de 2008, Protección de derechos colectivos fundamentales por conexidad, de personas que no son parte en el proceso. Asimismo, T-734, T-790 y T-878 de 2009.

[...]

La acción de tutela dirigida a obtener obras de alcantarillado no es improcedente por la existencia de otros medios de defensa judiciales como las acciones populares, cuando se demuestra que existe una violación o amenaza directa al derecho fundamental de la persona que interpone la tutela y que esta situación tenga una relación de causalidad directa con la omisión de la administración que afecte el interés de la comunidad, dado que en estos casos se genera una unidad de defensa, que obedece al principio de economía procesal y al de prevalencia de la acción de tutela sobre las acciones populares.

Según la regla jurisprudencial citada, la acción de tutela que tiene por objeto facilitar el acceso a los servicios públicos en condiciones de dignidad no es improcedente aunque existan otros medios de defensa judicial como las acciones populares. En efecto, debe demostrarse que se amenaza o se vulnera un derecho fundamental del tutelante y que existe una relación de causalidad entre esta situación y una omisión de la administración que afecte el interés de la comunidad. En este caso se subraya una unidad de defensa como manifestación del principio de economía procesal y la prevalencia de la acción de tutela sobre las acciones populares.

En el procedimiento iniciado por acción popular no existe protección alguna contra efectos de actos del poder público inconstitucionales; por esta razón el proceso está desprovisto de control de constitucionalidad.

El actor procesal presenta una demanda en la que se enumeran los hechos, las pretensiones y se solicitan pruebas. El defensor del Pueblo, las ONG, los alcaldes, las organizaciones populares, el procurador, el personero municipal pueden incoar la acción popular, y la parte demandada debe ser una entidad pública o un particular que puede ser persona natural o jurídica. El juez competente es la jurisdicción contencioso-administrativa o la jurisdicción civil.

Al admitir la demanda, el juez ordena la debida notificación de esta al demandado y, cuando este ha hecho uso de su oportunidad para contestar la demanda, el juez convoca las partes a una audiencia con el propósito de que se llegue a un pacto de cumplimiento. En dicha audiencia se busca determinar la forma de protección de los derechos e intereses colectivos y el restablecimiento de las cosas a su estado anterior. Si el acuerdo entre las partes no se logra o si no se celebra la audiencia, se abre un periodo probatorio en el que se decretan y practican pruebas.

La sentencia proferida en el proceso instaurado por acción popular puede declarar perjuicios en favor de la entidad pública que protege los derechos colectivos amenazados o vulnerados y contendrá una orden de hacer o de no hacer. Dicha orden determinará la conducta a cumplir con el fin del proteger el derecho o interés colectivo amenazado o vulnerado. De igual manera se determinará un incentivo o recompensa para el actor popular.

2.2. La acción pública de inconstitucionalidad

La acción pública de inconstitucionalidad es el mecanismo para acceder a la justicia constitucional con el objeto de asegurar la compatibilidad normativa entre la Constitución y las leyes inferiores que componen el ordenamiento jurídico.

El artículo 40 de la Constitución regula la acción pública de todo ciudadano para dar inicio al control abstracto de constitucionalidad. En la fase introductiva o inicial, este procedimiento es desprovisto de intereses subjetivos. Sin embargo, el juez constitucional puede proteger una pluralidad de intereses subjetivos en los casos en que se reconoce a nivel jurisprudencial un efecto concreto adicional al efecto general de la decisión constitucional proferida en el procedimiento. El presente caso ocurre cuando los fallos o sentencias de constitucionalidad, además de ajustar el ordenamiento jurídico a la Constitución, tienen incidencia directa en las situaciones concretas de los individuos.

La acción pública de inconstitucionalidad en Colombia, llamada *actio popularis* en el derecho comparado, no requiere un interés para actuar. En efecto, el actor o recurrente no está obligado a probar un agravio o perjuicio directamente producido por la ley cuestionada en el procedimiento. Para acceder a la Corte Constitucional, el actor solo debe probar una duda sobre la constitucionalidad de la ley cuestionada y manifestar en sus argumentos que existe una incompatibilidad normativa. Dicha argumentación permite demostrar que el proceso no tiene como fin resolver una controversia o litigio entre las partes. Se trata de un procedimiento objetivo de constitucionalidad para salvaguardar la unidad del ordenamiento jurídico.

Como requisitos de la acción de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional colombiana ha establecido una serie de condiciones a nivel jurisprudencial. Es así como se exige un rigor argumentativo que implica certeza, precisión, claridad y pertinencia en los cargos o argumentos constitucionales. El actor debe señalar con dicho rigor las normas que se estiman violadas, las normas legales acusadas y justificar minuciosamente el motivo de la violación.

Una vez iniciado el procedimiento de control abstracto, el juez procede a la evaluación de las normas susceptibles de control y a su respectiva comparación con las normas de referencia cuya función es servir de parámetro para juzgar o determinar la validez de las leyes.

El efecto del proceso iniciado por acción pública de inconstitucionalidad es general o *erga omnes*.

El artículo 241 de la Constitución manifiesta que el proceso es procedente para leyes ordinarias.

En el sistema de control abstracto de constitucionalidad iniciado por acción pública o *actio popularis*, el poder jurisdiccional es cada vez más limitado por los argumentos de la demanda y el razonamiento judicial tiende a excluir los efectos de aplicación de las leyes, salvo importantes excepciones. Son varias las sentencias que reconocen un sistema de *justicia constitucional rogada*. En efecto, la sentencia C-251 de 2004 reconoció de manera explícita este sistema de justicia y determinó que el control de constitucionalidad no podía iniciarse cuando el actor cuestiona disposiciones diversas a aquellas que deberían considerarse inconstitucionales. Según la Corte Constitucional, los argumentos de inconstitucionalidad deben tener una relación lógica con las normas cuestionadas. En este

sentido, la Corte Constitucional ha afirmado en varias de sus sentencias que, en razón de los límites del objeto del procedimiento, el control no puede iniciarse de oficio.²

En Colombia, a diferencia de otros países como Alemania, la intensidad del control de constitucionalidad se concentra en exámenes muy restringidos. La tendencia jurisprudencial mayoritaria consiste en reducir los efectos de las decisiones constitucionales. Sin embargo, esto no justifica que se excluyan por completo hipótesis en las cuales se deseche la protección de grupos de individuos afectados por las consecuencias directas de las leyes inconstitucionales.

El artículo 21 del decreto 2067 de 1991, numeral 4, estipulaba que excepcionalmente la Corte Constitucional podrá señalar de manera expresa que los efectos de la cosa juzgada se aplican solo respecto de las disposiciones constitucionales consideradas en la sentencia. Dicha disposición fue declarada inconstitucional en la sentencia C-113 del 25 de marzo de 1993. Según los argumentos de dicha sentencia, el Gobierno debe respetar la autonomía de los jueces y no determinar los efectos de las decisiones de la Corte Constitucional. Al interpretar los argumentos de la sentencia, la Corte Constitucional es libre de determinar los efectos de sus decisiones. Dicha regla se aplica en la mayoría de casos, lo que provoca que no se practiquen controles integrales de constitucionalidad de las disposiciones constitucionales.

El artículo 22 del decreto 2067 de 1991, actualmente en vigor, exige la práctica de un control de constitucionalidad de la norma cuestionada respecto a la totalidad de disposiciones constitucionales

La Corte Constitucional podrá justificar su declaración de constitucionalidad con argumentos que demuestren la inconstitucionalidad de normas que no fueron mencionadas por el actor en su demanda.

A pesar de la vigencia de la disposición anterior, son múltiples las sentencias en las cuales se señala que la Corte Constitucional es libre de determinar los efectos de sus sentencias y múltiples los casos en que se reduce la intensidad del control de constitucionalidad. En efecto, la Corte Constitucional, al determinar libremente los efectos de sus decisiones, suele limitar el control de constitucionalidad, aplicándolo solamente a las disposiciones cuestionadas por el actor en el proceso. De esta manera, cuando se reduce el control de constitucionalidad, la mayoría de las controversias constitucionales generadas por la inconstitucionalidad de normas no controladas tendrán que resolverse por la vía de la tutela. En este caso, la acción de tutela facilita la interpretación de las disposiciones constitucionales, protege con efectos concretos los derechos fundamentales invocados pero no impide la congestión judicial ni garantiza plenamente la unificación de la jurisprudencia.

Cuando no se realiza un control de constitucionalidad integral, las disposiciones legales no controladas o no cuestionadas en debida forma pueden violar o amenazar con su aplicación posterior múltiples derechos fundamentales. Para proteger cada derecho se interpone una acción de tutela de manera aislada y en cada proceso individual se garantiza una determinada interpretación de la Constitución. Al respecto, no se puede

² Véanse las sentencias de la Corte Constitucional C-115 de 2006, C-422 de 2006, C-760 de 2004, C-308 de 2007, C-569 de 2004, C-669 de 2002.

garantizar en este caso ninguna medida plena para erradicar los fallos contradictorios. Solo los efectos generales del control de constitucionalidad integral o los efectos generales de un recurso individual contra las leyes erradicarían por completo las divergencias o contradicciones.

Según las sentencias C-374 de 2002, C-699 de 2000, la Corte Constitucional colombiana no puede controlar de manera oficiosa la constitucionalidad de las leyes. Al respecto, la jurisprudencia se aleja cada vez más, en la práctica, del objetivo del legislador consistente en garantizar un control constitucional integral o del contexto constitucional. En la mayoría de los casos, la Corte Constitucional determina que la intensidad del control abstracto iniciado por acción pública es reducida (sentencias C-734 de 2002, C-477 de 2003, C-914 de 2004).

En la práctica jurisprudencial, cuando la Corte Constitucional no determina los efectos de sus sentencias, el control de constitucionalidad es integral. Con esta presunción se garantiza la libre determinación de los efectos de las decisiones constitucionales (sentencia C-774 de 2001, sentencia C-310 de 2002, sentencia C-1033 de 2002, sentencia C-153 de 2002).

La Corte Constitucional colombiana ha reconocido en su sentencia C-038 de 2006 que los efectos retroactivos de sus decisiones pueden implicar en ciertos casos el restablecimiento de los derechos subjetivos vulnerados por las leyes inconstitucionales. En este sentido, la Corte Constitucional consideró:

[...] excepcionalmente, bajo ciertas circunstancias, la expedición de fallos con efectos retroactivos puede tener entre sus efectos el resarcimiento de algunos de los perjuicios causados por las leyes contrarias a la Constitución.

Con esta regla jurisprudencial se han reparado perjuicios a una pluralidad de personas afectadas de manera uniforme por la inconstitucionalidad de las leyes. En el caso específico, la Corte Constitucional citó los argumentos de la sentencia C-149 de 1993, relativa a la compensación de perjuicios patrimoniales causados a los contribuyentes por la expedición de una ley inconstitucional.

La Corte Constitucional colombiana reconoce³ una protección equivalente a los actores del control abstracto y a los ciudadanos no actores en el mismo proceso, acreedores del mismo interés para actuar en justicia. En efecto, este grupo de individuos es afectado igualmente por las leyes inconstitucionales.

2.3. Las acciones de cumplimiento

El artículo 87 de la Constitución, desarrollado por la ley 393 de 1997, regula las acciones de cumplimiento. Estas acciones pueden ser interpuestas por toda persona, por el

³ Sentencia C-149 de 1993 sobre el restablecimiento de los derechos patrimoniales afectados por la aplicación de una regulación inconstitucional que estableció un régimen de impuestos contrario a la Constitución. El efecto de la decisión no es solamente la anulación de la ley, sino igualmente la reparación del perjuicio patrimonial del actor y de otros contribuyentes afectados por la ley de manera desfavorable.

personero municipal, por el defensor del Pueblo, por el Ministerio Público, con el fin de exigir por vía jurisdiccional a las autoridades administrativas, a los particulares o a los particulares que ejercen funciones públicas el efectivo cumplimiento o aplicación de normas con fuerza material de ley o actos administrativos.

En el presente caso, a diferencia de las hipótesis de violación de derechos fundamentales ocasionadas por la directa aplicación de leyes inconstitucionales, o a diferencia de la violación de derechos fundamentales, colectivos o difusos, se trata de exigir el cumplimiento de una ley o acto administrativo amenazado por la acción u omisión de particulares que ejercen funciones públicas o por autoridades administrativas.

Las acciones de cumplimiento no proceden para proteger derechos fundamentales susceptibles de amparo mediante la acción de tutela, ni proceden ante la existencia de otro procedimiento judicial, a menos de que se trate de impedir perjuicios graves.

Las acciones de cumplimiento son acciones directas cuya finalidad no es el control de constitucionalidad de la ley o de actos de similar naturaleza. Son acciones de naturaleza difusa. Cuando el incumplimiento es debido a la declaración de la excepción de inconstitucionalidad, el juez de cumplimiento deberá resolver dicho asunto en su sentencia.

Al respecto no procede revisión de la Corte Constitucional, lo cual genera problemas de inseguridad jurídica.

La demanda debe contener los hechos y fundamentos donde se demuestre el incumplimiento de la autoridad o del particular y debe probarse la renuencia. Dicha renuencia implica el reclamo del deber legal incumplido. Se reclama el cumplimiento de la ley o del acto administrativo, no la expedición de estos. Debe probarse en la demanda que, pese al reclamo, la autoridad o el particular persiste en el incumplimiento o no ha contestado dentro de los 10 días siguientes a la solicitud.

La acción de cumplimiento no podrá exigir el cumplimiento de normas legales que establezcan gastos (Consejo de Estado, sección primera, expediente ACU 47-49, sentencia de la Corte Constitucional C-157 de 1998).

La sección quinta del Consejo de Estado en defensa de los usuarios de los servicios públicos ha ordenado reconocer los efectos positivos del silencio administrativo como sanción al demandado cuando este se abstenga de responder las peticiones, quejas o recursos de los consumidores de servicios públicos domiciliarios.

Se puede exigir el inmediato cumplimiento del deber omitido cuando existe el riesgo de un perjuicio irremediable o riesgo de violación de derechos fundamentales.

El proceso puede suspenderse cuando en un proceso contencioso-administrativo iniciado por acción de nulidad o por acción de nulidad y restablecimiento del derecho se haya decretado la suspensión provisional del acto incumplido.

Si se aplica la ley o acto administrativo incumplido, el proceso terminará de manera anticipada.

En todo caso, la decisión judicial contendrá la identificación de las partes, la orden de cumplimiento y el término para cumplirla. Si no prosperan las pretensiones del actor, se advierte que este no podrá iniciar otro proceso por los mismos hechos.

La ley contempla la procedencia del incidente de desacato para hacer cumplir el fallo. El juez debe dirigirse al superior del responsable para estos efectos.

La acción de cumplimiento no tiene fines indemnizatorios.

3. Las acciones y procedimientos constitucionales con efectos relativos y efectos más allá de las partes procesales

Las acciones con efectos relativos tienen por finalidad la protección de derechos fundamentales individuales en las situaciones concretas. Dentro de esta categoría de procesos se encuentran las acciones de tutela y las acciones de grupo o de clase para la protección de los derechos individuales homogéneos de una pluralidad determinada de personas.

Encontramos como fenómeno interesante la articulación de procedimientos constitucionales por vía jurisprudencial. En el presente caso, la Corte Constitucional concede efectos a la acción de tutela, más allá de las partes del proceso. En el caso de la declaración de efectos *inter comunis*, la forma procesal es casi idéntica a la acción de grupo, muy a pesar de que esta únicamente tenga como finalidad el resarcimiento de los daños producidos.

3.1. La acción de tutela para la protección de derechos fundamentales individuales

En Colombia existe una forma de justicia constitucional atípica cuyo objeto fundamental es la protección subjetiva de cualquier persona en situaciones fácticas que afectan los derechos fundamentales. A diferencia de los recursos individuales europeos contra las leyes, la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución presenta restricciones estructurales para controlar la constitucionalidad de una ley que afecta directamente un individuo. Igualmente, no se realiza control de constitucionalidad de los actos administrativos. Se trata de un procedimiento individual que busca corregir la vulneración subjetiva causada por la acción u omisión de los funcionarios públicos o por los particulares.

La acción de tutela contra particulares procede en eventos en los cuales la víctima de la vulneración de un derecho fundamental se encuentra en circunstancias de indefensión o subordinación, o cuando se afectan los derechos en ejecución de un servicio público y en el evento en que se desea proteger un interés colectivo. Aunque el análisis constitucional del acto legal o administrativo inconstitucional no hace parte del proceso iniciado por acción de tutela, sí puede hablarse de la incorporación de algunos elementos derivados del control objetivo de las normas jurídicas que tienen que ver con la protección individual más allá del caso concreto.

La acción de tutela colombiana, a la diferencia de otros recursos individuales, como en Alemania, presenta aún restricciones. La decisión teóricamente no puede producir efectos generales. Sin embargo, se extienden los efectos de la acción cuando se busca amparar circunstancias análogas a aquella en que ha tenido lugar la lesión subjetiva.

Debe tratarse de circunstancias análogas previsibles en las cuales otras personas puedan resultar perjudicadas. Debe existir igualmente un riesgo de daño grave para extender los efectos de la decisión. Dicho riesgo no puede ser remoto o eventual. El daño no puede ser irrisorio, sino que debe tratarse de un daño grave que pueda ocurrir de manera sucesiva y uniforme. En estos casos se resalta el interés especial del juez constitucional

para proteger los derechos fundamentales en su esfera subjetiva y objetiva. Por esto son procedentes las medidas que trascienden a las partes en el proceso.

La acción de tutela frente a este tipo de casos no solo tiene un objeto curativo de la vulneración específica sino que posee un fin preventivo de la violación futura. Para este caso en particular la Corte constitucional reconoce el efecto objetivo de la acción de tutela, sin admitir aún que, por tratarse de un recurso individual, cabría de manera inequívoca la corrección del ordenamiento jurídico como consecuencia de los efectos de aplicación de leyes inconstitucionales.

Como un control a la repetición de la vulneración, el juez de tutela puede impartir orden a prevención según lo autoriza el artículo 24 del decreto 2591 de 1991. Entonces es posible afirmar que se reconoce de manera exclusiva la función objetiva de la acción de tutela cuando se requiere la protección de intereses semejantes, independientemente de la violación subjetiva causada. Faltaría ampliar un poco más dichos efectos con miras a que sean generales, admitiendo la procedencia del control de normas generales y abstractas dentro del ámbito del mismo proceso. Así, la acción de tutela tendría un alcance muy similar a los recursos individuales, cuya naturaleza es mixta.

La función objetiva de la acción de tutela no se había reconocido de manera explícita por la jurisprudencia constitucional colombiana hasta el caso en que se examinó el amparo de los derechos fundamentales de la víctima de una lesión dermatológica en un procedimiento cosmetológico. Aunque el alcance de la función objetiva no es el mismo que en Alemania, en Colombia sí procede dicho efecto cuando se trata de proteger casos similares al concreto examinado, y en estos eventos pueden expedirse diversas modalidades de órdenes, cuyo efecto no es solo específico.

Con el propósito de garantizar el amparo de los derechos fundamentales en su esfera objetiva, las órdenes de tutela pueden llegar a tener un alcance más general cuando se pretende proteger a varias personas en casos similares, cuando se ha ordenado a algún organismo la inspección, la vigilancia o el control en temas de trascendencia pública o de interés general, con miras a prevenir la vulneración sucesiva de los derechos, o simplemente la orden se limita a disponer la realización o ejecución de planes, políticas o programas que puedan promover la sumisión de los poderes públicos a los derechos fundamentales.

Podemos citar, por ejemplo, la sentencia T-595 de 2002, en materia de acceso de discapacitados físicos al servicio público de transporte, donde no solo se protege a las partes del litigio en la controversia planteada. Pensando en el interés general de facilitar el transporte público terrestre de todos los discapacitados en general, se definió el carácter prestacional del derecho de locomoción sin justificar la inacción continuada del Estado en los eventos en que no se diseñan políticas, planes o programas pertinentes. La política de integración social es abarcada en el conflicto particular a pesar de tener relación directa con el interés general.⁴

⁴ Se resolvió “Ordenar a Transmilenio S. A. que en el término máximo de dos años, a partir de la notificación de la presente, diseñe un plan orientado a garantizar el acceso del accionante al Sistema de transporte público básico de Bogotá, sin tener que soportar limitaciones que supongan cargas excesivas, y que una vez diseñado el plan inicie, inmediatamente, el proceso de ejecución de conformidad con el cronograma incluido en él”.

En la sentencia número T-087 de 2005, se protegió la libertad de movimiento de los menores “de brazos” en medios de transporte terrestre. La Corte Constitucional emitió una orden para ejecutar una política general consistente en que se garantice el acceso al transporte público y se divulgue un manual del usuario.

En la sentencia SU 225 de 1998 se amparó a los menores con fines preventivos de los efectos de la enfermedad de meningitis bacteriana que pudieran atentar contra el derecho a la salud y se exigió a las autoridades sanitarias organizar programas de prevención con miras a amparar a la población infantil en riesgo.

La política estatal de protección del menor fue entonces analizada en un litigio particular; de esta manera el recurso individual adquiere elementos objetivos del control abstracto de constitucionalidad al amparar intereses generales que se encuentran contemplados en normas jurídicas.

Resulta importante citar los avances respecto a la declaración de efectos *inter comunis*, caso en el cual la Corte Constitucional colombiana busca extender la protección reconocida en el caso concreto a circunstancias similares, en las cuales diversas personas o grupos de personas con intereses constitucionales homogéneos puedan resultar afectadas o se encuentran vulneradas de manera análoga. De igual manera, resulta interesante analizar la figura de la “declaración del Estado de cosas inconstitucionales” para proteger los derechos fundamentales vulnerados o amenazados de manera masiva, como ha ocurrido con la población desplazada por la violencia. Al respecto es pertinente citar las consideraciones jurisprudenciales más importantes introducidas por la sentencia de tutela T-025 de 2004.

3.2. Las acciones de grupo

Las acciones de grupo tienen por finalidad la protección de derechos individuales homogéneos y la reparación de daños causados a los derechos e intereses colectivos. Cabe destacar que se vulneran de manera idéntica y por la misma causa los derechos fundamentales de un grupo determinado de personas. En el presente caso, la acción de grupo se ejerce para obtener el reconocimiento y el pago de perjuicios.

En la acción de grupo, quien actúa como demandante representa a las demás personas que hayan sido afectadas individualmente sin necesidad de que cada uno de los afectados ejerza por separado su propia acción ni haya otorgado poder. En este punto convergen las acciones de grupo con las acciones de tutela con efectos *inter comunis*.⁵ En efecto, a pesar de que el tutelante no representa grupos de afectados, *puede* subrayarse que el fallo de tutela ampara de todas maneras a quienes no fueron parte en el proceso para evitar que se presenten futuras acciones individuales de manera aislada por personas afectadas en iguales condiciones por la misma causa.

Respecto a la integración del grupo, es menester citar el artículo 55 de la ley 472 de 1998 el cual estipula lo siguiente:

⁵ Véanse las siguientes sentencias de la Corte Constitucional colombiana: SU 388 de 2005, T-583 de 2006, T-203 de 2002, T-516 de 2003, SU 1023 de 2001, T-034 de 2002, T-203 de 2002, T-592 de 2000, T-843 de 2009, T T-203 de 2002, SU 636 de 2003, T-592 de 2006, T-098 de 2009.

Cuando la demanda se haya originado en daños ocasionados a un número plural de personas por una misma acción u omisión, o por varias acciones u omisiones, derivadas de la vulneración de derechos o intereses colectivos, quienes hubieren sufrido un perjuicio podrán hacerse parte dentro del proceso, antes de la apertura a pruebas, mediante la presentación de un escrito en el cual se indique su nombre, el daño sufrido, el origen del mismo y el deseo de acogerse al fallo y de pertenecer al conjunto de individuos que interpuso la demanda como un mismo grupo.

En la declaración de efectos *inter comunis*, se extienden los efectos de la sentencia de tutela a quienes no fueron parte en el proceso pero fueron afectados de la misma manera que el actor (sentencia T-843 de 2009), o se protegen derechos fundamentales individuales de varios tutelantes que conforman un grupo (sentencia SU 1023 de 2001 y sentencia T-516 de 2003). En la protección constitucional que se deriva de las acciones de grupo, se estipula legalmente que antes de la apertura de la etapa probatoria podrán hacerse presentes quienes hubieran sufrido perjuicios como consecuencia de la vulneración de derechos e intereses colectivos. De igual manera, se dispone que los afectados que se adhieran al proceso deben manifestar por escrito el deseo de acogerse al fallo y de pertenecer al conjunto de individuos que interpuso la demanda como un mismo grupo.

Para evitar los fallos contradictorios y la violación del derecho a la igualdad, la Corte Constitucional ha manifestado en su jurisprudencia de tutela que la *ratio decidendi* de las sentencias de tutela son obligatorias o tienen fuerza vinculante. Sin embargo, los jueces de otras jurisdicciones o inclusive la misma Corte Constitucional pueden apartarse de sus decisiones siempre y cuando argumenten y justifiquen su posición. La sentencia T-292 del 2006 retomó la interpretación que la Corte hizo en el examen de constitucionalidad del artículo 48 de la ley estatutaria de la justicia (ley 270 de 1996), en la sentencia C-037 de 1996.

El artículo 48 de la ley 270 de 1992 establece: “las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes” y “su motivación solo constituye criterio auxiliar para los jueces”. Dicho artículo fue interpretado en examen de constitucionalidad en la sentencia C-037 de 1996, la cual precisó:

Las sentencias de revisión de la Corte Constitucional, en las que se precise el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, pero si éstos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad.

Aunque la regla legal que gobierna el procedimiento instaurado por acción de tutela dispone la producción de efectos *inter partes* en el fallo, la Corte ha extendido los efectos de sus providencias cuando aplica la excepción de inconstitucionalidad a casos similares o cuando se declaran efectos *inter comunis*.

En materia de tutela, la Corte ha proferido numerosas sentencias en las cuales los efectos de las órdenes impartidas tienen un alcance mayor al meramente *inter partes*.

Por ejemplo, cuando la Corte ordena la adopción de programas, planes o políticas que benefician a personas diferentes de los accionantes.

Respecto a la declaración de efectos *inter comunis*, la Corte Constitucional en su sentencia T-843 de 2009 consideró lo siguiente:

En la sentencia SU.1023 del 26 de sept. de 2001, la Corte decidió que sus órdenes debían tener efectos “inter comunes”, con el fin de proteger los derechos de todos los pensionados de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S. A., hubieran o no presentado acción de tutela, por considerar que al conceder el amparo exclusivamente en beneficio de los tutelantes, sin considerar los efectos que tal decisión tendría frente a quienes no habían interpuesto la acción de tutela, podría implicar la vulneración de otros derechos fundamentales. En esta sentencia la Corte señaló que el derecho a la igualdad de todos los pensionados de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante debía ser un factor a considerar al momento de ordenar el pago de las mesadas pensionales a través de la acción de tutela. Dijo entonces la Corte:

“Existen circunstancias especialísimas en las cuales la acción de tutela no se limita a ser un mecanismo judicial subsidiario para evitar la vulneración o amenaza de derechos fundamentales solamente de los accionantes. Este supuesto se presenta cuando la protección de derechos fundamentales de los peticionarios atente contra derechos fundamentales de los no tutelantes. Como la tutela no puede contrariar su naturaleza y razón de ser y transformarse en mecanismo de vulneración de derechos fundamentales, dispone también de la fuerza vinculante suficiente para proteger derechos igualmente fundamentales de quienes no han acudido directamente a este medio judicial, siempre que frente al accionado se encuentren en condiciones comunes a las de quienes sí hicieron uso de ella y cuando la orden de protección dada por el juez de tutela repercuta, de manera directa e inmediata, en la vulneración de derechos fundamentales de aquellos no tutelantes.

[...]

“La decisión de extender los efectos del fallo a personas que no habían acudido a la acción de tutela para lograr el pago de sus mesadas pensionales, y cuyos derechos han sido amenazados o vulnerados por los mismos hechos y por el mismo demandado, se justificó tanto por la necesidad de dar a todos los miembros de la comunidad de pensionados de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante un tratamiento uniforme, como por razones de economía procesal. Pero además, la modulación de los efectos de la sentencia de tutela se justificó por otras cuatro razones: i) para evitar que la protección del derecho de uno o algunos de los miembros del grupo afectara los derechos de otros; ii) para asegurar el goce efectivo de los derechos de todos los miembros de una misma comunidad; iii) para responder al contexto dentro del cual se inscribe cada proceso; y iv) para garantizar el derecho a acceder a la justicia que comprende la tutela judicial efectiva”.

El activismo del juez constitucional colombiano altera la fisonomía de los efectos de las acciones constitucionales. Hoy en día puede decirse que las acciones que la Constitución colombiana contempla en sus artículos 40, 86 y 88 convergen o pueden combinarse en diversos aspectos, en especial en sus efectos. Puede hablarse inclusive de procedimientos de naturaleza mixta donde la protección de la Constitución y los derechos

fundamentales tratan de acercarse cada vez más, de tal manera que algún día pueda hablarse de un solo sistema de control de constitucionalidad.⁶

Bibliografía

- BERMÚDEZ MUÑOZ, Martín: *La acción de grupo. Normativa y aplicación en Colombia*, Bogotá: Universidad del Rosario, col. Textos de Jurisprudencia, 2007.
- BERNAL CANO, Natalia: *Le contrôle de constitutionnalité de la loi sur recours d'un individu en Allemagne, Belgique et Colombie. Réflexions comparatives pour un nouveau modèle de justice constitutionnelle*, tesis doctoral, París: Universidad de París 1 Panthéon-Sorbonne, Doctorado en Derecho Comparado, 2009.
- “Variaciones sobre una iniciativa de reforma de la justicia constitucional en Colombia”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2009.
- BERNATCHEZ, Stéphane: “Le rôle du pouvoir judiciaire en matière d’accommodements raisonnables: de l’interprétation à la création des normes?”, *Accommodements raisonnables et rôle de l’État: un défi démocratique*, Congrès de l’Institut canadien d’administration de la justice, Québec, 26 de septiembre de 2008.

⁶ Véase el modelo de justicia constitucional desarrollado por Hans Kelsen: *Traduction française de l’ouvrage de Hans Kelsen “Théorie générale des normes” (Allgemeine Theorie der Normen)*, en colaboración con Olivier Beaud y Fabrice Malkani, París: PUF, col. Léviathan, 1996. Hans Kelsen: “Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit”, “Nature et développement de la justice d’État” (publicaciones de la Asociación de Profesores de Derecho Alemanes, 1928), en *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, vol. 2, Viena, 1968, pp. 1813 ss.; versión en español: “La garantía jurisdiccional de la Constitución” (trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, bajo la revisión de Domingo García Belaunde), en “La justicia constitucional”, *Ius et Veritas* (revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú). Hans Kelsen: *El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana* (trad. de Domingo García Belaunde del texto original publicado en *The Journal of Politics*, vol. 4, mayo de 1942, n.º 2, pp. 183-200, “Judicial Review of legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution”, *Ius et Veritas* (revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú), año IV, n.º 6, junio de 1993, p. 83. Natalia Bernal Cano: “Variaciones sobre una iniciativa de reforma de la justicia constitucional en Colombia”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2009. Hans Kelsen: “Le contrôle de constitutionnalité des lois. Une étude comparative des constitutions autrichienne et américaine”, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n.º 1, 1990; Lucio Perogaro: “La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 6, 2002, pp. 393-416; Constance Grewe: “A propos de la diversité de la justice constitutionnelle en Europe: L’enchevêtrement des contentieux et des procédures”, en *Les droits individuels et le juge en Europe. Mélanges en l’honneur de Michel Fromont*, Estrasburgo: Presses Universitaires de Strasbourg, 2001, pp. 255-266; Mauro Cappellotti: *Le pouvoir des juges* (trad. de René David, préface de Louis Favoreu), Marsella: Presses Universitaires d’Aix-Marseille, Economica, col. Droit Public Positif, 1990, p. 181; Francisco Fernández Segado: “La faillite de la bipolarité ‘modèle américain-modèle européen’ en tant que critère analytique du contrôle de la constitutionnalité et la recherche d’une nouvelle typologie explicative”, en *Mélanges en l’honneur de Franck Moderne. Mouvement du droit public*, París: Dalloz, 2004, p. 1086; Albrecht Weber: “Notes sur la justice constitutionnelle comparée: convergences et divergences”, en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, XIX, Economica, 2003, pp. 29 ss. Natalia Bernal Cano: “Análisis crítico de la separación estricta de los modelos de justicia constitucional en Francia y en Alemania para la protección de los derechos fundamentales”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n.º 9, México: Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, Porrúa, 2009.

- BLACKSTONE, W.: *Commentaires on the laws of England. Facsimile of the first edition of 1765-1769*, vol. 1, Chicago: University of Chicago Press, 1979.
- CAPPELLETTI, Mauro: *Le pouvoir des juges* (trad.), Marsella: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, col. Droit Public Positif, Economica, 1990, p. 181.
- CORREA PALACIOS, Ruth Stella: "El control judicial de la administración: acciones constitucionales y su alto impacto en la defensa de los intereses colectivos y en las políticas para su defensa", *Gaceta jurídica pública Memorias del segundo seminario internacional*, módulo IV: "La gerencia jurídica del impacto del control judicial", Bogotá: Alcaldía Mayor de Bogotá, 2005.
- OVALLE FAVELLA, José: *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*, México: UNAM, 2004.
- "Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año xxxvi, n.º 107, mayo-agosto de 2003, pp. 587-615.
 - "Los derechos de los consumidores", *Revista de Derecho Privado*, nueva época, año IV, n.º 12, septiembre-diciembre de 2005, pp. 75-111.

Carlos Rafael Rodríguez-Cerna Rosada (Guatemala)*

El amparo guatemalteco y el sistema interamericano de protección de derechos humanos

RESUMEN

La institución del amparo en Guatemala y la protección de derechos humanos en el sistema interamericano son los focos de interés del presente texto. Por una parte, se presentan las características fundamentales del amparo en el sistema legal y en la legislación de rango constitucional guatemaltecos. Por otra, se presentan aspectos generales del funcionamiento del sistema interamericano de derechos humanos, junto con elementos doctrinales y jurisprudenciales relacionados con procedimientos para la activación de su competencia, tales como el pronunciamiento sobre admisibilidad, el agotamiento de los recursos internos y la naturaleza de la institución relativa al agotamiento de dichos recursos. Ambos focos se relacionan en el apartado conclusivo para ofrecer una perspectiva comparada.

Palabras clave: amparo, derechos humanos, derecho internacional de los derechos humanos, ordenamiento jurídico nacional, jurisprudencia, Corte Interamericana de los Derechos Humanos, agotamiento de recursos internos, derecho comparado, Guatemala.

ZUSAMMENFASSUNG

Das Institut des Rechtsschutzes in Guatemala und der Menschenrechtsschutz im interamerikanischen System stehen im Mittelpunkt des vorliegenden Textes. Einerseits werden die Grundzüge des Rechtsschutzes in der Rechtsordnung Guatemalas und der Gesetzgebung mit Verfassungsrang vorgestellt. Auf der anderen Seite erfolgt eine Darstellung allgemeiner Aspekte der Arbeitsweise des interamerikanischen Menschenrechtssystems in Verbindung mit Elementen der Rechtsdoktrin und Rechtsprechung zu Verfahrensfragen bezüglich der Zuständigkeitsaktivierung wie die Feststellung der Zulässigkeit, die Ausschöpfung der internen Rechtsmittel und die Natur des Instituts bei einer Ausschöpfung der genannten Rechtsmittel. Im abschließenden Abschnitt werden die beiden Schwerpunkte miteinander verknüpft, um eine vergleichende Perspektive zu eröffnen.

* Abogado y notario, maestro en Derecho Constitucional y doctor en Derecho. Especialidad en procesos de justicia constitucional, juicios de amparo e inconstitucionalidades, recursos de casación civil, penal y contencioso-administrativa. <cararocero@yahoo.es>

Schlagwörter: Rechtsschutz, Menschenrechte, Internationales Recht der Menschenrechte, nationale Rechtsordnung, Rechtsprechung, Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, Ausschöpfung der nationalen Rechtsmittel, vergleichende Rechtswissenschaft, Guatemala

ABSTRACT

The institution of *amparo* in Guatemala and the protection of human rights within the Inter-American system are the focus points of this article. On one hand, the fundamental traits of *amparo* in Guatemalan laws and constitutional rules are presented. On the other, the general features of the Inter-American human rights system are described, along with academic legal opinions and case law regarding the procedures for enabling its jurisdiction, such as the declaration of admissibility, the exhaustion of domestic remedies and the nature of the institution for the exhaustion of such remedies. The conclusion section shows the links between both approaches and offers a comparative perspective.

Keywords: amparo, human rights, international human rights law, national legal system, case law, Inter-American Court of Human Rights, exhaustion of domestic remedies, comparative law, Guatemala

1. Introducción

En este trabajo se propone un somero estudio de la institución del amparo guatemalteco y del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Luego de abordar cada uno de estos temas, trataremos engarzarlos.

En la primera sección expondremos en forma breve y muy general los matices fundamentales de la institución del amparo en el sistema legal guatemalteco, realzando nuestra concepción en cuanto a las grandes ventajas del sistema vigente y, muy especialmente, de sus matices como fuente formal del derecho constitucional.

A continuación describiremos brevemente los aspectos más generales del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

En la tercera sección haremos énfasis en algunos aspectos doctrinarios y jurisprudenciales relativos a los procedimientos ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, seleccionados por su trascendencia para el desarrollo de este trabajo. Ellos son: lo relativo al pronunciamiento sobre admisibilidad; el agotamiento de los recursos internos y la naturaleza de la institución relativa al agotamiento de dichos recursos; las características de los recursos internos y las excepciones a la regla; el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana respecto al artículo 46 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la relación entre la regla del agotamiento de los recursos internos y los méritos de la petición o comunicación.

En la última sección expondremos al lector nuestras conclusiones, que tienden a realizar un engarce entre la institución del amparo guatemalteco y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, para lo cual efectuaremos un breve ensayo de análisis de derecho comparado. Además, incluiremos a manera de colofón algunas recomendaciones.

2. El amparo y la legislación de rango constitucional guatemalteca en materia de justicia constitucional

La Constitución Política de la República y Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad actualmente vigentes han colocado a Guatemala, en lo que a justicia constitucional se refiere, a la vanguardia en el mundo contemporáneo en el desarrollo del amparo y las demás instituciones procesales relativas a la justicia constitucional.

Como en múltiples oportunidades hemos manifestado, estamos enfáticamente en contra del manoseo de nuestra actual Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, convencidos de que constituye uno de los instrumentos jurídicos de más avanzada y desarrollo tanto en materia constitucional como también, y muy especialmente, en materia de protección de los derechos humanos, superando por mucho a las legislaciones que sobre esas materias existen en otros países; pensamos también que contiene los más actualizados avances y corrientes en boga sobre las materias que trata.

Para sostener lo anterior, partimos de la base de que, en cuanto al amparo como instituto tutelar de los derechos humanos por excelencia, contamos antes que nada con la norma constitucional contenida en el artículo 265 de la Constitución Política de la República, que con una visión futurista dispone:

Procedencia del amparo. Se instituye el amparo con el fin de proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. *No hay ámbito que no sea susceptible de amparo*, y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleve implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la constitución y las leyes garantizan.¹

Es evidente la amplitud de la norma recién transcrita, que deliberadamente fue redactada en esa forma generosa y amplia por el constituyente, para permitir que la protección por la vía del amparo fuese siempre extensiva a nuevas situaciones.

En armonía con lo dispuesto por la citada norma, y en acatamiento de lo ordenado por el artículo 276 de la misma Constitución, que preceptúa que una ley constitucional desarrollará lo relativo al amparo, a la exhibición personal y a la constitucionalidad de las leyes, en un sistema *númerus apertus* que quedó plasmado en el artículo 10 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad (decreto 1-86 de la Asamblea Nacional Constituyente), el constituyente guatemalteco estableció, de manera solo enunciativa, algunas posibilidades de casos de procedencia, y en el último párrafo de ese artículo hizo la siguiente salvedad:

Lo determinado en los incisos anteriores, *no excluye cualesquiera otros casos, que no estando comprendidos en esa enumeración, sean susceptibles de amparo* de conformidad con lo establecido por los artículos 265 de la Constitución y 8 de esta ley.²

¹ Cursivas añadidas.

² Ídem.

Obsérvese que el artículo 8 de esa ley no hace más que confirmar la amplitud y generosidad de la norma constitucional antes glosada, contenida en el citado artículo 265.

En otro orden de ideas, sostenemos que lo más importante de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, aún hoy, un cuarto de siglo después de haber sido emitida, aún no ha sido debidamente apreciado en su justa dimensión por el foro guatemalteco, lo que sigue obstaculizando el desarrollo del derecho patrio. Concretamente nos estamos refiriendo a las normas contenidas en los artículos 43 y 190 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad. El primero expresamente ordena y manda:

La interpretación de las normas de la Constitución y de otras leyes contenidas en las sentencias de la Corte de Constitucionalidad, *sienta doctrina legal que debe respetarse por los tribunales al haber tres fallos contestes de la misma Corte*. Sin embargo, la Corte de Constitucionalidad podrá separarse de su propia jurisprudencia, razonando la innovación, la cual no es obligatoria para los otros tribunales, salvo que lleguen a emitirse tres fallos sucesivos contestes en el mismo sentido.³

Y el segundo, al referirse a las resoluciones en casos que contengan planteamiento de inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y disposiciones de carácter general, ordena y manda que, no obstante solo causan efecto de cosa juzgada con respecto al caso concreto en que fueron dictadas, aquellas también tienen efectos jurisprudenciales.

¿Por qué hacemos tanto hincapié en las normas antes citadas, al extremo de considerarlas de trascendental importancia para la evolución del derecho? Pues porque deseamos remarcar que la verdadera evolución del derecho está en los fallos judiciales, que constituyen el verdadero derecho positivo guatemalteco por cuanto son el derecho vivo, real, el derecho de los tribunales, el derecho mediante el cual las controversias concretas de los habitantes de este país son definitivamente decididas.

Y no es casualidad la inclusión del citado artículo 43 en la Ley de Amparo guatemalteca. Detrás de dicha norma existe todo un movimiento jurídico a escala mundial que es importante dar a conocer en este breve trabajo, con el objeto de situar las cosas en su justa dimensión.

El sistema jurídico guatemalteco se incluye entre los países adscritos a la tradición del derecho civil. Esta tradición, como la describe John Henry Merryman,⁴ se caracteriza por un sistema legal cuya imagen es la de un universo legal habitado solo por el individuo y el Estado; la supremacía legislativa; una separación rigurosa entre el Poder Judicial, el Poder Legislativo y el Poder Administrativo (Ejecutivo); un papel judicial estrechamente definido y poco creativo; la negación del *stare decisis*;⁵ la primacía del Código Civil y de

³ Ídem.

⁴ John Henry Merryman: *La tradición jurídica romano-canónica*, México: Fondo de Cultura Económica, 2001, pp. 264-295.

⁵ El *stare decisis*, a grandes rasgos, puede afirmarse que es el principio que hace suministrar a la sentencia precedente una validez distinta de la que originalmente tenía por virtud de la *res judicata*; y es que el *stare decisis* reviste a dicha sentencia de un nuevo valor, dándole el de fuente normativa general, en la medida en que requiere de los jueces de la misma jurisdicción, de jerarquía coordinada o inferior, que recurran a ella como fuente cuando tengan que resolver casos que ofrezcan cierta similitud.

la investigación del derecho civil; una estructura conceptual desarrollada y coherente, y una preocupación constante por la certeza.

Sin embargo, también el citado autor menciona que, recientemente, la adopción de constituciones rígidas (como más o menos es el caso de Guatemala) llena la brecha dejada por el rechazo del derecho natural como un freno para la legislatura, y dicha adopción se ha visto acompañada (como también es el caso de Guatemala) de diversos instrumentos que tratan de mantener la legislación dentro de los límites constitucionales.

En este sentido ha habido una traslación sustancial del poder, de la legislatura a los tribunales, lo que mina el ideal de la supremacía legislativa. Las facultades de los tribunales para revisar la legalidad de la acción administrativa —por la vía del proceso contencioso administrativo en el caso del derecho guatemalteco— y para revisar la constitucionalidad de la acción legislativa, así como para interpretar los estatutos (las leyes) —por vía de los tribunales constitucionales— minan el dogma clásico de la separación estricta de poderes.

A continuación Merryman expone que se han dado manifestaciones de insatisfacción con la ciencia jurídica tradicional del derecho civil, reforzadas por un desplazamiento del centro de gravedad del orden legal, el cual tradicionalmente ha tenido como bastión de la ciencia jurídica al derecho privado, que ha dominado los procesos legislativos y, más relevante aún, los judiciales.

Pero lo importante para este breve ensayo que destaca el citado autor es que en la actualidad, con la adopción de las constituciones rígidas modernas, que incorporan nuevas concepciones sociales y económicas, y con el establecimiento de la *revisión judicial de la constitucionalidad de la legislación* en importantes naciones de derecho civil, como es el caso de Guatemala, el centro legal de gravedad ha empezado a experimentar lo que promete ser *un desplazamiento drástico del Código Civil a la Constitución, del derecho privado al derecho público, del tribunal ordinario al tribunal constitucional, del positivismo legislativo al principio constitucional*.

Resulta entonces que actualmente *las disposiciones de las Constituciones representan una fuente alterna de los principios generales*; ofrecen un conjunto alterno de nociones para guiar a los jueces en la interpretación y aplicación de las leyes, incluyendo las propias disposiciones de los códigos civiles. Y es que la facultad de los tribunales constitucionales para declarar inválidas *erga omnes* las leyes dota de gran autoridad a las disposiciones constitucionales.

Así, en los sistemas legales como el que existe actualmente en Guatemala, en donde contamos con una Constitución —en gran parte rígida— aunada a la facultad constitucionalmente establecida de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, este sistema legal se enfrenta a una fuerte tradición de la ciencia jurídica, como también ocurre en países como Alemania e Italia. *Tal circunstancia ha generado un reajuste fundamental del proceso legal que el foro guatemalteco debe asumir como un desafío de trascendental importancia*, y para hacerlo basta con plantearse la misma interrogante que Merryman plantea en su obra: ¿En qué medida responde la tradición del derecho civil a la que está adscrito el sistema jurídico guatemalteco a las demandas que le formula legítimamente la sociedad guatemalteca, y en qué medida impide esa tradición la realización de valiosos objetivos políticos, económicos y sociales?

En el último capítulo de su obra, el autor citado alude al futuro de la tradición del derecho civil, y al respecto examina el proceso de erosión que dicha tradición ha sufrido y describe lo que denomina una transformación fundamental que está ocurriendo, de la que Guatemala no está exenta, la que se simboliza en parte por la declinación de los códigos civiles merced al ascenso de las constituciones.

De esa transformación nos interesa especialmente la tendencia que el citado autor denomina *constitucionalización* de la tradición del derecho civil, y que, según explica, parece irreversible. Al respecto expone, que mientras las legislaturas y los códigos han declinado por todo el mundo de derecho civil, ha crecido la práctica de tratar las constituciones como fuentes supremas del derecho, al igual que el conjunto de las oportunidades para cuestionar la constitucionalidad de los actos legislativos. Así, tanto en Europa como en América Latina (incluyendo a Guatemala), el fenómeno ha asumido la forma de constituciones que crean tribunales especiales (precisamente los tribunales constitucionales) dotados de la facultad de revisión judicial.

Se trata, pues, de un fuerte movimiento hacia el constitucionalismo que manifiesta varias características comunes: por una parte, *el nuevo constitucionalismo ha tratado ante todo de garantizar y expandir los derechos individuales*, entre ellos el derecho al “debido proceso Legal”; a la igualdad; a la libertad de asociación, etcétera. De tal manera, actualmente *las constituciones son el albergue de los nuevos derechos individuales*, y el choque del litigio constitucional (especialmente a través del instituto del amparo) es el conducto de su definición y ejecución.

El surgimiento del constitucionalismo —explica Merryman— es en este sentido una forma adicional de la descodificación: los códigos civiles ya no desempeñan una función constitucional, pues esa función se ha trasladado de la más privada de las fuentes del derecho privado —el Código Civil— a la más pública de las fuentes del derecho público: la Constitución. Resulta entonces claro que *el nuevo constitucionalismo involucra una importante transferencia de poder y prestigio a los jueces*.

Y es el caso que evidentemente Guatemala no ha sido la excepción a ese movimiento mundial ocurrido con el surgimiento del Constitucionalismo, sino más bien todo lo contrario. Inmersa en dicho movimiento es que oportunamente fue promulgada la Constitución Política de la República y la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, que en conjunto contienen todos los aspectos legales —especialmente los instrumentos procesales dentro de los cuales el instituto del amparo tiene especial relevancia— que son la eficaz herramienta para permitir la evolución del derecho y, por qué no decirlo, con ello la instauración de un auténtico Estado constitucional de derecho, a través *una nueva, especial y muy importante preponderancia del derecho judicial o del derecho jurisprudencial (especialmente el constitucional) como importantísima fuente del derecho*, camino para cuya evolución tenemos el andamiaje jurídico necesario plasmado por la inclusión de las normas contenidas en los citados artículos 43 y 190, parte final, de la Ley de Amparo.

Debe también tomarse en consideración que, así como en el caso de Europa, según lo expresa Merryman,⁶ el desarrollo de la Comunidad Económica Europea y el aparato

⁶ *Ibidem*, p. 293.

legal de la Convención Europea de Derechos Humanos *aceleran el derrumbe del sistema antiguo*. La Corte de Justicia de la citada comunidad puede dejar de lado las leyes nacionales que entren en conflicto con el derecho comunitario, y este resulta ser de orden supremo, al extremo que los tribunales nacionales de los países miembros están obligados a rehusar la aplicación de las leyes nacionales que entren en conflicto con el derecho de la Comunidad, y deben referir a la citada Corte los problemas de interpretación del derecho comunitario. Así también las leyes de los países miembros de la Comunidad que violen la Convención Europea de Derechos Humanos pueden ser cuestionadas ante la Comisión Europea y la Corte de Derechos Humanos, de manera tal que se ha reducido decisivamente la soberanía interna y externa del Estado: *en lo interno, el crecimiento de los derechos humanos* a que ya nos referimos, junto con el reconocimiento de los intereses de grupo y de clase que de alguna manera transfieren soberanía del Estado a los individuos, los grupos y las clases; en lo externo el crecimiento de la autoridad de la Comunidad Económica Europea y la Convención Europea de Derechos Humanos, que transfiere soberanía del Estado a los organismos internacionales.

En el caso concreto de Guatemala, la disposición contenida en *el artículo 46 de la Constitución Política de la República, que 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*, nos obliga a analizar qué tratados y convenciones pueden verse involucrados por la disposición constitucional citada. A continuación nos ocuparemos de un somero análisis de la protección de los derechos humanos en América, para con ello poder precisar la situación concreta de nuestra nación.

3. Sistema interamericano de protección de los derechos humanos

En el ámbito americano, el primer documento internacional de derechos humanos que se aprobó, según explica Marco Antonio Sagastume Gemmell,⁷ fue la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; sin embargo, no se logró que esta fuera adoptada en forma de convención. Luego está la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que entró en vigor el 18 de julio de 1978, al ser depositado el undécimo instrumento de ratificación ante la Secretaría General de la OEA. Interesa destacar que la citada Convención, en su segunda parte, titulada “Medios de protección que establece la organización, jurisdicción, funciones y procedimientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, contiene los mecanismos procesales para la protección de los derechos humanos que el mismo instrumento también consagra.

Explica Sagastume que el 29 de noviembre de 1979 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos comenzó a funcionar con su nuevo Estatuto, el cual en su artículo

⁷ Marco Antonio Sagastume Gemmell: *Introducción a los derechos humanos*, Guatemala: Editorial Universitaria, 2008, p. 83.

primero se define como “creado para promover la observancia y la defensa de los Derechos Humanos y servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia”⁸ La Comisión tiene facultad para conocer comunicaciones sobre violaciones a los derechos humanos tanto individuales como colectivas, para lo cual es necesario que la parte interesada haya interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna del Estado en donde haya ocurrido la violación; pero cuando el peticionario afirme la imposibilidad de comprobar el requisito antes indicado, le corresponderá al Gobierno en contra del cual se dirige la petición demostrar a la Comisión que los recursos internos no han sido previamente agotados, a menos que ello se deduzca de los antecedentes contenidos en la petición. Este punto relativo al uso de los recursos está previsto en el artículo 28, inciso *h*, del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por la Comisión en su 109.º período extraordinario de sesiones, celebrado del 4 al 8 de diciembre de 2000, modificado en su 116.º período ordinario de sesiones, celebrado del 7 al 25 de octubre de 2002, y en su 118.º período ordinario de sesiones, celebrado del 6 al 24 de octubre de 2003, el cual en lo conducente preceptúa:

Las peticiones dirigidas a la Comisión deberán contener la siguiente información: [...] las gestiones emprendidas para agotar los recursos de la jurisdicción interna o la imposibilidad de hacerlo conforme al artículo 31 del presente Reglamento; [...].

Y el citado artículo 31 al que refiere el anterior, textualmente ordena:

Agotamiento de los recursos internos. 1. Con el fin de decidir sobre la admisibilidad del asunto la Comisión verificará si se han interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos. 2. Las disposiciones del párrafo precedente no se aplicarán cuando: a. no exista en la legislación interna del Estado en cuestión el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alegan han sido violados; b. no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos; c. haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos. 3. Cuando el peticionario alegue la imposibilidad de comprobar el cumplimiento del requisito señalado en este artículo, corresponderá al Estado en cuestión demostrar que los recursos internos no han sido agotados, a menos que ello se deduzca claramente del expediente.

Para presentar una petición es necesario que el interesado lo haga antes del plazo de seis meses a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos fue notificado de la decisión definitiva, en caso de agotamiento de los recursos internos; asimismo es necesario que la petición no haya sido cursada a otro procedimiento internacional en el cual sea parte el Estado aludido. Seguidamente la Comisión concede audiencia a las partes y, de ser necesario, realiza una investigación *in loco*, es decir, en el país o Estado

⁸ *Ibidem*, pp. 84-88.

involucrado en la petición, siempre y cuando este conceda la autorización necesaria (véase el artículo 40 del Reglamento citado). En todo caso, la Comisión trata siempre de buscar una solución amistosa (véase el artículo 41 del Reglamento). Finalmente, la Comisión rinde su informe sobre el fondo y, en los casos en que establezca una o más violaciones, prepara un informe preliminar con las proposiciones y recomendaciones que juzgue pertinentes y lo transmite al Estado en cuestión, caso en el cual, fija un plazo para que dicho Estado informe sobre las medidas adoptadas para cumplir las recomendaciones.

En el caso de los Estados partes de la Convención Americana que hubieran aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, al notificar al peticionario la Comisión dará a este la oportunidad de presentar, dentro del plazo de un mes, su posición respecto del sometimiento del caso a la Corte (véase el artículo 43 del Reglamento). Si se trata de un Estado que ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana, de conformidad con el artículo 62 de la Convención Americana, y la Comisión considera que el Estado involucrado en la petición no ha cumplido con las recomendaciones del informe aprobado de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 50 de la referida Convención, someterá el caso a la Corte, salvo por decisión fundamentada de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión (véase el artículo 44 del Reglamento).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos entró en vigor al mismo tiempo que la Convención Americana sobre Derechos Humanos; su sede se encuentra en la República de Costa Rica y tiene como principal propósito aplicar e interpretar la referida Convención. Su competencia se refiere a resolución de casos en que se ha alegado la violación de los derechos humanos reconocidos en la citada Convención por un Estado parte, y también tiene competencia de carácter consultivo, en orden a la interpretación de la referida Convención y de otros tratados relativos a la protección de los derechos humanos en América.

Sagastume Gemmell enfatiza que los Estados miembros de la OEA que no han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que, por lo tanto, tampoco han reconocido la competencia de la Comisión y de la Corte Interamericana se encuentran obligados por la Carta de la OEA a respetar y cumplir los derechos humanos. También el citado autor se refiere a que un análisis comparatista de los órganos de protección de los derechos humanos en el ámbito europeo frente al americano permite afirmar que el sistema europeo cuenta con una Carta Social que protege en cierta medida los derechos económicos, sociales y culturales, mientras que el sistema americano posee una protección de ese tipo por haber aprobado el 17 de noviembre de 1988 en San Salvador un Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que entrará en vigor al ser ratificado por once estados, siendo que hasta el momento solo ha sido ratificado por El Salvador, Ecuador, Panamá, Perú y Surinam.

4. Algunas consideraciones sobre los aspectos doctrinarios y jurisprudenciales relativos a los procedimientos ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En este apartado se subsumen los aspectos doctrinarios con los jurisprudenciales, lo cual tiene una razón de ser, y es que la doctrina en esta materia se va construyendo precisamente a través de los casos resueltos por estas instancias internacionales.

4.1. En cuanto al pronunciamiento sobre la admisibilidad

Como explica Héctor Faúndez Ledesma,⁹ la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no siempre ha adoptado una decisión expresa respecto a la admisibilidad de las peticiones que se le someten. Si bien el artículo 47 de la Convención Americana dispone que la Comisión declarará inadmisibles toda petición o comunicación que no reúna las condiciones que el mismo instrumento señala, esa disposición no exige un pronunciamiento expreso en el caso de estimarla admisible. Refiere el citado autor que en los casos *Velásquez Rodríguez*, *Fiaren Garbi y Solís Corrales*, y *Godínez Cruz*, el Gobierno de Honduras alegó, como excepción preliminar, que la Comisión, al no haber reconocido formalmente la admisibilidad de los casos, había omitido un requisito impuesto por la Convención para poder conocerlos. A este respecto la Corte resolvió:

Este procedimiento no implica la necesidad de una declaración expresa de admisibilidad, ni en la etapa a cargo de la Secretaría ni en la posterior que debe asumir la Comisión por sí misma. Al solicitar informaciones a un gobierno y dar trámite a la petición, se acepta en principio la admisibilidad de la misma [...] Para que una petición sea considerada inadmisibles, se requiere una declaración expresa de la Comisión. Tal requisito no aparece al hablar de la admisión. Lo anterior se entiende sin perjuicio de que, cuando un Estado suscite una cuestión de inadmisibilidad, la Comisión deba hacer una declaración formal en uno u otro sentido. Tal cosa no ha sucedido en este trámite. [...] El hecho de que la Comisión no haya efectuado una declaración expresa de la admisibilidad de la petición presentada ante ella, no constituye en este caso un extremo capaz de impedir el normal desarrollo del procedimiento ante la Comisión y, por consiguiente, su consideración por la Corte [...].

Sin embargo, con la aprobación del Reglamento de la Comisión actualmente vigente, este aspecto parece haber sufrido variación, dado que el artículo 37 preceptúa:

1. Una vez consideradas las posiciones de las partes, la Comisión se pronunciará sobre la admisibilidad del asunto. Los informes de admisibilidad e inadmisibilidad serán públicos y la Comisión los incluirá en su Informe Anual a la Asamblea

⁹ Héctor Faúndez Ledesma: *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, San José (Costa Rica): Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, pp. 188-189.

General de la OEA. 2. Con ocasión de la adopción del informe de admisibilidad, la petición será registrada como caso y se iniciará el procedimiento sobre el fondo. La adopción del informe de admisibilidad no prejuzga sobre el fondo del asunto.

4.2. Condiciones de admisibilidad

No podemos emprender aquí un análisis pormenorizado de los aspectos procedimentales que se dan ante estas instancias internacionales —Comisión y Corte Interamericanas—. Nos hemos referido muy brevemente a la admisibilidad, para introducirnos en algunas de las condiciones adicionales que para tal propósito deben cumplirse, y que de manera especial nos interesan para el desarrollo de este breve trabajo, a fin de poder engarzar los temas del amparo guatemalteco y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Las aludidas condiciones conciernen específicamente al agotamiento de los recursos de la jurisdicción local, es decir, el agotamiento de los recursos internos.

4.3. Agotamiento de los recursos internos

De conformidad con el artículo 46 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para que una petición o comunicación sea admisible es indispensable que previamente se hayan interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos sobre esta materia. Faúndez Ledesma¹⁰ explica que, junto con la institución denominada *amparo diplomático*, diseñada para que un Estado pudiera proteger a sus nacionales en el exterior, surgió también el requisito del agotamiento de los recursos internos, como condición previa a la intervención del Estado haciendo suyas las reclamaciones de sus nacionales frente a otro Estado. En el caso de los Estados miembros del sistema interamericano que no han ratificado la Convención, el artículo 20, letra c, del Estatuto de la Comisión le encomienda a esta, como medida previa al examen de las comunicaciones que se le dirijan, verificar si los procesos y recursos internos de cada Estado miembro fueron debidamente aplicados y agotados. De tal manera, la intervención de un Estado haciendo suyas las reclamaciones de sus nacionales solo es posible una vez que el individuo haya agotado los recursos de la jurisdicción interna, momento en el que surgiría la responsabilidad internacional del Estado infractor. En este sentido la Corte Internacional de Justicia ha sostenido que la norma según la cual los recursos locales deben ser agotados antes de que puedan iniciarse procedimientos internacionales es una regla bien establecida del derecho consuetudinario.

Ya en el contexto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, este principio es para evitar que se sometan a la jurisdicción internacional reclamaciones que podrían ser resueltas en la instancia nacional; en consecuencia, mientras exista una posibilidad de que ellas puedan ser adecuadamente satisfechas conforme al derecho interno estatal, tales reclamaciones no pueden ser consideradas como violaciones del derecho internacional de

¹⁰ *Ibíd.*, p. 195.

los derechos humanos, cuyos mecanismos de protección deben considerarse como meramente subsidiarios del derecho interno, para el caso de que en este no haya recursos disponibles, o que los existentes resulten inadecuados o ineficaces.

En el mismo preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se señala que la protección internacional de los derechos humanos es “coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”, y en ese sentido la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido reiterada al sostener:

[...] la regla del previo agotamiento de los recursos internos permite al Estado resolver el problema según su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por ser esta “coadyuvante o complementaria” de la interna.¹¹

Del mismo modo, también la Comisión Interamericana ha recalcado que “la regla del agotamiento previo de las vías de los recursos internos tiene como efecto que la competencia de la Comisión es esencialmente subsidiaria”.

Expresa Faúndez Ledesma¹² que en cierto sentido esta condición es la contrapartida del derecho de petición individual. Además explica que esta regla implica la obligación de los Estados partes en la Convención de suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas, según lo dispone el artículo 25 de la Convención, lo que constituye más bien un beneficio para el individuo, en cuanto a un más eficiente funcionamiento del sistema jurídico del Estado para garantizarle una pronta reparación del derecho cuya violación se alega.

4.4. Naturaleza de esta institución relativa al agotamiento de los recursos internos

El primer aspecto, es determinar si este requisito constituye una especie de condición de admisibilidad de la petición o si, por el contrario, es un derecho del Estado, que puede entonces ser renunciado por este último.

En el caso del sistema interamericano, desde la perspectiva de constituir un derecho del Estado y, por lo tanto, renunciable por él, esta cuestión fue discutida por primera vez en el asunto de *Viviana Gallardo y otras*, que el Gobierno de Costa Rica sometió directamente a la Corte Interamericana, renunciando en forma expresa al cumplimiento de esta condición. En esa oportunidad la Corte decidió que se lo considera un medio de defensa de los Estados y, por lo tanto, renunciable. Mas recientemente la Corte Interamericana ha sostenido que, para oponerse válidamente a la inadmisibilidad de la denuncia presentada

¹¹ Véanse los casos *Velásquez Rodríguez*, sentencia del 29 de julio de 1988, serie C, n.º 4, § 61; *Godínez Cruz*, sentencia del 20 de enero de 1989, serie C, n.º 5, § 64; y *Fairén Garbí y Solís Corrales*, sentencia del 15 de marzo de 1989, serie C, n.º 6, § 85.

¹² Faúndez Ledesma: o. cit.

ante la Comisión, el Gobierno del Estado demandado está “obligado a invocar de manera expresa y oportuna la regla de no agotamiento de los recursos internos”,¹³

Aún más, tratándose de un derecho que se puede renunciar incluso de manera tácita, debe por lo tanto suponerse que hay una oportunidad para ejercerlo, y que la misma no es otra que la fase de admisibilidad de la petición o comunicación ante la Comisión.

Desde otra perspectiva, dada la naturaleza de esta regla, independientemente de que se la considere como una condición de admisibilidad de la petición o como un derecho del Estado denunciado, en ambos casos tiene la particularidad de que, una vez constatada la falta de agotamiento de los recursos internos, no impide que esa petición sea introducida y admitida posteriormente, una vez que efectivamente se haya agotado la jurisdicción interna.

4.5. Características de los recursos internos

Los recursos a que se refiere el citado artículo 46 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos son los de la jurisdicción interna, es decir, aquellos cuyo conocimiento compete a una autoridad judicial, de acuerdo con el procedimiento preestablecido, y cuyas decisiones poseen fuerza ejecutoria. Por consiguiente, quedan excluidas las peticiones y gestiones realizadas en sede administrativa —porque no constituyen recursos propiamente dichos— especialmente en atención a la discrecionalidad de que goza este tipo de autoridades administrativas. Para remarcar la circunstancia de que debe tratarse de una autoridad judicial, Faúndez Ledesma pone como ejemplo el caso *Loayza Tamayo*, en el que el Gobierno alegó que la peticionaria tenía acceso a recursos efectivos ante autoridad competente, entre ellos la posibilidad de acudir al Ministerio Público. Según el citado autor, la Comisión señaló que el recurso efectivo a que se refiere el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe ejercerse ante los jueces y tribunales, por ser de carácter estrictamente jurisdiccional, mientras que el Ministerio Público es un órgano ajeno al Poder Judicial.

También indica este autor que no es necesario agotar todos los recursos jurisdiccionales disponibles, incluidos aquellos de naturaleza extraordinaria no aptos para reparar el daño que se alega; en otras palabras, para que exista el deber de agotarlos debe tratarse de recursos con características que permitan considerarlos como un remedio a la situación planteada, sin importar que se trate de recursos ordinarios o extraordinarios. Ello se desprende de una adecuada lectura del artículo 46 de la Convención, que en la letra *a* de su párrafo 1 requiere que se hayan agotado los recursos de la jurisdicción interna “conforme a los principios de Derecho Internacional generalmente reconocidos”; a juicio de la Corte Interamericana, tales principios no hacen solo referencia a la existencia formal de los recursos, sino que, como surge de las excepciones contempladas en el párrafo 2 del citado artículo, también deben ser *adecuados y efectivos*.

¹³ Véanse los casos *Castillo Páez, excepciones preliminares*, sentencia del 30 de enero de 1996, § 41, y *Loayza Tamayo, excepciones preliminares*, sentencia de 31 de enero de 1996, § 41.

Adecuados

Para determinar el alcance del adjetivo *adecuados* la Corte Interamericana ha dicho:

[...] la función de esos recursos, dentro del sistema del derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. En todos los ordenamientos internos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias. Si, en un caso específico, el recurso no es adecuado, es obvio que no hay que agotarlo. Así lo indica el principio de que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido de que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable.¹⁴

Efectivos

Esto significa que los recursos deben ser capaces de producir el resultado para el que ha sido concebidos. La Corte Interamericana opina que un recurso “puede volverse ineficaz si se le subordina a exigencias procesales que lo hagan inaplicable, si, de hecho, carece de virtualidad para obligar a las autoridades, resulta peligroso para los interesados o no se aplica imparcialmente”.

Para ejemplificarlo, Faúndez Ledesma¹⁵ alude al caso de la dictadura militar de Augusto Pinochet en Chile, en la que el recurso de amparo, que tradicionalmente había sido eficaz en casos de detenciones ilegales o arbitrarias, dejó de serlo para conocer de la detención de dirigentes políticos, debido a que los tribunales se conformaban con la simple negativa de que dichas personas estuvieran detenidas por autoridades militares o policiales, y los rechazaban sin realizar ninguna investigación independiente al respecto. En casos como el del ejemplo, la Corte considera que acudir a esos recursos se convierte en una formalidad carente de sentido, por lo que las excepciones previstas en el párrafo 2 del artículo 46 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos serían plenamente aplicables, eximiendo al quejoso de la necesidad de agotar recursos internos, que en la práctica no pueden alcanzar su objeto.

4.6. Excepciones a la regla

En el párrafo 2 del artículo 46 de la Convención se establece que el autor de la comunicación está exento del cumplimiento del requisito relativo al agotamiento de los recursos internos en tres circunstancias:

- a. cuando en la legislación interna del Estado involucrado no existe el debido proceso legal para la protección del derecho o los derechos que se alega han sido violados;
- b. cuando no se ha permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna o se le ha impedido agotarlos, y

¹⁴ Véanse las sentencias de la Corte en los casos *Velásquez Rodríguez*, del 29 de julio de 1988, § 64; *Godínez Cruz*, del 20 de enero de 1989, § 67, y *Fairén Garbí y Solís Corrales*, del 15 de marzo de 1989, § 88

¹⁵ Faúndez Ledesma: o. cit., p. 201.

- c. cuando hay retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos, haciendo que ellos sean simplemente dilatorios.

De la lectura de las excepciones relacionadas resulta fácil apreciar que están íntimamente vinculadas con las características de idoneidad y eficacia que, según la Corte, deben presentar los recursos de la jurisdicción interna.

4.7. El desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana respecto al artículo 46 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

La Corte Interamericana ha adoptado un criterio muy amplio y flexible, teniendo siempre en mente la más adecuada protección del individuo, y desde esa perspectiva ha sugerido que la enumeración de excepciones a la regla del agotamiento previo de los recursos internos puede afirmarse que es más bien ilustrativa —y no taxativa—, dejando siempre abierta la puerta para otras posibles excepciones.¹⁶

En esta misma línea de pensamiento liberal para la interpretación del artículo 46, número 2 de la Convención, en opinión consultiva emitida por la misma Corte, esta sostuvo que si un individuo requiere asistencia legal para proteger un derecho garantizado por la Convención y su indigencia le impide obtenerla, queda relevado de agotar los recursos internos. También la Corte concluyó:

[...] cuando existe un miedo generalizado de los abogados para prestar asistencia legal a una persona que lo requiere y esta no puede, por consiguiente, obtenerla, la excepción del artículo 46.2.b es plenamente aplicable y la persona queda relevada de agotar los recursos internos.

Menciona además Faúndez Ledesma que, aun cuando no constituye exactamente una nueva excepción a la regla del agotamiento previo de los recursos internos, debe mencionarse la práctica de la Comisión de considerar que tal regla no se aplica cuando se trata de casos generales de violación de derechos humanos, en oposición a casos individuales.¹⁷

Así, las excepciones previstas tanto por la Convención como por el Reglamento de la Comisión están asociadas a las características que, en opinión de la Corte, deben presentar los recursos internos; de tal manera que la ausencia de recursos estaría ligada a la existencia de recursos inadecuados para proteger la situación jurídica infringida, del mismo modo que impedir el acceso a recursos existentes, así como la dilación injustificada en su decisión, estaría asociado a la ineficacia de tales recursos.

¹⁶ Véanse las sentencias de la Corte en los siguientes casos: *Velásquez Rodríguez, excepciones preliminares*, del 26 de junio de 1987, § 87; *Fairén Garbí y Solís Corrales, excepciones preliminares*, del 26 de junio de 1987, § 86, y *Godínez Cruz, excepciones preliminares*, del 26 de junio de 1987, § 89.

¹⁷ Faúndez Ledesma: o. cit., p. 206.

4.8. De la relación de la regla del agotamiento previo de los recursos internos con los méritos de la petición

Menciona Faúndez Ledesma que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que la regla del agotamiento previo de los recursos internos también tiene ciertas implicaciones respecto de los Estados, por cuanto los obliga a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos, los cuales deben corresponder a las exigencias del “debido proceso legal” y garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención.¹⁸ Por ello la Corte ha considerado:

Quando se invocan ciertas excepciones a la regla de no agotamiento de los recursos internos, como son la ineffectividad de tales recursos o la inexistencia del debido proceso legal, no solo se está alegando que el agraviado no está obligado a interponer tales recursos, sino que indirectamente se está imputando al Estado involucrado una nueva violación a las obligaciones contraídas por la Convención. En tales circunstancias *la cuestión de los recursos internos se aproxima sensiblemente a la materia de fondo, debiendo ser examinada junto con este.*¹⁹

Explica el citado autor que la Corte Interamericana ha justificado el unir la consideración de esta excepción con la materia de fondo planteada por la petición, señalando que es precisamente la inexistencia de recursos internos efectivos la que coloca a la víctima en estado de indefensión y explica la protección internacional. La Corte lo ha expresado así en el caso *Velásquez Rodríguez*, donde se manifestó en los siguientes términos:

[...] cuando quien denuncia una violación de los derechos humanos aduce que no existen dichos recursos o que son ilusorios, la puesta en marcha de tal procedimiento (de protección internacional) puede no solo estar justificada sino ser urgente. En esos casos no solo es aplicable el artículo 37.3 del Reglamento de la Comisión, a propósito de la carga de la prueba, sino que la oportunidad para decidir sobre los recursos internos debe adecuarse a los fines del régimen de protección internacional. De ninguna manera la regla del previo agotamiento debe conducir a que se detenga o se demore hasta la inutilidad la actuación internacional en auxilio de la víctima indefensa. Esa es la razón por la cual el artículo 46.2 (de la Convención) establece excepciones a la exigibilidad de la utilización de los recursos internos como requisito para invocar la protección internacional, precisamente en situaciones en las cuales, por diversas razones, dichos recursos no son efectivos. Naturalmente cuando el Estado opone, en tiempo oportuno, esta excepción, la misma debe ser considerada y resuelta, pero *la relación entre la apreciación sobre la aplicabilidad de la regla y la necesidad de una acción internacional oportuna en ausencia de recursos internos efectivos, puede aconsejar frecuentemente la consideración de las cuestiones relativas a aquella regla junto con el fondo de la materia planteada, para evitar que el trámite de una excepción preliminar demore innecesariamente el proceso.*²⁰

¹⁸ *Ibíd.*, p. 211.

¹⁹ Cursivas añadidas.

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Velásquez Rodríguez*, excepciones preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987, serie C, n.º 1, § 93 (cursivas añadidas).

5. Conclusiones

5.1. Engarce entre el amparo y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos

Para finalizar, consideramos importante efectuar un adecuado engarce entre el amparo y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Para tal efecto baste decir que, en nuestra opinión, el instituto procesal-constitucional del amparo constituye la vía procesal idónea —por excelencia— para la adecuada tutela y protección de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política de la República y las leyes. Dicho instituto ha sido constitucionalmente establecido con la finalidad primordial de proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos fundamentales o para restaurar el imperio de estos cuando la violación en su contra ya hubiera ocurrido.

Lo anterior no es óbice para reconocer que también existen en la jurisdicción ordinaria otras vías, recursos e institutos procesales idóneos para la adecuada defensa de los derechos (los cuales dependen fundamentalmente de la naturaleza de los derechos de cuya protección se trate). En ese orden de ideas, afirmamos que, en la gran mayoría de los casos, es altamente recomendable que antes de acudir al sistema interamericano de protección de los derechos humanos se agote la vía del amparo para la defensa de los derechos fundamentales.

5.2. Análisis de derecho comparado

No podemos concluir este breve trabajo sin efectuar de manera somera un modesto ensayo comparatista entre, por una parte, el requisito del agotamiento previo de los recursos internos que se exige en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos y, por la otra, el similar requisito establecido en el artículo 10, inciso *h*, de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, que literalmente exige:

En los asuntos de los órdenes judicial y administrativo, que tuvieren establecidos en la ley procedimientos y recursos por cuyo medio puedan ventilarse adecuadamente de conformidad con el principio jurídico del debido proceso, si después de haber hecho uso el interesado de los recursos establecidos por la ley, subsiste la amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan.

Esto constituye lo que doctrinariamente se conoce como el cumplimiento del *presupuesto procesal de la definitividad*.

Existen abundantes resoluciones emitidas por los tribunales constitucionales, y muy especialmente por la Corte de Constitucionalidad, por medio de las cuales, en la última década y en flagrante violación de las disposiciones contenidas en el artículo 77, incisos *a* y *e* de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, se ha permitido la no conclusión o finalización de los procesos de amparo, so pretexto del no cumplimiento del presupuesto procesal de la definitividad.

Por nuestra parte, en el mes de julio de ese mismo año 2005 expresamos nuestra opinión contraria a esa tendencia en un modesto ensayo titulado *El amparo guatemalteco y las verdaderas reformas que clama su justicia constitucional*, en el cual, respecto al tema del presupuesto procesal de la definitividad, nos expresamos en el sentido siguiente:

[...] consideramos que *en la forma que está redactado dicho inciso ha quedado abierto el tema, para que en última instancia, sean los tribunales de Amparo «especialmente la Corte de Constitucionalidad» los que tengan la última palabra en cuanto a la procedencia o improcedencia de la acción intentada, CON O SIN AGOTAMIENTO DE DICHOS RECURSOS.* En nuestra opinión, en la forma como está, queda mejor garantizado el efectivo goce y su defensa, de los derechos constitucionales de los ciudadanos, por lo que nos inclinamos por opinar que debe evitarse a toda costa poner obstáculos que hagan nugatorio el acceso a la justicia constitucional, en cuanto a la interposición de acciones de Amparo se refiere. Y ello es así, pues nuestra experiencia profesional forjada siempre en la calle, desde el bufete en que hemos ejercido la abogacía, nos dice que en la práctica muchas veces sucede que, *no obstante existir recursos y procedimientos judiciales o administrativos al alcance del ciudadano, en muchas ocasiones los mismos a menudo resultan insuficientes para garantizar “adecuadamente” el goce de los derechos que la Constitución y las leyes de la República garantizan, o sencillamente dichos recursos o procedimientos son incluso violentados o inobservados por las propias autoridades llamadas a respetarlos o ceñirse a ellos.*²¹

También expusimos en ese ensayo:

Vemos pues claramente cómo en el caso de marras, la Corte de Constitucionalidad estimó que no obstante existir recursos administrativos regulados en la ley, el solicitante del Amparo no estaba obligado a presentarlos o interponerlos. *Este caso ejemplifica claramente que no es correcto, ni adecuado, ni recomendable, estipular normas que permitan que a través de un simple análisis superficial y somero (prima facie), pueda el tribunal de amparo decidir que por el no agotamiento de recursos judiciales o administrativos a disposición del agraviado, la acción de amparo así interpuesta, deba rechazarse, inadmitirse, desestimarse, o como quiera decirse, in limine litis.*²²

No obstante, esta fuerte tendencia limitativa del Amparo culminó finalmente con formal presentación por la Corte Suprema de Justicia, con fecha 22 de agosto del año 2005, de una iniciativa de ley relativa a reformas a la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad, presentada al Congreso de la República de conformidad con el acuerdo número 31-2005 emitido por la Corte Suprema de Justicia con fecha 10 de agosto de ese mismo año. Dicha iniciativa contenía en su artículo 1 la enumeración de ciertas causales de suspensión del proceso de amparo, entre las cuales incluía la relativa a la falta

²¹ Carlos Rafael Rodríguez-Cerna Rosada: *El amparo guatemalteco y las verdaderas reformas que clama su justicia constitucional*, Guatemala: Orión, 2005, p. 195.

²² *Ibíd.*, pp. 199-200.

del cumplimiento del presupuesto procesal de la definitividad por el no agotamiento de los recursos ordinarios.

Oportunamente también manifestamos nuestra opinión en contrario a dicha iniciativa, a través de la publicación de un artículo titulado “Crítica a la iniciativa de reformas a la Ley de Amparo guatemalteca”. En dicho artículo nos manifestamos en el siguiente sentido:

Vemos pues, cómo la cuestión no es tan simple como se pretende, por lo que su solución no puede darse a través de simples fórmulas matemáticas mágicas “como se intenta hacerlo en la iniciativa comentada, a través de la imposición de barreras que dificulten al ciudadano la defensa de sus derechos constitucionales”. Como lo analizaremos más adelante, norma por norma, la iniciativa en su parte total pretende convalidar por vía legislativa, lo que ya inconstitucional, ilegal e irresponsablemente —ya que el archivo de un expediente no completamente fenecido es causa de responsabilidad según el actual artículo 77, inciso e) de la Ley de Amparo guatemalteca— ha venido realizando la Corte de Constitucionalidad, utilizando la ficción jurídica de un auto de suspensión, no habiendo querido deliberadamente hablarse de Rechazo In Límine, por la limitante de lo preceptuado en el inciso a) del mismo artículo recién citado.

Semejante fórmula matemática, rígida y categórica, pretende constituirse, al ser incluida en el texto de iniciativa de ley propuesto, en una barrera infranqueable para la posibilidad de que el ciudadano común pueda defenderse de las arbitrariedades y abusos que en el ejercicio del poder público las autoridades puedan cometer en su contra, e impedir de ese modo que se puedan someter dichos asuntos al análisis de fondo de la Justicia Constitucional, lo cual resulta desde todo punto de vista inaceptable, como lo analizaremos en detalle a continuación. [...] Además del defecto ya expresado... incluir dichas causas de inadmisión entraña, a nuestro modo de ver, *retroceder veinte (20) años en la evolución del derecho constitucional guatemalteco regresando a un sistema superado*. Decimos lo anterior pues, participamos de la opinión que, desde el plano general, quizá una de las más importantes novedades implementadas en la Ley de Amparo actualmente vigente, lo constituyó el haber desechado el sistema anterior, en el que los casos de procedencia del Amparo eran contemplados detalladamente en base a un sistema *Numerus Cláusus*, [...] Fue por ello que en la propia Exposición de Motivos de la actual Ley de Amparo, se expresó lo siguiente: “[...] Esta forma cerrada de casos de procedencia permitió en múltiples ocasiones desestimar a la presentación (IN LIMINE) muchos amparos a todos los niveles de jerarquía de la administración de justicia. ... En el anteproyecto se elimina la improcedencia y se contempla la procedencia dentro de una nueva concepción; se establece una norma general dentro de la cual cabe todo caso que contenga materia de amparo (NUMERUS APERTUS). [...] *Esto da margen al Tribunal de Amparo para resolver e ir sentando jurisprudencia con respecto a la «procedencia» sin dejar de amparar, so pretexto de ajustarse a un criterio estrictamente jurídico ante la interposición de la acción.* [...] En ese orden de ideas, pretender actualmente adicionar al artículo 8 las añadidas causas de inadmisión, entraña como primer punto que, dada la amplitud e inmejorable generosidad con que fue elaborada por el Constituyente la estipulación contenida en el artículo 265 de la Constitución Política de la República, ello significa que *cualquier restricción a dicha amplitud necesariamente entrañaría la modificación de la citada norma*

constitucional. Es por ello que el artículo 10 de la Ley de Amparo actualmente vigente contempla, en armonía con la norma constitucional citada, tan solo una enumeración meramente enunciativa y de ninguna manera *numerus clausus*. [...] Pero entremos concretamente al análisis de las causas de inadmisión que se proponen en el artículo 1 de la iniciativa presentada. Ellas son: [...] c. Cuando en materia judicial o administrativa, se evidencie que en el proceso subyacente al amparo, el solicitante de este no agotó aquellos recursos y procedimientos ordinarios o extraordinarios idóneos, por cuyo medio se pudo haber reparado la situación jurídica afectada conforme al principio jurídico del debido proceso, salvo aquellos casos de excepción establecidos en esta ley, o determinados en doctrina legal emanada de la Corte de Constitucionalidad [...]. En lo relativo al inciso c. cabe indicar que el mismo atañe al tema del presupuesto procesal de la definitividad. Respecto a dicho presupuesto, resulta impropio pretender encasillarlo en fórmulas matemáticas rígidas y categóricas, pues cada caso tiene sus circunstancias específicas, y fue por ello que sabiamente el Constituyente ha dejado que sea el Tribunal Constitucional quien, a través de la Doctrina Legal, vaya sentando los criterios jurídicos con relación al tema. Prueba de ello es que existen ya varios antecedentes, en lo que la propia Corte Suprema de Justicia ha dictado Autos de Suspensión de los procesos de Amparo basándose en este presupuesto de Definitividad, pero al conocer en Apelación de dichos casos *el Tribunal Constitucional le ha enmendado la plana diciendo que en el caso en estudio es mejor que el tema relativo al presupuesto procesal se dirima en Sentencia*.²³

5.3. La comparación

Busquemos ahora las similitudes existentes entre, por una parte, los criterios de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con relación al requisito del agotamiento previo de los recursos internos en el Estado involucrado en la petición o comunicación y, por otra, los criterios que hemos esgrimido respecto del presupuesto procesal de la definitividad en el caso del amparo:

a. Mientras que la Corte Interamericana ha sostenido, en cuanto al requisito del agotamiento de los recursos internos como exigencia previa a acudir al sistema interamericano de protección, *un criterio muy amplio y flexible, teniendo siempre en mente la más adecuada protección del individuo*, y desde esa perspectiva ha sugerido que la enumeración de excepciones a la regla del agotamiento previo de los recursos internos puede afirmarse que es más bien ilustrativa —y no taxativa—, dejando siempre abierta la puerta para otras posibles excepciones; por nuestra parte, tratándose del presupuesto procesal de la definitividad para el caso del amparo, hemos sostenido el criterio de que debe seguir vigente la técnica implementada en la Ley de Amparo guatemalteca, consistente en que se contempla la procedencia dentro de una nueva concepción; *se establece una norma general dentro de la cual cabe todo caso que contenga materia de amparo (numerus apertus), ya que esto da margen al Tribunal de Amparo para resolver e*

²³ Carlos Rafael Rodríguez-Cerna Rosada: “Crítica a la iniciativa de reformas a la Ley de Amparo guatemalteca”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2007*, tomo I, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2007, pp. 223-225 (cursivas añadidas).

ir sentando jurisprudencia con respecto a la procedencia sin dejar de amparar, so pretexto de ajustarse a un criterio estrictamente jurídico ante la interposición de la acción.

También nuestro criterio ha sido flexible, pues hemos considerado que en la forma en que está redactado dicho inciso ha quedado abierto el tema, para que en última instancia sean los tribunales de amparo —especialmente la Corte de Constitucionalidad— los que tengan la última palabra en cuanto a la procedencia o improcedencia de la acción intentada, *con o sin agotamiento de dichos recursos*. Asimismo, hemos sostenido que, en la forma como está, *queda mejor garantizado el efectivo goce y su defensa, de los derechos constitucionales de los ciudadanos*, y que por ello debe evitarse a toda costa poner obstáculos que hagan nugatorio el acceso a la justicia constitucional, en cuanto a la interposición de acciones de amparo se refiere. Hemos enfatizado en que en la práctica muchas veces sucede que, si bien existen recursos y procedimientos judiciales o administrativos al alcance del ciudadano, en muchas ocasiones estos resultan insuficientes para garantizar *adecuadamente* el goce de los derechos que la Constitución y las leyes de la República reconocen, o sencillamente dichos recursos o procedimientos son incluso violentados o inobservados por las propias autoridades llamadas a respetarlos o ceñirse a ellos.

b. De igual manera, la Corte Interamericana ha sostenido que la regla del agotamiento previo de los recursos internos también tiene ciertas implicaciones respecto de los Estados y los obliga a suministrar a las víctimas de violación de los derechos humanos recursos judiciales efectivos que deben corresponder a las exigencias del *debido proceso legal* y garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la convención, y por ello ha considerado que, cuando se invocan ciertas excepciones a la regla de no agotamiento de los recursos internos, como son la inefectividad de tales recursos o la inexistencia del debido proceso legal, no solo se está alegando que el agraviado no está obligado a interponer tales recursos, sino que indirectamente se está imputando al Estado involucrado una nueva violación a las obligaciones contraídas por la Convención. En lo que aquí interesa, *ha afirmado la Corte que en tales circunstancias la cuestión de los recursos internos se aproxima sensiblemente a la materia de fondo, por lo que debe ser examinada junto con esta.*

Al comparar ese criterio con el que hemos sostenido en relación al presupuesto procesal de la definitividad para el caso del amparo, puede evidenciarse fácilmente el alto grado de concordancia, ya que nuestra tesis ha sido *oponerse a la propuesta de dirimirlos de manera previa a través de los llamados autos de suspensión, y hemos sostenido que es mejor que esos aspectos se diriman en sentencia junto con el fondo del amparo planteado.*

5.4. A manera de colofón: recomendaciones que pueden derivarse del breve ensayo comparatista efectuado

El ejercicio comparatista efectuado en la sección anterior permite recomendar a todas las autoridades guatemaltecas que de una u otra forma se vean involucradas en cualquier tipo de reformas a la Ley de Amparo que recurran al derecho comparado para analizar lo que las instancias del sistema interamericano de protección de los derechos humanos —la Comisión y la Corte— han establecido como jurisprudencia en los casos que han

sido sometidos a su consideración. Dicha jurisprudencia constituye una riquísima y sabia fuente de derecho que no puede pasarse por alto, especialmente porque se trata de los institutos y tribunales encargados de la protección de los derechos fundamentales de los habitantes de la República.

Referencias bibliográficas

- FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor: *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*, San José (Costa Rica): Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996.
- MERRYMAN, John Henry: *La tradición jurídica romano-canónica*, México: Fondo de Cultura Económica, col. Breviarios, 2.^a ed., 6.^a reimp., 2001.
- RODRÍGUEZ-CERNA ROSADA, Carlos Rafael: *El amparo guatemalteco y las verdaderas reformas que clama su justicia constitucional*, Guatemala: Orión, 2005.
- “Crítica a la iniciativa de reformas a la Ley de Amparo guatemalteca”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2007*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2007, t. 1, pp. 419-437.
- SAGASTUME GEMMELL, Marco Antonio: *Introducción a los derechos humanos*, Guatemala: Editorial Universitaria, ed. ampliada y actualizada, 2008.

II. Derecho constitucional

- Ricardo Beaumont Callirgos (Perú)
El Tribunal Constitucional peruano y los derechos fundamentales de las personas jurídicas
- Gustavo Medinaceli Rojas (Bolivia)
Criterios de interpretación en la nueva Constitución de Bolivia. Voluntad del constituyente versus jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
- Juan N. Silva Meza (México)
El impacto de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en la labor jurisdiccional en México
- Francisco Zúñiga Urbina (Chile)
Nueva Constitución y constitucionalismo en Chile

Ricardo Beaumont Callirgos (Perú)*

El Tribunal Constitucional peruano y los derechos fundamentales de las personas jurídicas

RESUMEN

A partir de un análisis de las decisiones judiciales del Tribunal Constitucional de Perú y de otras disposiciones normativas de este país, el autor discute en torno al reconocimiento de la titularidad de los derechos fundamentales de las personas jurídicas. En defensa de esta última, el texto desarrolla un esquema argumentativo a partir de cuatro ejes principales: la cuestión de los derechos innominados, los derechos y la relación entre las personas naturales y jurídicas, el enfoque constitucional de los derechos fundamentales de las personas jurídicas y las posturas del Tribunal Constitucional peruano al respecto.

Palabras clave: persona jurídica, derechos fundamentales, Constitución política, interpretación del derecho, jurisprudencia, Perú.

ZUSAMMENFASSUNG

Ausgehend von den Entscheidungen des Verfassungsgerichts von Peru und anderen Rechtsvorschriften des Landes befasst sich der Autor mit der Anerkennung der Grundrechtsträgerschaft von juristischen Personen. Zu ihrer Verteidigung entwickelt der Beitrag ein auf vier Grundlagen beruhendes Argumentationsschema: die Frage der unbenannten Rechte, die Rechte und das Verhältnis zwischen natürlichen und juristischen Personen, der Verfassungsansatz hinsichtlich der Grundrechte von juristischen Personen und die in dieser Frage vom peruanischen Verfassungsgericht vertretenen Auffassungen.

Schlagwörter: Juristische Person, Grundrechte, Staatsverfassung, Rechtsinterpretation, Rechtsprechung, Peru.

ABSTRACT

Starting with an analysis of the judicial decisions of the Constitutional Court of Peru and other legal regulations of that country, the author discusses the recognition of

* Magistrado del Tribunal Constitucional. Profesor principal de Derecho Comercial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. rbomontc@tc.gob.pe

fundamental rights to legal entities. In defense of this possibility the article develops four lines of argument: the issue of unnamed rights, the relationship between individuals and legal entities regarding rights, the constitutional approach to the fundamental rights of legal entities and the Peruvian Constitutional Court's stance on this matter.

Keywords: legal entity, fundamental rights, political constitution, interpretation of law, case law, Peru.

1. Introducción

El artículo 1.º de la Constitución Política del Perú (en adelante CP) establece:

La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Convengo, *prima facie*, que cuando el artículo 2.º prescribe que “Toda persona tiene derecho [...]”; y hace lugar en él a veinticuatro incisos y en el último de estos a ocho párrafos, se está refiriendo a la persona humana, pero solo —repito— como apreciación preliminar, *prima facie*, toda vez que:

A. En primer término, el mismísimo artículo tercero, ahí nomás, refiere:

La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

Son los que la doctrina y la jurisprudencia denominan *derechos innominados o no enumerados*, y su universo no es posible preverlo ahora, pues, como bien diría el maestro y profesor argentino Germán Bidart, en estos tiempos modernos se dan o presentan “derechos nuevos” nítidos y claros, absolutamente nuevos.¹ Reconozco que también colaboran con la tesis de la que discrepo la cuarta disposición final y transitoria de la CP y el artículo V del Código Procesal Constitucional (en adelante CPC). Este precisa:

Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú. [...] Así como de las decisiones adoptadas por los tribunales

¹ Peter Häberle destaca muy significativamente este artículo tercero, según expresa al comentar su precedente normativo, que fue el artículo cuarto de la Constitución de 1979, y considera que este, en el ámbito interno del Estado, “requiere toda la atención, toda vez que no se encuentra limitado por el procedimiento de interpretación”. Tal planteamiento puede ser considerado como la *versión más moderna* de cláusula de desarrollo de los derechos fundamentales (“El concepto de los derechos fundamentales. El concepto de los derechos humanos”, en José María Sauca [ed.]: *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid: Universidad Carlos III, 1994, pp. 108-109).

internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

Ergo, derechos de la persona física, persona natural, derechos humanos; nada que ver con personas jurídicas.

B. A pesar de ello, el autor de este artículo opina que ha quedado absolutamente claro, por reiterados pronunciamientos del supremo intérprete de la Constitución, que la hermenéutica constitucional se funda en los principios de unidad,² eficacia integradora y concordancia práctica, de modo tal que no es posible, pues, hacer una lectura literal y aislada —cual casilleros estancos— de la Carta Magna. Muy por el contrario, a mi juicio, debe tenderse a una percepción unitaria y hermética, sin espacios, sin vacíos, sin anti-nomias, y de presentarse estos, por supuesto, contar y tener a la mano válidos y eficaces elementos jurídicos para enfrentarlos y superarlos, de modo tal que la lectura y comprensión de la Carta Fundamental sea siempre unitaria, coherente, relacionada, razonable, acorde, congruente y conforme.

Si la misión del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) es ser órgano contralor y guardián de la obra máxima de la Asamblea Constituyente, tampoco creeríamos ni aceptaríamos ahora, por ejemplo, 1) los nuevos derechos que ha creado el TC o los contenidos nuevos o adicionales a derechos existentes que, en efecto, ha diseñado y que más adelante se citan, ni 2) los atributos que el colegiado ha afirmado poseer para haber sostenido en la sentencia 02877-2005-HC/TC, FJ 22, entre otras, tener libertad para configurar el proceso constitucional en aquellos aspectos que no hayan sido regulados por el legislador y que son, han sido o serán necesarios para la realización de las funciones que le han sido expresamente encargadas por la Constitución y su Ley Orgánica, ni, por supuesto, aceptaríamos 3) la misma sentencia recaída en el expediente 04853-2004-AA/TC FJ 40, mediante la cual el TC admite el recurso de agravio constitucional (en adelante, RAC) contra *sentencias estimatorias* (cuando el Poder Judicial ha desconocido un precedente vinculante), pese a que el texto constitucional en su artículo 202.2 expresa que corresponde al TC conocer, en última y definitiva instancia, las *resoluciones denegatorias* de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento.

Sobre el tema, quizás el caso más emblemático de la aplicación del artículo tercero de la Constitución se puede encontrar en la sentencia recaída en el expediente 2488-2002-HC/TC, referida a la creación del importante derecho a la verdad y reparación moral. De otro lado, es pertinente tomar noticia de que el TC ha dictado dos sentencias que reconocen nuevos derechos, una del 16 de noviembre y otra del 21 de diciembre, ambas de 2007; me refiero a los expedientes 02432-2007-PHC/TC y 6546-2006-AA/TC. La primera

² No debe confundirse el principio interpretativo de *unidad de la Constitución* con el de *método sistemático de interpretación*. Este último, aparte de ser uno de los métodos de interpretación tradicionales planteados por Savigni, supone que una disposición se interpreta en función de su ubicación en el sistema o subsistema jurídico al cual pertenece. El principio de unidad de la Constitución, por su parte, comporta más bien que una disposición constitucional no puede interpretarse aisladamente sino en función, sobre todo, del contenido esencial o cláusulas fundantes de la propia Constitución (como los artículos 1.º y 43 por ejemplo), al margen de la ubicación de la disposición constitucional a interpretar, en la estructura (preámbulo, parte dogmática y parte orgánica) de la Constitución.

reconoce a la *personalidad jurídica* como nuevo derecho humano no enumerado en la Constitución, pero sí en el artículo 16.º del Pacto Universal de Derechos Civiles y Políticos y en el artículo 3.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La segunda reconoce el *derecho al agua potable*,³ legitima su existencia en calidad de atributo fundamental, tampoco enumerado, y fundamenta su reconocimiento en valores como la dignidad del ser humano y el Estado social y democrático de derecho. El TC dispone que el Estado se obliga a garantizarlo, cuando menos, en cuanto al acceso, la calidad y la suficiencia.

2. Análisis: persona natural y persona jurídica

El Código Civil establece en su artículo 1.º:

La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.

Las partes pertinentes, a los efectos de este trabajo, de los artículos 76.º, 77.º y 78.º del acotado cuerpo legal, indican:

La existencia, capacidad, régimen, derechos, obligaciones y fines de la persona jurídica, se determina por las disposiciones del presente Código o de las leyes respectivas; la existencia de la persona jurídica de derecho privado comienza el día de su inscripción en el registro respectivo, salvo disposición distinta de la ley; la persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de estos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas.

El artículo 1.º de la Ley General de Sociedades 26887 (en adelante, LGS) sanciona:

Quienes constituyen la sociedad convienen en aportar bienes o servicios para el ejercicio en común de actividades económicas.⁴

Las partes pertinentes, a los fines de este trabajo, de los artículos 4.º, 5.º y 6.º de esta LGS prescriben:

³ Tema que por cierto viene siendo objeto del mayor interés para la doctrina constitucional comparada. Cf. Antonio Embid Irujo: *El derecho al agua*, Pamplona: Aranzadi, 2006.

⁴ Adviértase que el legislador no ha definido ni descrito a la *sociedad* como si fuera un *contrato* ni tampoco en el entendido de que persiga *finés de lucro*, ganancias ni utilidades, como ocurrió tanto en el artículo 1686 del Código Civil de 1936, la Ley 16123 de Sociedades Mercantiles de 1966 o el decreto legislativo 311, Ley General de Sociedades, de 1985.

La sociedad se constituye cuando menos por dos socios, que pueden ser personas naturales o jurídicas; la sociedad se constituye por escritura pública; los actos referidos se inscriben obligatoriamente en el Registro; la sociedad adquiere personalidad jurídica desde su inscripción en el Registro y la mantiene hasta que se inscribe su extinción.

Conste, finalmente, que el decreto ley n.º 21621 regula la *empresa individual de responsabilidad limitada*, EIRL. La define como persona jurídica que se inscribe en los Registros públicos, se formaliza y nace por escritura pública, aunque ello ocurra por voluntad de una sola persona natural.

El artículo 3.º de la Constitución Política de 1979 establecía:

Los Derechos Fundamentales rigen también para las personas jurídicas peruanas, en cuanto les son aplicables.

La Constitución Política de 1993 no ha repetido el texto de la Carta predecesora. El artículo 2.º inciso 17 de la Carta vigente expresa:

Toda persona tiene derecho: A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación. Los ciudadanos tienen conforme a ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum.

En un análisis elemental y primario, no parece guardar mucha lógica que a la persona humana, natural, la Carta Magna le conceda, primero, entre un conjunto de derechos, el de participar asociada en la vida económica (sociedad) y social (asociación/club), y negarle después los derechos fundamentales al ente o la persona (jurídica) concebida, creada, diseñada, fundada, organizada, gobernada y por último dirigida por los mismos fundadores o, según la voluntad del grupo promotor (sociedad o asociación/club), por quienes aquellos hayan decidido, con arreglo a disposiciones estatutarias redactadas y aprobadas al efecto.

Los derechos fundamentales de la persona jurídica son la consecuencia o derivación de la voluntad original de la persona humana, de la persona natural, a quien la misma Carta Fundamental le crea el cauce para el logro de sus fines, de los propósitos que en su proyecto de vida y en su fuero íntimo desea lograr o conseguir. Existe un sinnúmero de metas y objetivos que la persona natural no puede conseguir ni lograr si no es con otro u otros, empezando, reconozcámoslo, por la misma familia, que obviamente no es persona jurídica, pero es célula social por excelencia y como ejemplo-concepto es válido. El club y la empresa son los medios de ampliar nuestros lazos personales, familiares, sociales, y de extender, solidarios, trabajo, propia realización y medios económicos para la cobertura de necesidades de toda índole. Aparece evidente la necesidad de que el principio del Estado democrático de derecho e incluso el de la *dignidad de la persona humana* permitan considerar un derecho al reconocimiento y la tutela jurídica, en el orden constitucional, de la persona jurídica.

Según el profesor francés Georges Ripert, a la teoría de la personalidad moral o personalidad ficticia (Savigny, Ihering, etc.) se le contraponen la concepción de la personalidad real⁵ (Gierke), y es que, como él afirma, las personas jurídicas (sociedades)⁶ tienen todos los atributos de la persona natural. En efecto, tienen a) nombre, b) nacionalidad, c) domicilio, d) capacidad, e) patrimonio, f) voluntad (jurídica, no psicológica), g) calidad de comerciante, y la comparación llega hasta h) parentesco o relaciones de familia, al hablarse de sociedades matrices (madre) y filiales (hijos), subsidiarias, etcétera, en los grupos económicos o grupos de empresas, tan frecuentes en la vida moderna. El autor de este artículo opina que incluso, simbólicamente, en las sociedades también hay un período de concepción,⁷ fase en que se acaricia el *affectio societatis*. Más tarde ya se procede al nacimiento, con la respectiva constitución por escritura pública e inscripción registral.

3. Enfoque constitucional de los derechos fundamentales de la persona jurídica

Abordaré y comentaré los siguientes artículos de la Constitución Política que versan sobre los temas que se indican:

1. artículo 2.13, derecho de asociación;
2. artículo 2.17, derecho de participación;
3. artículo 2.14, derecho de contratación;
4. artículo 15.º, derecho de promover y conducir instituciones educativas: toda persona, natural o jurídica;
5. artículo 63.º, personas de derecho público;
6. artículo 71.º, derecho de propiedad: peruanos y extranjeros, sean personas naturales o jurídicas;
7. artículo 84.º, Banco Central de Reserva, persona jurídica;
8. artículo 89.º, comunidades campesinas y nativas, personas jurídicas;
9. artículo 163.º, defensa nacional: toda persona, natural o jurídica, está obligada a participar en ella.

⁵ Georges Ripert: *Tratado elemental de Derecho comercial*, Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1954, pp. 22-23.

⁶ Y el símil con las asociaciones/clubes está a la mano.

⁷ El artículo 1.º del Código Civil dice: “El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece”. El artículo 423 de la Ley General de Sociedades dispone: “Es irregular [...] la situación de hecho que resulta de que dos o más personas actúan de manera manifiesta en sociedad sin haberla constituido e inscrito”. El artículo 426 establece: “Los socios, [...] o los administradores pueden solicitar alternativamente la regularización o la disolución de la sociedad, conforme al procedimiento [...]”.

3.1. Artículo 2.13: Toda persona tiene derecho a “asociarse y a constituir fundaciones y diversas formas de organización jurídica sin fines de lucro, sin autorización previa y con arreglo a ley. No pueden ser disueltas por resolución administrativa”

El de asociación es uno de los derechos humanos elementales. Y es que las personas naturales no podemos —por razones obvias, evidentes, objetivas, elementales— conseguir todos nuestros propósitos y metas solos, individual o aisladamente. Precisamos del grupo, de la colaboración de amigos u otras personas para el logro de ciertos objetivos o finalidades. El hombre, la persona, no es una isla, sola, alejada. Es, por el contrario, un animal social. Se expresa y se realiza solamente, desde, con y a través de otras personas. Empezando por la familia misma y desde el nacimiento, por cierto.

Si nadie pone en duda los derechos humanos de la persona natural y a esta le concede la Constitución Política el derecho de asociarse, a dicha persona natural o física, asociada, integrada, formando otro sujeto de derecho al que la ley denomina *persona jurídica*, debemos reconocerle también a esta derechos fundamentales. No hacerlo equivaldría a señalarle a dicha persona natural una ruta, reconocérsela y luego, ya encaminada dicha persona, negarle seguridad jurídica al referido discurrir y a su cometido, y a su logro.

3.2. Artículo 2.17: Toda persona tiene derecho a “participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la nación. Los ciudadanos tienen, conforme a la ley, los derechos de elección, de remoción o revocación de autoridades, de iniciativa legislativa y de referéndum”

Quiero referirme a la primera parte, “a participar en forma individual o asociada, en la *vida económica* de la Nación”. Participar en forma individual o asociada en la vida económica de la Nación supone crear empresas, sociedades, organizaciones con fines económicos. El artículo 60.º de la Constitución Política establece: “El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. [...]”. También a su turno el artículo 59.º dispone: “El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. [...]”.

En Perú reconocemos a la *empresa unipersonal*, aquella formada por el comerciante individual, aquel a que se refiere el artículo primero, inciso primero, de nuestro Código de Comercio de 1902, que a la letra dice:

Son comerciantes, para los efectos de este Código:

1.º) Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio se dedican a él, habitualmente. [...]

La capacidad legal y la habitualidad lo caracterizan. Sobre la “capacidad legal, revítese el nuevo Código del Niño y del Adolescente, ley n.º 27337, porque, dadas nuestras circunstancias, los jueces pueden autorizar el ejercicio del comercio a menores de dieciocho años, pero con determinados condicionamientos, número de horas y forma del trabajo. También revísen las Leyes de las Pequeñas y Microempresas, ley n.º 28015.

El inciso segundo del artículo primero del Código de Comercio refiere:

2.º) Las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código.

Deseo recordar que, con arreglo al artículo 124.º del Código:

El contrato de compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria, o alguna de estas cosas, para obtener lucro, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código.

En otras palabras, la compañía mercantil es el antecedente de la sociedad.

Le sigue la *empresa individual de responsabilidad limitada* (EIRL), creada con la ley n.º 21621 de 1976, que es persona jurídica constituida por voluntad unilateral de persona natural. Se formaliza por escritura pública y se inscribe en los Registros públicos. Sus órganos son el titular y el gerente. En mi concepto, esta ley, que es bastante buena, debería ajustarse a los tiempos modernos. Algunos aportes:

a. También debería poder constituirse por voluntad de persona jurídica. Es tonto, torpe y va en contra de la creación de empleo encargar la fundación de EIRL solamente a las personas naturales. Que esto haya ocurrido en 1976, cuando existían las comunidades laborales y se tenía temor de que por allí se filtraran las utilidades o ganancias de las empresas en agravio de la comunidad industrial era explicable, pero en el 2008, con la tecnología de las computadoras y lo alistada que está la SUNAT, ello carece totalmente de sentido.

b. Debería llamarse Ley del Empresario Individual con Responsabilidad Limitada. La empresa no es sujeto de derecho; el empresario, sí. La empresa es objeto de estudio del derecho, pero no sujeto. Y la empresa no es de responsabilidad limitada sino *con* responsabilidad limitada, limitada al patrimonio de la EIRL; en otras palabras, ni el patrimonio personal del titular (el fundador) ni el del gerente responden por las obligaciones contraídas por la empresa.

En tercer lugar, podemos hablar de la sociedad. Existen según la ley n.º 26887 hasta siete formas societarias: cinco mercantiles y dos civiles. Las mercantiles son:

1. la sociedad anónima (que incluye no solo a la sociedad anónima “ordinaria”, sino también a la sociedad anónima cerrada y a la sociedad anónima abierta);
2. la sociedad comercial de responsabilidad limitada;
3. la sociedad colectiva;
4. la sociedad en comandita simple, y
5. la sociedad en comandita por acciones.

Las civiles son dos:

6. la sociedad civil ordinaria, y
7. la sociedad civil de responsabilidad limitada.

No está de más agregar que la ley también regula a las sociedades irregulares o, como suelen llamar los sociólogos, economistas y políticos, *sociedades informales*, es decir, aquellas que no se han constituido e inscrito con arreglo a la ley, pero que operan y funcionan como si lo hubieran hecho.

Según el artículo primero de la Nueva Ley General de Sociedades, n.º 26887:

Quienes constituyen la sociedad convienen en aportar bienes o servicios para el ejercicio en común de actividades económicas.

Adviértase que no se dice “por el contrato de sociedad”, que ha sido lo clásico. No se adscribe la nueva ley a la tesis contractualista ni, por supuesto, a la institucionalista. Tampoco dice “con el fin de repartirse las utilidades”. No hay mención al *animus lucrandi*. Estas son novedades importantes frente al antiguo artículo 1686.º del Código Civil de 1936, el artículo 1.º de la Ley de Sociedades Mercantiles, n.º 16123, y el artículo 1.º del decreto legislativo n.º 311. También tómese en cuenta lo que expresa el artículo 1351.º del Código Civil cuando expresa:

Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta Sección, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato.

3.3. Artículo 2.14: Toda persona tiene derecho a “contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”

Según el artículo 1351.º del Código Civil:

El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, con excepciones. Conforme hemos expuesto en el párrafo anterior y según el Código Civil, todos los contratos de derecho privado quedan sometidos a las reglas generales contenidas en dicho cuerpo legal. Si nosotros hubiésemos puesto en el proyecto de la Ley General de Sociedades que la sociedad es un contrato, la habríamos hecho caer en el artículo 1353.º, lo cual no era ni es correcto, porque aunque no podemos negar que en su nacimiento la sociedad es un convenio, un acuerdo de voluntades, un contrato, ya inscrita en el Registro es más que eso: es una entidad, es una persona, una persona jurídica, que tiene nombre, domicilio, nacionalidad, patrimonio, ocupación o fines que perseguir, órganos, capacidad, voluntad y, como diría Ripert, hasta lazos familiares, cuando hablamos de sociedades matrices y sociedades filiales.

Según el artículo 62.º de la Constitución Política,

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley [...].

Evidentemente, se trata de un derecho conexo a la decisión de asociarse a que se refiere el artículo 2.º, inciso 13, de la Constitución y al de participar en forma individual o asociada en la vida económica de la Nación dispuesta también por el artículo 2.º, pero en el inciso 17, a que nos hemos referido en los párrafos precedentes.

3.4. Artículo 15.º: “Toda persona, natural o jurídica, tiene el derecho de promover y conducir instituciones educativas y el de transferir la propiedad de estas, conforme a ley”

Este es el primer artículo en el cual nuestra Constitución Política alude expresamente a las personas jurídicas. En el artículo 2.º, incisos 13 y 17, conexo con el artículo 2.º, inciso 14,⁸ aparece clara y evidente la figura de las organizaciones y personas jurídicas; acá ya no solo es obvia, sino explícita y, además, absolutamente objetiva.

Muy bien que la Constitución aluda no solo a las personas naturales sino también a las jurídicas, trátense estas de asociaciones *sin fines de lucro* —como sería un colegio de hermanos maristas en la ciudad de Miraflores o de monjas en el distrito de Barranco— o de una sociedad anónima cerrada, evidentemente con fines económicos. Antes, tal vez a principios del siglo xx, hubo casos de formación de instituciones educativas por parte de personas naturales. Después, a mediados del siglo, ya se trataba de instituciones educativas promovidas y conducidas por asociaciones sin fines de lucro. Pero a fines del siglo el Supremo Gobierno advirtió que mantener a la educación con formas asociativas sin fines de lucro no resultaba lo más conveniente. Para promocionarlas había que organizar verdaderas empresas, y para ello nada mejor que las sociedades anónimas. Es así que en la década de los noventa ya el Perú contaba con varias entidades educativas, incluso universidades —caso de la Universidad San Ignacio de Loyola (USIL), la Universidad Privada de Ciencias Aplicadas (UPC), la Universidad Privada del Norte (UPN), la Universidad Privada de Tacna (UPT) y otras—, que son sociedades anónimas cerradas.

La norma constitucional, como se ha dicho:

[...] permite que los particulares, bajo determinada organización de carácter societario o asociativo, puedan elegir y dedicarse a estas actividades. Nuestra Constitución no reconoce a los sujetos de derecho no personificados la capacidad para conducir instituciones educativas. En función a este esquema, se puede

⁸ Derecho de asociación y otras formas de organización jurídica sin fines de lucro; participar, en forma individual o asociada, en la vida económica de la Nación, y contratar con fines lícitos.

colegir un defecto importante en la norma, pues se discrimina al grupo de personas organizadas con un fin valioso, con reconocimiento parcial y subjetividad para el desarrollo de estas actividades. No puede modificarse ni extenderse el alcance del texto por vía interpretativa ni por norma de rango inferior. Estas actividades, entonces, solo pueden ejecutarse, adicionalmente a la persona natural, por entes organizados colectivamente y reconocidos como personas jurídicas, merced al procedimiento establecido por el Estado en cada caso, después de cumplidas las normas correspondiente. Sin embargo, en la práctica esto no ocurre así.⁹

3.5. Artículo 63.º: “La inversión nacional y extranjera se sujetan a las mismas condiciones. [...]. En todo contrato del estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de estos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. [...]. El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. [...]”

Estamos hablando acá de personas de derecho público y de contratos del Estado con dichas personas de derecho público. El profesor Manuel Ossorio¹⁰ las define como:

Cualquiera de las corporaciones que dan estructura a la convivencia humana con permanencia, normatividad y coacción. Tales son el *Estado*, la *Región*, la *Provincia*, el *Municipio* y las entidades locales menores. Resultan de catalogación dudosa en esta especie las *Naciones Unidas*, por cuanto el acceso a ellas y la permanencia es discrecional para los distintos países independientes y por no constituir un súper Estado.

Por su parte, define *persona de derecho privado* como:

Denominación que algunos autores reservan a la variedad de *personas abstractas* que fundan los particulares y en interés individual. Pertenecen a este género las sociedades y asociaciones.

3.6. Artículo 71.º: “En cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática. Sin embargo [...]”

La Constitución de 1933, en su artículo 32.º, y la de 1979, en su artículo 126.º, contenían disposiciones análogas.

⁹ Max Salazar Gallegos, en Walter Gutiérrez (dir.): *La Constitución comentada*, tomo I, Lima: Gaceta Jurídica, 2005, p. 464.

¹⁰ Manuel Ossorio: *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*, Buenos Aires: Heliasta, p. 716.

Según el profesor Jorge Avendaño, y toda vez que la norma declara la igualdad entre peruanos y extranjeros en cuanto a la propiedad, en ocasiones ocurre al revés:

[...] los extranjeros son a veces excluidos de algunas actividades económicas, las cuales quedan reservadas, exclusiva o mayoritariamente, a peruanos. Esto tampoco es posible conforme a la norma constitucional bajo comentario. [...] no son conformes con la Constitución aquellas normas de menor rango que excluyen a los extranjeros de determinadas actividades económicas o que restringen el porcentaje de su titularidad.¹¹

Dice la norma que no pueden los extranjeros poseer “por título alguno”, lo cual descarta la posesión mediata e inmediata, ya sea como arrendatarios, usufructuarios, comodatarios, concesionarios, etcétera.

¿Puede un extranjero ser acreedor de un peruano con la garantía hipotecaria de un inmueble situado dentro de los cincuenta kilómetros? Creo que sí, pero si se ejecutara dicho bien no podría el acreedor extranjero acceder a su propiedad o posesión.

¿Qué ocurre jurídicamente si un extranjero resulta propietario o poseedor de un bien ubicado dentro de los cincuenta kilómetros? La regla dice que el extranjero pierde, en beneficio del Estado, el derecho adquirido. ¿Puede decirse que el acto de adquisición es nulo? La respuesta parecería ser afirmativa por tratarse de un acto contrario a la ley. Pero como la propia norma dice que la propiedad se pierde a favor del Estado, nos parece que esta es la sanción. La adquisición produce efectos pero de inmediato se pierde el derecho adquirido, el cual pasa al Estado.

La norma comentada concluye que los extranjeros solo pueden ser propietarios o poseedores dentro de los cincuenta kilómetros, cuando se trate de un caso de necesidad pública declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros. La Constitución de 1933 no contenía una regla como esta. La de 1979 tenía una disposición similar a la actual, pero con dos diferencias: la excepción no se basaba en la necesidad pública sino en la necesidad nacional, y la declaración no debía estar contenida en un decreto supremo sino en una ley.

Después de lo expuesto, cabe preguntarnos si las personas jurídicas extranjeras tendrían o no derechos fundamentales. Imaginemos el caso de que en algunas de las situaciones descritas por el profesor Jorge Avendaño se hubiese afectado el debido proceso, la tutela procesal efectiva o el derecho a la defensa, para las referidas personas jurídicas, ¿podrían estas acceder a los procesos de amparo contra tales resoluciones judiciales perjudiciales y llegar, vía el recurso de agravio constitucional, al máximo intérprete de la Carta Magna?

¹¹ Jorge Avendaño Valdez: “Igualdad y límites a extranjeros en cuanto a la propiedad”, en Walter Gutiérrez (dir.): *La Constitución comentada*, tomo 1, Lima: Gaceta Jurídica, 2005, p. 947.

3.7. Artículo 84.º: “El Banco Central es persona jurídica de derecho público. Tiene autonomía dentro del marco de su Ley Orgánica”

La finalidad del Banco Central es preservar la estabilidad monetaria. Sus funciones son: regular la moneda y el crédito del sistema financiero, administrar las reservas internacionales a su cargo, y las demás funciones que señala su ley orgánica.

El Banco informa al país, exacta y periódicamente, sobre el estado de las finanzas nacionales, bajo responsabilidad de su directorio.

El Banco está prohibido conceder financiamiento al erario, salvo la compra, en el mercado secundario, de valores emitidos por el Tesoro Público, dentro del límite que señala su Ley Orgánica.¹²

Como no podía ser de otro modo, al Banco Central de Reserva (BCR) se le asigna la calidad de persona jurídica de derecho público, con la autonomía que señale su ley orgánica. Así, la función exclusiva de emitir billetes que se reserva para el Estado se ejerce a través de este ente público, sin posibilidad, por tanto, de delegar esa función a terceros particulares. Según su ley orgánica, el actual decreto ley n.º 26123 (artículo 3.º), este organismo público constitucional tiene autonomía en el cumplimiento de su finalidad y funciones.

Tanto la Constitución como la Ley Orgánica del BCR señalan que la única finalidad del banco emisor es preservar la estabilidad monetaria, para cuyo efecto se le asignan las funciones de regulación de la moneda y el crédito del sistema financiero, así como la función de administrar las reservas internacionales que igualmente están a su cargo. Tales funciones se encuentran relacionadas directamente con su labor de lograr la estabilidad del signo monetario nacional.¹³

También tenemos preguntas similares a las anotadas al final de la sección anterior. En efecto, ¿podrían acaso el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional negar el derecho a nuestro Banco Central de Reserva de acudir en un proceso de amparo ante resoluciones judiciales que lo perjudiquen en sus legítimos derechos? Ya en ocasión anterior, el Tribunal Constitucional se pronunció en un proceso competencial seguido contra la Superintendencia de Banca y Seguros, en la sentencia recaída en el expediente n.º 0005-2005-CC. En esa oportunidad señaló:

La razón por la que [...] se considera imprescindible solicitar previamente la opinión previa del BCR en los supuestos de transformación de una sucursal de una empresa financiera extranjera, en una empresa constituida en el Perú, no reside en lo que teóricamente esta transformación pueda representar, sino en lo que en la práctica pueda generar. Y es que una cosa es lo que una empresa del sistema financiero anuncie que pretende hacer y otra lo que en los hechos su solicitud concreta implique.

Cierto es que desde un punto de vista teórico, en principio, una simple transformación societaria no da lugar a una variación en las operaciones que pueda

¹² Artículo 84 de la Constitución Política.

¹³ Rolando Castellares Aguilar, en Walter Gutiérrez (dir.): *La Constitución comentada*, tomo 1, Lima: Gaceta Jurídica, 2005, p. 1062.

incidir sobre la estabilidad monetaria, pero es preciso que ello sea corroborado por un estudio y una posterior opinión técnica de todas las entidades constitucionalmente competentes; en este caso, no solo la SBS, sino también el BCR.

3.8. Artículo 89.º: “Las comunidades campesinas y las nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas”

Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.

El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.¹⁴

La primera parte del primer acápite del artículo 89.º reproduce en su esencia lo dispuesto por la Carta anterior respecto de la autonomía de las comunidades. Pero la segunda parte contiene una importantísima modificación sobre la propiedad de la tierra comunal, pues faculta su “libre disposición”, con la indudable intención de lograr su rápida extinción, pues la tierra es uno de los elementos esenciales de su existencia. Desconoce que estas comunidades deben ser vistas como gobiernos locales más que como propietarias, dada su autonomía y sus facultades jurisdiccionales concedidas por el artículo 149.º de la propia Constitución.

El segundo acápite del artículo 89.º declara que “El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas”, en concordancia con el inciso 19 del artículo 2.º de la misma Carta, que establece el derecho de cada uno de sus miembros a su “identidad étnica y cultural”.

La existencia legal de nuestros pueblos amazónicos fue ignorada por el Estado peruano hasta bien avanzado el siglo xx. La ley n.º 15037, del 21 de mayo de 1964, las consideró “tribus aborígenes” y dispuso que se les adjudicaran en propiedad las tierras que ocupaban. Recién reconocidos con el nombre de *comunidades nativas* por el decreto ley n.º 20653, Ley de Comunidades Nativas y de Promoción Agropecuaria de las Regiones de Selva y Ceja de Selva, ampliado por el decreto ley n.º 21175, Ley de Comunidades Nativas y Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva, de 21 de mayo de 1978, que desconoció su pleno dominio sobre las tierras con aptitud forestal de su territorio, han sido sometidas al mismo régimen que las comunidades campesinas por las Constituciones de 1979 y 1993, y se encuentran amparadas por el Convenio 169 de la OIT, ratificado por el Congreso peruano el 10 de diciembre de 1995.

Como bien se ha dicho, “El territorio representa para los pueblos indígenas de la Amazonía su fuente de vida y su cultura”.¹⁵

Haríamos las mismas preguntas que en ocasiones anteriores. ¿Podrían el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional negar el derecho a nuestras comunidades campesinas y

¹⁴ Artículo 89 de la Constitución Política.

¹⁵ Américo Javier Aroca Medina: *Comunidades campesinas y nativas en el nuevo contexto nacional*, Lima: CAAAP, 1993, p. 188.

nativas de acudir en un proceso de amparo ante resoluciones judiciales que las perjudiquen en sus legítimos derechos?

En este sentido, el supremo intérprete de la Constitución, en la sentencia recaída en el expediente n.º 0042-2004-AI, enfatizó:

La Constitución reconoce la existencia legal de las comunidades campesinas y nativas, así como su personería jurídica (artículo 88 de la Constitución). Pero también debe reconocer la existencia de poblaciones afroperuanas y de otras tradicionalmente arraigadas en el Perú.

3.9. Artículo 163.º: “El Estado garantiza la seguridad de la Nación mediante el Sistema de Defensa Nacional”

La Defensa Nacional es integral y permanente. Se desarrolla en los ámbitos interno y externo. *Toda persona, natural o jurídica, está obligada a participar en la Defensa Nacional*, de conformidad con la ley.¹⁶

Al respecto, Eduardo Toche¹⁷ precisa lo siguiente:

El objetivo de la defensa nacional es la seguridad nacional, definida como la capacidad o condición lograda por un Estado, al adoptar un conjunto de previsiones ya acciones que tienden a fortalecer el poder nacional y evitar, eliminar o paliar vulnerabilidades, de manera de quedar en condiciones de enfrentar, con razonables posibilidades de éxito, amenazas y agresiones de origen interno y externo, que puedan afectar la consecución del objetivo nacional.

Desde el punto de vista estrictamente teórico y teniendo ahora como perspectiva la seguridad de la Nación, el concepto de Defensa Nacional que emplea esta Constitución y su precedente proviene de una larga elaboración, que surge de los años cincuenta, cuando se crea el Centro de Altos Estudios Militares (CAEM). La doctrina militar sobre defensa nacional desarrollada en el Perú con el CAEM considera que el fin supremo del Estado es el *bien común*, al cual deben añadirse dos finalidades complementarias: la seguridad integral y el bienestar.

El bienestar pertenece al ámbito de la política y de la economía. Tiene como política propia la del desarrollo. La seguridad integral es definida como aquella situación en la que el Estado garantiza su existencia y la integridad de su patrimonio, así como su facultad de actuar con plena autonomía en el campo interno y libre de toda subordinación en el campo externo. Se logra mediante la defensa nacional.

El objetivo de la defensa nacional es la seguridad nacional. La defensa nacional es en esencia una política que conduce a la seguridad integral. Es una concepción

¹⁶ Artículo 163 de la Constitución Política, cursivas añadidas.

¹⁷ Eduardo Toche: “Defendiendo al Estado. Aproximación a las ideas de defensa y seguridad en el Perú durante el siglo XX”, en *Modernización democrática de las Fuerzas Armadas*, Lima: Comisión Andina de Juristas, 2002, p. 12.

predominantemente militar, aunque con contenidos políticos, económicos y sociales que involucran a toda la sociedad civil. La seguridad, tal como ha sido definida en el ámbito castrense, tiene un alto componente de previsión del conflicto armado. No podía ser de otro modo, desde que la guerra y su prevención a través del poderío propio son el objetivo de todas las Fuerzas Armadas del mundo moderno. En el pasado el objetivo pudo ser distinto, porque no se perseguía la paz mundial como una política sostenida y deseable, y probablemente también porque la guerra no podía causar tanto daño como el que causa en la actualidad.

En la medida en que la guerra es integral, la Defensa Nacional dentro de esta concepción tendrá también que ser integral, es decir, abarcar a toda persona, tiempo y espacio, aunque la intensidad de la defensa aplicada depende de la gravedad de las amenazas que puedan existir en un periodo determinado.¹⁸

Al respecto, el Tribunal Constitucional, en el proceso de inconstitucionalidad recaído en el expediente n.º 00017-2003-AI, indicó en el fundamento 29:

El Estado es la estructura que concentra el poder político delegado por el pueblo soberano para que cumpla con determinados fines en procura del bienestar general. Es por ello que le corresponde elaborar políticas públicas con el objetivo de lograr el desarrollo social, económico y cultural del país, así como garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales. Entre ellas, una de las más importantes es la concerniente a la seguridad, pues esta constituye no solo un presupuesto para el desarrollo, sino también el escenario dentro del cual los derechos fundamentales pueden ejercerse. Sin seguridad no hay desarrollo, ni ejercicio pleno de los derechos y libertades fundamentales. Ambos (seguridad y desarrollo), son necesarios para alcanzar el bienestar. De ahí que el artículo 163 de la Constitución establezca, como una de las tareas fundamentales del Estado peruano, la de garantizar la seguridad de la Nación, a través de un Sistema de Defensa Nacional.

4. Las sentencias del Tribunal Constitucional

1. En la interesante sentencia pronunciada por el TC en el expediente 4972-2006-PA/TC, *Corporación Meier SAC.*, del 4 de Agosto de 2006, suscrita por los magistrados Víctor García Toma, César Landa Arroyo y Carlos Mesía Ramírez, el colegiado consideró pertinente puntualizar que los criterios desarrollados, especialmente los que figuran en los fundamentos 13-14 y 17-20, se sustentan en la jurisprudencia precedentemente establecida por este mismo tribunal. Esta constituye, de conformidad con el artículo VI del título preliminar¹⁹ del CPC, parte de su doctrina constitucional vinculante, a tomarse en

¹⁸ Alberto Otárola Peñaranda, en Walter Gutiérrez (dir.): *La Constitución comentada*, tomo II, Lima: Gaceta Jurídica, 2005, 796.

¹⁹ "Art. VI.- *Control Difuso e Interpretación Constitucional*. Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución. Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular. Los Jueces

cuenta por todos los jueces y tribunales de la República, y debe en todo caso, sin perjuicio de lo resuelto, incorporarse expresamente a su parte resolutive. En el FJ 13 se expresa:

Siendo constitucionalmente legítimo el reconocimiento de derechos fundamentales sobre las personas jurídicas, conviene puntualizar que tal consideración tampoco significa ni debe interpretarse como que todos los atributos, facultades y libertades reconocidas sobre la persona natural sean los mismos que corresponden a la persona jurídica. [...] por de pronto, impone en el juez constitucional el rol de meritador de cada caso, según las características o particularidades que le acompañen.

En el FJ, 14, se admiten, entre otros, y desde una perspectiva simplemente enunciativa, los derechos glosados en los incisos 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20 y 21 del artículo 2.º, y 58, 59, 60, 61, 63, 74 y 139.3 de la CP.

El profesor Enrique Pestana Uribe, asociado de la Academia de la Magistratura,²⁰ reconoce el derecho *al honor y a la buena reputación* que el colegiado concedió en los expedientes 0905-2001-AA/TC, FJ 6 y 7, a la Caja Rural de Ahorro y Crédito San Martín, y 0835-2002-AA/TC, a Full Line SA, contra Hombrecitos de Color SA y Telefónica del Perú SAA.

El mismo profesor de la Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión, sin embargo, pone en tela de juicio los derechos de las *personas jurídicas* a las *libertades de opinión, expresión y difusión del pensamiento*, que considera absolutamente personalísimos y propios de los seres humanos. Por supuesto, discrepamos de su parecer. Las asociaciones, a través de sus juntas directivas y asambleas generales, y las sociedades, mediante sus directorios y juntas generales, expresan la voluntad del ente. Son verdaderos órganos de las personas jurídicas mediante los que se expresa la voluntad de estas. No son sus representantes ni sus mandatarios; en todo caso, además, pueden serlo, pero la teoría prevaleciente es que se trata de verdaderos órganos de las entidades referidas. También el profesor Pestana pone en tela de juicio de que las *personas jurídicas* gocen del derecho y la libertad de *creación intelectual, artística, técnica y científica*, cuando justamente en el INDECOPI y en otros centros mundiales de patentes, diseños industriales, marcas y nombres comerciales se hallan registrados numerosos derechos intelectuales de grandes industrias y laboratorios correspondientes a empresas multinacionales y transnacionales. No podemos tapar el sol con un dedo. Por último, cosa parecida pasa con el *derecho de reunión* o el de *nacionalidad*, de los que también duda el profesor Pestana. De una parte, la CONFIEP, IPAE, SUTEP, CGTP y tantas otras organizaciones de distinta finalidad y raigambre ejercen el derecho de reunión en numerosas ocasiones y en distintas modalidades. En cuanto a la nacionalidad, este es un tema anacrónico y ya superado. Las sociedades tienen como nacionalidad la del país del lugar de constitución (e inscripción

interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”.

²⁰ Enrique Pestana Uribe: “La nueva configuración de los derechos fundamentales de las personas jurídicas. A propósito del caso Corporación Meier SAC”, en *IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, tomo 1, Arequipa: ADRUS, 2008, p. 215.

registrar, en su caso), haciendo abstracción de la nacionalidad de las personas naturales o jurídicas fundadoras, de la propiedad del capital social que figure como su patrimonio, del domicilio o sede social estatuida en su carta de fundación o del lugar del cumplimiento del objeto social.

2. En la sentencia del expediente n.º 4446-2007-PA-PUNO, del 5 de octubre del 2007, la Empresa de Transportes Montecarlo SRL interpuso demanda de amparo contra la Municipalidad Provincial de Puno pretendiendo que la demandada le permitiera trabajar en el Terminal Terrestre privado, ubicado en una zona alejada al Terminal Zonal. El TC declaró improcedente la demanda por falta de legitimidad para obrar activa de la empresa recurrente y, además, por la naturaleza de la pretensión.²¹ Se afirma en esta resolución que, en tanto persona jurídica, no tiene derechos fundamentales —salvo en casos excepcionalísimos, tutela urgente y ausencia de otras opciones procesales—, ya que los que existen en la Constitución Política, estando a lo dispuesto por sus artículos 1.º, 2.º y cuarta disposición final y transitoria, y v del título preliminar del CPC, así como tratados internacionales, están dirigidos a proteger a la persona humana y no a las llamadas personas jurídicas, las cuales tienen, para la protección de sus derechos, la justicia ordinaria. En el tercer párrafo del FJ 4, se hace una apreciación muy ligera que no se corresponde con la ley, ni con la sustentada y uniforme doctrina, ni tampoco con la jurisprudencia sobre la materia. En efecto, se dice: “Por eso se afirma en el lenguaje mercantil que la persona jurídica más que una sociedad de personas es una sociedad de capitales [...]”, con lo cual se la pretende distanciar de las personas naturales.²²

Conste, para evitar sesgos y errores, que en la LGS existen siete formas societarias: 1) sociedad anónima (ordinaria),²³ que incluye a la sociedad anónima cerrada y a la sociedad anónima abierta; 2) sociedad de responsabilidad limitada; 3) sociedad colectiva; 4) sociedad en comandita simple; 5) sociedad en comandita por acciones; 6) sociedad civil ordinaria, y 7) sociedad civil de responsabilidad limitada. Las cinco primeras son mercantiles y las dos últimas, civiles. También —es necesario precisarlo— las dos primeras son “capitalistas”, y las cinco restantes, en cambio, “personalistas”. Se denominan así, en opinión del maestro francés George Ripert, porque en las juntas generales, en unos casos, los socios tienen tantos votos como *capital* han aportado; mientras que en los otros, cada socio tiene un voto, con abstracción del capital que haya aportado. En unos prevalece el capital; en los otros se hace abstracción del capital aportado y cada quien, cada persona, tiene un voto. Las primeras dos sociedades, anónima y de responsabilidad

²¹ Sobre la diferenciación entre la titularidad de los derechos fundamentales por parte de las personas jurídicas y la legitimación para recurrir en amparo, cf. Ángel Gómez Montoso: “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 65, 2002, específicamente pp. 62-64.

²² El distinguido profesor español Joaquín Garrigues afirma que la sociedad anónima no es más que un patrimonio con personalidad jurídica. Son formas simbólicas de afirmar, en apretada, meritoria y talentosa capacidad de síntesis, algún aspecto importante de su caracterización, y punto. La concepción de la sociedad corresponde a persona natural. La persona humana está en el nacimiento, dirección, control, distribución de beneficios y asunción de pérdidas, acuerdos en la junta de socios para la transformación, la fusión, la escisión, la disolución y la administración de la liquidación. Hasta para presentar la solicitud al Registro para que inscriba la extinción.

²³ Así la denomina el artículo 83 del Reglamento del Registro de Sociedades.

limitada, son capitalistas, aunque obviamente hay respeto a la persona en tanto tal, y en las cinco restantes no interesa el capital aportado: cada socio, cada persona humana tiene un voto para fines de los acuerdos por adoptar.²⁴

En este expediente, conste, existe un fundamento de voto del magistrado Ernesto Álvarez Miranda en el cual reconoce que suscribe la resolución que declara la improcedencia de la demanda, estando de acuerdo con el sentido del Fallo, aunque por fundamentos distintos. En efecto, afirma en el FJ 3:

[...] siendo el proceso de amparo de naturaleza extraordinaria y residual, razón por la cual no procede cuando existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, considero que la demanda debe ser desestimada en estricta aplicación del inciso 2) del artículo 5.º del Código Procesal Constitucional.

En otras palabras, formula desacuerdo con la falta de legitimidad activa del demandante.

3. En el expediente 01881-2008-PA/TC, Promotora e Inmobiliaria Town House SAC, el TC dicta una sentencia, de fecha 2 de octubre de 2008, que concierne a la demanda interpuesta por dicha sociedad anónima contra Mirta Violeta Cortez Silva, solicitando que el TC ordene a esta suspenda el impedimento de tránsito a través de la avenida Los Álamos, que atraviesa la Urbanización Cusipata del Distrito de Chaclacayo, provincia de Lima. Considera que tal restricción afecta sus derechos a la *libertad de tránsito* y de propiedad. La pregunta es: las sociedades anónimas, las personas jurídicas, ¿tienen derecho de tránsito? ¿No es este, acaso, un derecho conexo a la libertad individual y, por ende, íntimamente vinculado a la facultad locomotora, exclusiva de las personas naturales?

En efecto, el TC aprovecha este expediente para explicar en su *ratio decidendi* lo que sigue:

Como premisa debe considerarse que las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos fundamentales; sin embargo, ello no significa que dicha titularidad pueda predicarse respecto a todos los derechos, ya que ello estará condicionado a que así lo permita la naturaleza del bien protegido por el derecho en cuestión. En efecto, *la titularidad²⁵ de derechos como el de propiedad, defensa, debido proceso, tutela jurisdiccional, libertad de contrato, libertad de trabajo, de empresa, igualdad, entre otros, resulta indiscutible en atención a la naturaleza del bien protegido por estos derechos*. Sin embargo, en el caso de la libertad de tránsito no puede predicarse tal titularidad [...].

La empresa manifiesta que con la mencionada tranquera se le impide el ingreso a su propiedad.

²⁴ Sobre el particular véanse los artículos 51, 82, 127, 269, 278, 281, 286 y 301,

²⁵ No deben confundirse.

Esta afirmación debe ser entendida²⁶ como referida al impedimento de ingreso a los representantes de la empresa y, en general, a los miembros que forman parte de la empresa, en cuanto persona jurídica. [...]. Esta necesidad de desplazamiento debe entenderse que se proyecta tanto con respecto a los miembros de la persona jurídica, esto es, a la base social que la ha constituido, como respecto a las personas que trabajan en dicha empresa y con las que aquella trabaja –clientes, personas interesadas, técnicos o profesionales que deben realizar trabajos en la propiedad de la empresa.

En este expediente hay un voto en discordia del magistrado Vergara Gotelli, quien sustenta su parecer en los artículos 1.º y 2.º de la CP y V del título preliminar del CPC, el mismo que se remite a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los tratados internacionales. Refiere que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) expresa en el artículo 1.º, inciso 2, que *debe entenderse que persona es todo ser humano*, haciendo referencia marcada al precisar que los derechos reconocidos en la señalada disposición internacional están referidos solo a la persona humana. También refiere en el punto 5 *in fine* de su voto singular:

El proceso de amparo está destinado exclusiva y excluyentemente a la defensa de los derechos fundamentales directamente relacionados a la persona humana.

En el punto 6, incluso, expresa:

De lo expuesto queda claro que cuando la Constitución proclama o señala los derechos fundamentales lo hace pensando en la persona humana, esto es, en el ser humano física y moralmente individualizado.

Finalmente refiere:

Si bien se ha estado admitiendo (por el TC) demandas de amparo presentadas por personas jurídicas, esto debe ser corregido ya que ello ha traído como consecuencia que las empresas hayan “amparizado” toda pretensión para la defensa de sus intereses patrimoniales, utilizando los procesos de la sede constitucional destinados exclusivamente a la solución de los conflictos sobre derechos de la persona humana [...].

²⁶ Pese a que la sentencia hace mención a lo que típicamente se ha denominado *iura novit curia* (el juez conoce el derecho), en esencia, en este caso, se ha desarrollado lo conocido como *suplencia de queja*. En el fundamento 3 de la sentencia recaída en el expediente 0569-2003-AC/TC, se refería a que esta atañe, “[...] concretamente, a la suplencia de los actos procesales deficientes y, por tanto, a aspectos estrictamente formales, pero no necesariamente desprovistos de repercusiones de orden sustancial. Tal facultad es otorgada a los jueces constitucionales en nuestro ordenamiento jurídico, para adecuar su pretensión a fin de otorgar protección constitucional al quejoso, en aquellos casos en los que se advierta un error o una omisión en el petitorio [...]”. Pese a haberse analizado sobre la base de la legislación anterior (prevista en la ley 23506), igual con la vigencia del Código Procesal Constitucional se ha seguido utilizando esta figura, tal como puede observarse en el caso concreto, cuando alega que los favorecidos con la resolución emitida por el colegiado no favorece a la empresa demandante, sino, por el contrario, a sus representantes y miembros.

Quede constancia de que en las sentencias de los expedientes n.ºs 00055-2008-PA/TC y 00291-2007-PA/TC, fechados el 28 de enero y el 25 de febrero de 2008, como en el n.º 5448-2007-PA/TC —y debe ser, entre otros varios o muchos, también el magistrado Vergara Gotelli—, se formulan sendos votos singulares con muy similar sustentación. Respetable punto de vista, por supuesto.

En el expediente n.º 01881-2008-PA/TC, a que se refiere este párrafo IV, el magistrado Eto Cruz hace un fundamento de voto en los términos siguientes:

3. [...] Somos de opinión que la protección de los derechos fundamentales alcanza a los seres humanos cuando estos actúan de manera individual, como cuando estos deciden participar de actividades que involucran la necesaria participación de otros seres humanos, como son por ejemplo, la vida política, social, entre otros. Ello tiene su sustento constitucional en el art. 2º inciso 17 cuando establece que *Toda persona tiene derecho: [...] A participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la Nación.*

Más adelante, en el punto 4, refiere:

Existen derechos fundamentales que únicamente pueden ser ejercidos en concurrencia con otras personas, como lo es por ejemplo el previsto en el art. 2º inciso 24 de la CP, cuando señala que *Toda persona tiene derecho: [...] 14.- A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan las leyes de orden público.*

4. En el expediente n.º 4037-2008-PA, Servicios Postales del Perú, emití un fundamento de voto ratificando mi posición respecto a la titularidad de los derechos fundamentales de las personas jurídicas, en el sentido siguiente:

1. Como premisa debe considerarse que las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos fundamentales; sin embargo ello no significa que dicha titularidad pueda predicarse de manera general respecto a todos los derechos, ya que ello estará condicionado a que así lo permita la naturaleza del bien protegido por el derecho en cuestión. En efecto, la titularidad de derechos como el de propiedad, defensa, debido proceso, tutela jurisdiccional, libertad de contrato, libertad de trabajo, de empresa, igualdad, entre otros, resulta indiscutible en atención a la naturaleza del bien protegido por estos derechos. 2. Respecto a las personas jurídicas de derecho público, igualmente, se admite prima facie la posibilidad que puedan ser titulares de algunos derechos fundamentales, como el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva. No obstante, la posibilidad de atribuirle otros derechos fundamentales debe atender siempre a la naturaleza, actividad y funciones que desempeñe el ente público que solicita tutela constitucional a través del proceso de amparo. 3. Que en el presente caso, se evidencia que en el fondo lo que se pretende es cuestionar el criterio jurisdiccional asumido por los magistrados demandados, lo que no está dentro de las competencias *ratione materiae* del juez constitucional. A mayor razón si el demandante no ha logrado acreditar fehacientemente que se haya vulnerado alguno de sus derechos fundamentales en el proceso ordinario que cuestiona, por lo que la demanda debe ser declarada improcedente.

Gustavo Medinaceli Rojas (Bolivia)*

Criterios de interpretación en la nueva Constitución de Bolivia. Voluntad del constituyente versus jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

RESUMEN

En este artículo se analizará la posibilidad del Tribunal Constitucional Plurinacional de aplicar como criterio de interpretación la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de forma preferente a la voluntad del constituyente boliviano como otro criterio de interpretación dispuesto expresamente. A ese efecto se tendrán en cuenta el rol de la interpretación constitucional y su relación con las normas internacionales de derechos humanos; el análisis de la posición jurídica de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sistema jurídico boliviano; el efecto de la jurisprudencia de la Corte en la protección de derechos humanos, y el análisis de esta jurisprudencia en relación con la voluntad del constituyente como criterios de interpretación.

Palabras clave: tribunales constitucionales, Constitución política, Corte Interamericana de Derechos Humanos, derecho internacional de los derechos humanos, ordenamiento jurídico nacional, bloque de constitucionalidad, Bolivia.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Beitrag erörtert die Möglichkeit des Plurinationalen Verfassungsgerichts, der Rechtsprechung des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte als Auslegungskriterium gegenüber dem Willen des bolivianischen Verfassungsgebers als ebenfalls ausdrücklich vorgesehenem Auslegungskriterium Vorrang einzuräumen. Dazu wird die Rolle der Verfassungsinterpretation und der Bezug zu den internationalen Menschenrechtsnormen ebenso berücksichtigt wie die Analyse der juristischen Bedeutung der Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs für Menschenrechte im bolivianischen

* Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Becario del programa de becas CLACSO-ASDI en la categoría Iniciación a la Investigación para Investigadores de América Latina y el Caribe 2010; concurso Procesos Constituyentes y Reinención del Estado en América Latina y el Caribe; investigación: *Constitución y procesos de cambio en Bolivia*. <gmedinaceli@uasb.edu.ec>

Rechtssystem, die Wirkung der Rechtsprechung des Gerichtshofs auf den Menschenrechtsschutz und die Analyse der genannten Rechtsprechung als neben dem Willen des Verfassungsgebers gültigem Auslegungskriterium.

Schlagwörter: Verfassungsgerichte, Staatsverfassung, Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, Internationales Recht der Menschenrechte, nationale Rechtsordnung, Verfassungsblock, Bolivien

ABSTRACT

This article will analyze if the Plurinational Constitutional Court can use the Inter-American Court of Human Rights' case law as a criterion for interpreting the constitution instead of the explicitly established rule of applying the intent of the drafters of the Bolivian constitution. To this effect, we will consider the role of constitutional interpretation and its relationship with international human rights norms; the legal status of the Inter-American Court of Human Rights' case law in the Bolivian legal system; the effect of the Court's case law in the protection of human rights, and study the possibility of using this case law as opposed to the drafters' intent as a standard for interpretation.

Keywords: constitutional courts, political constitution, Inter-American Human Rights Court, international human rights law, national legal system, constitutional corpus, Bolivia

1. Introducción

La concepción moderna del derecho en los ordenamientos jurídicos se caracteriza por su constitucionalización, es decir, el sometimiento efectivo del poder político (legislativo, judicial y administrativo) y de las normas jurídicas a los postulados de la Constitución Política del Estado. A partir de ello, ocurre ciertamente que, a pesar de ser la Constitución una norma jurídica, sus disposiciones están compuestas por principios y valores que necesitan ser precisados mediante interpretaciones,¹ para lograr un efectivo sometimiento a la ley suprema.

Estas precisiones son realizadas por el órgano judicial a través de los más altos tribunales de interpretación constitucional. En el caso boliviano tal facultad interpretativa ha sido atribuida al Tribunal Constitucional.² Asimismo, a la par de esta tarea interpretativa han sido también muchos los intentos para someter las decisiones constitucionales a determinadas reglas, a fin de evitar la arbitrariedad y subjetividad en la tarea del último intérprete de la Constitución.

¹ Cf. Néstor Pedro Sagüés: "Interpretación constitucional y alquimia constitucional. (El arsenal argumentativo de los tribunales supremos)", en *Justicia Constitucional en Bolivia 1998-2003*, Sucre, 2003, pp. 177-199.

² Sobre la facultad interpretativa del Tribunal Constitucional boliviano cf. José Antonio Rivera Santivañez: "La interpretación constitucional y su vinculatoriedad", en *Justicia constitucional y Estado de derecho. Memoria n.º 7 del Tribunal Constitucional Boliviano*, Sucre, 2003, pp. 55-77.

En Bolivia se ha aprobado una nueva Constitución (NCPE), en la que el constituyente, en procura de reglamentar la amplia facultad interpretativa del Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP), determinó en el artículo 196:

[En] su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto.

De otro lado, en muchas ocasiones interpretar y aplicar la Constitución de un Estado conlleva interpretar y aplicar normas internacionales. Esto ocurre claramente respecto de las normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales, las cuales son interpretadas tomando en consideración la norma internacional sobre derechos humanos, e incluso la jurisprudencia de los tribunales internacionales creados para asegurar la aplicación de la norma internacional.³

Habrà entonces que recordar que Bolivia, mediante ley 1439, del 11 de febrero de 1993, dispuso la aprobación y ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), de conformidad con los artículos 45 y 62 de la misma Convención, reconociendo de forma obligatoria, de pleno derecho, incondicional y por plazo indefinido la jurisdicción y competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Esto último lleva a pensar que el TCP, al ser el supremo intérprete de la Constitución, según el artículo 196 de la referida norma, estará facultado a realizar interpretaciones tomando en consideración la norma internacional sobre derechos humanos antes aludida, como también para considerar la jurisprudencia de la CIDH en su tarea interpretativa.

Si bien lo último se enmarca claramente dentro un sano razonar, es posible que surjan algunos inconvenientes a la hora de aplicar la NCPE, lo que podría generar determinados conflictos jurídicos y políticos. Ello se debe a lo dispuesto en el artículo 196.11 antes citado, ya que es clara la preferencia que debe considerar el TCP a la hora de realizar su tarea interpretativa. Habrá entonces que tomar en cuenta los siguientes cuestionamientos para el desarrollo del presente ensayo: ¿Podrá el TCP aplicar como criterio de interpretación la CADH? En su función interpretativa, ¿podrá el último intérprete de la Constitución aplicar como criterio de interpretación la jurisprudencia de la CIDH, preferentemente a la voluntad del constituyente? ¿Podrá el Tribunal fundamentar la constitucionalidad de una acción, o bien la inconstitucionalidad de una norma, aplicando como criterio de interpretación la jurisprudencia de la CIDH?

Con ese conjunto de interrogantes habrá que determinar si el resultado de la interpretación desarrollada y contenida en la jurisprudencia de la CIDH es vinculante y fuente directa de derecho en el nuevo constitucionalismo boliviano.

³ Sobre la importancia de incluir las normas internacionales sobre derechos humanos como criterios de interpretación constitucional cf. Luigi Ferrajoli: "Pasado y futuro del Estado de derecho", en Miguel Carbonell et al.: *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México: Instituto de Investigaciones de la UNAM, Instituto Tecnológico Autónomo de México y Siglo XXI, 2002.

En ese ámbito de dudas, este ensayo pretende contribuir con algunos elementos de juicio para el análisis, la reflexión y el debate sobre el tema de interpretación constitucional con relación a la jurisprudencia de la CIDH. A ese efecto y con conciencia de la complejidad del tema, se analizarán los aspectos básicos para extraer algunas conclusiones.

2. La interpretación constitucional y las normas internacionales de derechos humanos

La importancia de la interpretación constitucional deriva en primer lugar de su propio objeto, es decir, de la misma Constitución, por ser la primera norma del ordenamiento jurídico; en otros términos, la tarea interpretativa de la Constitución deriva de la importancia cualitativa de la norma fundamental, al establecer valores y principios constitucionales, derechos y garantías fundamentales como límites al poder político del Estado. Así, la interpretación constitucional es aquella actividad desarrollada para averiguar el sentido o significado de la Constitución, ya que para que cumpla con su función debemos saber cuál es su sentido o el significado que atribuir a sus palabras. Es decir que la aplicación de la Constitución supone la averiguación del efecto previsto en ella.

Tanto la ley como la Constitución, dotadas ambas de fuerza normativa vinculante, representan solo una etapa del proceso de concreción del derecho. El hecho de que cada supuesto concreto en el que determinada disposición haya de ser aplicada requiera una interpretación particularizada da lugar a un proceso que no se limita a explicar el enunciado normativo considerado de manera abstracta, sino que lo transforma en regla concreta de decisión.⁴

Para Néstor Pedro Sagüés, la interpretación constitucional es “averiguar el sentido de un precepto constitucional, o encontrar a la norma constitucional verdadera o mejor, cuando ella no es fácil de detectar, o cuando una misma regla constitucional permite varias interpretaciones”.

En ese contexto, la interpretación constitucional tiene como objetivo lograr que mediante la Constitución formal se haga presente la Constitución material, adecuando las normas de esta a los cambios que se generan en el ámbito jurídico, social, económico y político, sin que por ello se desvirtúe la esencia de sus normas. Lograr la estabilidad y permanencia de la Constitución será, en resumen, el objetivo inmediato de la interpretación constitucional.

Pero el problema mayor en la tarea interpretativa es que la Constitución y la norma en general no son mandatos aislados. Se producen en determinado contexto, tienen determinada sede material, están dentro de determinado sistema inmediato, con una especial proximidad respecto de otros preceptos cercanos, y forman parte de determinado sector del ordenamiento, de un sector jurídico concreto.⁵

⁴ Cf. Claudia Storini: *La interpretación constitucional y el estado de las autonomías*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 31.

⁵ Cf. Juan José Solozabal Echavarría: “Notas sobre interpretación y jurisprudencia constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, n.º 69, julio-septiembre 1990, pp. 175-188.

Por ello, en muchas situaciones interpretar la Constitución implica interpretar y aplicar normas internacionales. Esto ocurre claramente con normas constitucionales que reconocen derechos fundamentales, para interpretar las cuales se recurre a normas internacionales sobre derechos humanos, e incluso a la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales creados para asegurar la aplicación de la referida norma internacional.⁶ Ello quiere decir que la Constitución será interpretada a partir de normas internacionales y jurisprudencia de los tribunales internacionales.

Es por esa razón que, entre los muchos fundamentos de la tarea interpretativa, encontramos el que parte de considerar al sistema constitucional de un Estado como un orden normativo que, además de la Constitución, está integrado por disposiciones constitucionales de derecho internacional de los derechos humanos, con las que forma un verdadero bloque de constitucionalidad.⁷ Entonces, cuando se presentan omisiones normativas en determinados casos concretos, se realiza la interpretación constitucional para integrar las disposiciones constitucionales.⁸

Dentro ese orden de ideas será imprescindible identificar a ese tipo de interpretación como *interpretación sistemática*. Esta permite desentrañar una disposición normativa o varias de ellas según el significado prescrito por determinado sistema jurídico, entendiendo que un sistema indica una conexión organizada en relación a un orden, como resultado de la interpretación. Las normas que conforman un orden normativo están relacionadas entre ellas; por eso la interpretación de una norma es necesariamente sistemática, ya que tendrá como resultado la sistematicidad del ordenamiento.

3. La posición jurídica de los tratados sobre derechos humanos

Con lo anotado hasta ahora, habrá que definir si los tratados internacionales sobre derechos humanos forman parte del sistema jurídico boliviano y determinar su rango constitucional en el ordenamiento, para posteriormente establecer si corresponde que el intérprete máximo de nuestra Constitución realice su labor a partir de los resultados de la interpretación de tratados internacionales sobre derechos humanos. Ese resultado permitirá responder si será posible que el TCP interprete la Constitución a partir de la CADH.

Para el referido análisis debemos remitirnos al artículo 410 de la Constitución:

La constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de

⁶ Cf. Ferrajoli: o. cit.

⁷ Sobre el alcance y contenido del bloque de constitucionalidad cf. Francisco Rubio Llorente: "El bloque de constitucionalidad", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, n.º 27, septiembre-diciembre 1989, pp. 9-37. El autor presenta, aunque muy ligado al desarrollo de las autonomías españolas, un desarrollo doctrinal sobre el contenido del bloque de constitucionalidad y los efectos que tienen las normas del bloque en la aplicación judicial del derecho. Por otro lado, con mucha más exactitud puede consultarse Rodrigo Uprimny: "Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo Código de Procedimiento Penal", en <http://www.wcl.american.edu/humright/hracademy/documents/Clase1-Lectura3BloquedeConstitucionalidad.pdf> (visitado el 22 de enero de 2012).

⁸ Cf. Rivera Santivañez: o. cit.

constitucionalidad está integrado por Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales: 1. Constitución Política del Estado; 2. Los tratados internacionales; 3. Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de la legislación departamental, municipal e indígena; 4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes.

Aparte de establecer principios importantes, como el de supremacía constitucional y el de jerarquía constitucional, el artículo citado determina de cierta manera el contenido del bloque de constitucionalidad, lo que merece nuestra atención.

Dicha expresión es utilizada por la Constitución de forma expresa y únicamente en el artículo anotado, al disponer que los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos sean parte del contenido del bloque de constitucionalidad, siempre que sean ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional. Se puede apreciar que la voluntad del constituyente fue elevar las normas referidas a rango constitucional, cuyo respeto se debe imponer ante la ley y ante cualquier otra disposición normativa. Es por ello que entre las normas internacionales con rango constitucional se encuentra la CADH, que forma parte del mismo bloque de constitucionalidad por ser norma internacional sobre derechos humanos, de lo que deriva que se puede imponer su respeto ante la misma ley y las demás normas jurídicas.

Esta disposición puede pasar por innecesaria por cuanto la propia Constitución en el mismo artículo establece que los tratados tienen jerarquía superior a las leyes, con lo que resulta innecesario elevar a rango constitucional normas que tienen su propia jerarquía en el sistema constitucional. Se encuentran por debajo de la Constitución, pero por encima de las leyes y demás disposiciones normativas, lo que indica que gozan de un sitial privilegiado en el sistema jurídico boliviano.⁹

Corresponde ahora determinar si el TCP puede interpretar la nueva Constitución a partir de la CADH, y para ello debemos recordar que la Convención fue ratificada mediante ley 1439, del 11 de febrero de 1993. Asimismo, debemos tener en cuenta el artículo 410.II, pero también el artículo 13.IV de la NCPE, que determina:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia.

⁹ Para esa misma posición cf. Louis Favoreu: "El bloque de constitucionalidad", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 5, Madrid, enero-marzo de 1990. Infiere el autor que entre las normas no incluidas en el bloque de constitucionalidad están las normas internacionales, por encontrarse en una autoridad superior a la de las leyes ordinarias.

A partir de ello resulta sencillo determinar que el TCP puede utilizar como parámetro de interpretación la CADH, ya que las referidas disposiciones abren el camino para que el Tribunal, en su función de interpretación y aplicación de las normas constitucionales que reconozcan derechos, considere las normas internacionales sobre derechos humanos como marco de interpretación. Esto implica que, en particular, la CADH sí puede y debe ser considerada como criterio para interpretar la NCPE en lo que respecta a la aplicación de los derechos fundamentales reconocidos por la misma norma fundamental.

Al utilizar la CADH como parámetro de interpretación, el Tribunal está indirectamente dando aplicación al Convenio, cumpliendo de esa forma con la protección primaria de los derechos humanos, que realiza conjuntamente con todos los tribunales internos, e implica que estos en conjunto tienen la competencia y la responsabilidad de conocer e interpretar las disposiciones pertinentes de los tratados de derechos humanos y en concreto de la CADH.¹⁰

No obstante, los actos internos de los Estados pueden venir a ser objeto de examen por parte de los órganos de supervisión internacionales [es decir, por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos] cuando se trata de verificar su conformidad con las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos.¹¹

Estos casos de supervisión pueden suscitarse, por ejemplo, cuando una decisión judicial interna haya dado una interpretación incorrecta del tratado sobre derechos humanos, lo cual podrá configurar responsabilidad internacional del Estado.

En ese sentido es posible que los órganos de supervisión internacional se ocupen de controlar la compatibilidad de la interpretación y aplicación del derecho interno con las obligaciones convencionales. Por lo tanto, aquí ingresa a consideración por los tribunales internos la jurisprudencia de la CIDH, para buscar el sentido más acertado en la tarea de interpretar la CADH y evitar contradicciones o mala aplicación del Convenio.

4. El efecto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en la protección de derechos humanos

Ahora bien, continuando con nuestro análisis, recordemos que como medios de protección de los derechos reconocidos en la CADH se han implementado dos órganos con diferentes competencias. Entre ellos se encuentra la CIDH, que de manera general tiene la competencia de conocer los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados partes, y de forma particular la Corte tiene competencia para interpretar y aplicar las disposiciones de la CADH, siempre y cuando se reconozca como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial la competencia de la misma

¹⁰ Antônio Augusto Cançado Trindade: *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Santiago de Chile: Jurídica Chile, 2006, p. 276.

¹¹ *Ibidem*.

Corte sobre tales temas. En ese sentido, el Estado boliviano dispuso la aprobación y ratificación de la CADH, al mismo tiempo que reconoció de forma obligatoria e incondicional y por plazo indefinido la jurisdicción y competencia de la CIDH.

Aclarado que la CADH forma parte del bloque de constitucionalidad y puede ser criterio para la interpretación de derechos consagrados en la Constitución, habrá que analizar si la jurisprudencia de la CIDH puede ingresar en la consideración del TCP al momento de interpretar y aplicar disposiciones constitucionales que reconozcan derechos fundamentales, o si simplemente será un instrumento de carácter consultivo para dicho tribunal, sin valor jurídico o eficacia alguna. Ello obliga a determinar el valor de dicha jurisprudencia en el sistema constitucional boliviano en el marco de la NCPE.

La calidad de la jurisprudencia de la Corte es un tema que no se encuentra regulado en la misma Constitución, pero con base en una interpretación contextualizada de esta y en un viable razonar jurídico puede afirmarse que la jurisprudencia de la Corte sí debe ingresar como criterio de interpretación en la tarea hermenéutica del TCP, al igual que la misma CADH. El razonamiento es sencillo: Los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Bolivia tienen valor constitucional ya que forman parte del bloque de constitucionalidad. Asimismo, los tratados y convenios internacionales que reconocen derechos humanos y que prohíben su limitación en estados de excepción prevalecen en el orden interno. Al mismo tiempo la Constitución ordena que las normas de tratados internacionales de derechos humanos sirvan de parámetro de interpretación para las cláusulas constitucionales que incluyan derechos fundamentales. Ahora bien, algunas de esas normas internacionales tienen como intérprete a la CIDH. En esa medida, al aplicar dichas disposiciones al ordenamiento interno, es necesario tener en cuenta, de manera particularmente relevante, la doctrina fijada por la Corte Interamericana.¹²

En este sentido, nos introducimos en el derecho comparado, y de manera auxiliar podemos indicar que Colombia tiene similar disposición constitucional sobre los tratados internacionales de derechos humanos,¹³ lo que nos permite anotar lo expresado por su Corte Constitucional, que se adecua perfectamente al tema tratado:

La Corte coincide con el interviniente en que en esta materia es particularmente relevante la doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es el órgano judicial autorizado para interpretar autorizadamente la Convención Interamericana. En efecto, como lo ha señalado en varias oportunidades

¹² Imagen expresada en la consideración de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro el ordenamiento jurídico colombiano. Cf. Jaime Córdoba Triviño: "Aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Derecho Constitucional Colombiano", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2007, tomo II, p. 667.

¹³ Artículo 93 de la Constitución colombiana: "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia". Pero también definen los parámetros de adopción de las normas internacionales de derechos humanos en el orden interno colombiano los artículos 9, 94, 53, 102 y 214 de la misma norma fundamental, según su Corte Constitucional, en sentencia C-067, de 4 de febrero de 2003.

esta Corte Constitucional, en la medida en que la Carta señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, es indudable que las jurisprudencias de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales.¹⁴

Igualmente, la doctrina desarrollada por la CIDH a través de su jurisprudencia es relevante en el sistema constitucional boliviano, por lo que su valor jurídico es semejante al de la CADH. En consecuencia, el TCP debe interpretar y aplicar las normas constitucionales que reconozcan derechos fundamentales a partir tanto de la Convención como de la jurisprudencia que desarrolla la Corte Interamericana.

5. Criterios de interpretación. Jurisprudencia de la Corte versus voluntad del constituyente

Si la CADH y la jurisprudencia de la Corte son criterios relevantes que considerarse en la tarea interpretativa del TCP, ¿dónde se ubicará la voluntad del constituyente, criterio de interpretación preferente según la propia Constitución?¹⁵ Nos queda, por tanto, absolver si el mismo intérprete de la Constitución podrá aplicar como criterio de interpretación la jurisprudencia de la CIDH preferentemente a la voluntad del constituyente como un distinto criterio de interpretación.

Antes de este análisis es pertinente mencionar la estrecha relación entre la CADH como norma internacional de derechos humanos y la jurisprudencia que establece la CIDH, en el sentido de que son fuentes de derecho que no pueden concebirse de forma separada, ya que para aplicar como criterio de interpretación la jurisprudencia de la Corte se debe tener presente la aplicación previa de la CADH y viceversa. Esta última es la norma sustantiva que reconoce derechos humanos y es a partir de ella que el órgano encargado de su interpretación generará la doctrina pertinente sobre los alcances de la referida norma internacional.

De una tarea interpretativa de la Constitución se puede probar que la voluntad del constituyente ha sido otorgar a los tratados internacionales sobre derechos humanos un valor relevante en el ordenamiento jurídico boliviano,¹⁶ en cuanto se refiere a la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales, ya que el mismo constituyente ha

¹⁴ Sentencia C-010/00. En el mismo sentido véanse las sentencias C-406/06, T-568/99 y T-1319/01, todas de la Corte Constitucional colombiana.

¹⁵ El artículo 196 de la NCPE determina: “[En] su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto”.

¹⁶ El impacto de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos en las Constituciones recientes ha generado este tipo de disposiciones, lo cual muestra que la nueva realidad en el plano internacional provoca cambios en la evolución interna y en el ordenamiento constitucional de los Estados, generando un nuevo constitucionalismo de apertura a la internacionalización de la protección de los derechos humanos. Cf. Cançado Trindade: o. cit., pp. 272-275.

dispuesto normas de gran trascendencia, como los artículos 13.IV y 410.II de la NCPE, ya anotados. El primero dispone la obligación de interpretar los derechos y deberes consagrados en la Constitución de conformidad a los tratados internacionales sobre derechos humanos, y el segundo artículo establece que las mismas normas internacionales forman parte del bloque de constitucionalidad. Con ello se nota la relevancia que han tenido para el constituyente las normas internacionales sobre derechos humanos, lo que permite afirmar que la voluntad del constituyente para definir e interpretar los derechos reconocidos en la Constitución ha sido precisar como parámetro de interpretación los mismos tratados que reconozcan derechos humanos, ingresándolos como parte del sistema jurídico constitucional.

Ello implica que, en la aplicación de los derechos y deberes consagrados en la norma fundamental, el constituyente ha definido dejar de lado su voluntad, como criterio de interpretación, para que aquellos sean interpretados según el espíritu de las normas internacionales sobre derechos humanos, siempre que hayan sido ratificados por el Estado boliviano. De ahí surge la legitimidad de dichas normas en el sistema constitucional boliviano.

Ahora bien, habiendo definido que en materia de derechos humanos la voluntad del constituyente queda apartada como criterio de interpretación constitucional, en mérito a su propia decisión,¹⁷ queda claro entonces que el máximo intérprete de la Constitución tiene luz verde para interpretar los derechos fundamentales de conformidad a la CADH. En ese mismo sentido se debe tener en consideración que existe un órgano con plena competencia para interpretar y aplicar dicha Convención, cuyo resultado genera jurisprudencia que crea doctrina en la materia, y que de cierta forma es vinculante en el sistema jurídico boliviano.

Así, en el entendido de que la CADH y la jurisprudencia de la CIDH son algo inseparable a los efectos de interpretación y aplicación, y según todo el argumento ya desglosado, se logra también determinar que la jurisprudencia de la Corte puede ser aplicada como criterio de interpretación de manera preferente a la voluntad del constituyente, debido al valor constitucional que tienen los derechos humanos. Otro argumento que refuerza la aceptación de la jurisprudencia como criterio de interpretación es el uso de una de las formas de interpretación constitucional, denominada *interpretación sistemática*, en el entendido de que esta permite concebir una conexión que no es causal sino organizada en relación con un orden. Así es posible el encuentro entre la Constitución, la CADH y la jurisprudencia de la CIDH, en orden a definir de forma adecuada los criterios que deben usarse para la interpretación de derechos fundamentales en el sistema jurídico boliviano, que más que averiguar la preferencia de criterios de interpretación debe buscar la mejor y más favorable interpretación para la persona que exige la aplicación de sus derechos y deberes constitucionales, en conexión con la interpretación *pro homine*.¹⁸

Igual de relevante es definir que el TCP podrá fundamentar la inconstitucionalidad de una norma aplicando como criterio de interpretación tanto la CADH como la jurisprudencia de la CIDH, siempre y cuando la declaratoria de inconstitucionalidad esté

¹⁷ Decisión que se refleja en el artículo 13.IV de la Nueva Constitución Política del Estado.

¹⁸ Sobre el criterio de la primacía de la norma más favorable véase Cançado Trindade: o. cit., p. 310.

fundamentada en la vulneración de derechos fundamentales reconocidos por la misma Constitución, en virtud de que el Tribunal está plenamente habilitado a interpretar los derechos, considerando la CADH y la doctrina desarrollada por la Corte Interamericana, ya que ello sería lo más acorde con el espíritu de las normas constitucionales, que a la vez reflejan la voluntad del constituyente en materia de protección de derechos fundamentales.

6. Conclusiones

Como conclusión debemos señalar la importancia de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el sistema constitucional boliviano, y específicamente la relevancia de la CADH en cuanto criterio de interpretación para nuestro TCP. Y no podemos dejar de mencionar el rol que debe tener la jurisprudencia de la CIDH en el ordenamiento jurídico en cuanto a la interpretación constitucional, ya que con su aplicación como instrumento de interpretación se hace realidad la presencia de la Convención en el ordenamiento, por cuanto esta expresa la doctrina de un órgano competente, que tiene por tarea principal aplicar e interpretar la CADH.

Como resultado de todo ello podemos confirmar que la CADH sí puede ser un criterio de interpretación; que la jurisprudencia de la CIDH puede ser aplicada como un parámetro de interpretación preferente en virtud de la misma voluntad del constituyente, por la forma en que se ha estructurado el tema de la aplicación e interpretación de derechos fundamentales. Y por último es claro que el TCP puede declarar la concesión de una acción de defensa de derechos o bien declarar la inconstitucionalidad de una norma aplicando como criterio de interpretación la jurisprudencia de la CIDH, siempre que los fundamentos estén destinados al desarrollo y la protección de derechos fundamentales.

Con ese conjunto de análisis podría aseverarse que, en cuanto a la aplicación e interpretación de derechos fundamentales, la jurisprudencia de la Corte Interamericana debe ser aplicada de forma vinculante en el ordenamiento jurídico, debido al trato que ha dado el constituyente a los tratados y convenios sobre derechos humanos y a la fuerte conexión que existe con la CADH.

Y en esa medida ingresa la interpretación sistemática como instrumento para reforzar y complementar el papel que debe cumplir la jurisprudencia de la Corte en el ordenamiento jurídico, a fin de lograr una verdadera sistematización entre el derecho interno y el derecho internacional en lo que respecta a los derechos de las personas.

Bibliografía

- CANÇADO TRINDADE, António Augusto: *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2006.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis: "El derecho fundamental a un juez imparcial: influencias de la jurisprudencia del TEDH sobre el Tribunal Constitucional Español", *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, <www.juridicas.unam.mx> (21/11/2010).

- CÓRDOBA TRIVIÑO, Jaime: “Aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Derecho Constitucional Colombiano”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, tomo II, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2007.
- FAVOREU, Louis: “Bloque de constitucionalidad”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 5, Madrid, enero-marzo de 1990.
- FERRAJOLI, Luigi: “Pasado y futuro del Estado de derecho”, *Revista Internacional de Filosofía Política*, n.º 17, 2001.
- PINTO, Mónica: “El valor jurídico de las decisiones de los órganos de control en materia de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, en Víctor ABRAMOVICH, Alberto BOVINO y Christian COURTIS (comps.): *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2007.
- REY CANTOR, Ernesto: “El bloque de constitucionalidad. Aplicación de tratados internacionales de derechos humanos”, *Estudios Constitucionales*, año 4, n.º 2, Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, 2006.
- RIVERA SANTIVANEZ, José Antonio: “La interpretación constitucional y su vinculatoriedad”, en *Justicia Constitucional y Estado de Derecho*, Memoria n.º 7 del Tribunal Constitucional Boliviano, Sucre, 2003.
- RUBIO LLORENTE, Francisco: “El bloque de constitucionalidad”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, n.º 27, septiembre-diciembre de 1989.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro: “Interpretación constitucional y alquimia constitucional. (El arsenal argumentativo de los tribunales supremos)”, en *Justicia Constitucional en Bolivia 1998-2003*, Sucre: Tribunal Constitucional de Bolivia, 2003.
- SOLOZABAL ECHAVARRIA, Juan José: “Notas sobre interpretación y jurisprudencia constitucional”, *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n.º 69, julio-septiembre de 1990.
- STORINI, Claudia: *La interpretación constitucional y el estado de la autonomías*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- UPRIMNY, Rodrigo: *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo Código de Procedimiento Penal*, s/d.

Normas

- Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José (Costa Rica), del 7 al 22 de noviembre de 1969. Adoptada en San José (Costa Rica) el 22 de noviembre de 1969. Entrada en vigor el 18 de julio de 1978, conforme al artículo 74.2 de la Convención. Depositario: Secretaría General de la OEA (instrumento original y ratificaciones). OEA, Serie sobre Tratados n.º 36, Registro ONU 27/8/1979, n.º 17955.
- Nueva Constitución Política del Estado, República de Bolivia, Asamblea Constituyente, Honorable Congreso Nacional, febrero 2009.
- Ley 1439, del 11 de febrero de 1993, Honorable Congreso de la República de Bolivia.

Juan N. Silva Meza (México)*

El impacto de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en la labor jurisdiccional en México**

RESUMEN

El artículo explora en detalle las transformaciones del sistema normativo originado en la reforma constitucional mexicana del 10 de junio de 2011, con especial interés en su impacto en los derechos humanos. En este sentido se abordan dos temas principales. El primero es la identificación de las transformaciones constitucionales en derechos humanos que hacen posible hablar de un cambio de paradigma en el derecho mexicano. El segundo es una reflexión en torno a las posibles y renovadas exigencias que las reformas constitucionales de 2011 representan para la labor jurisdiccional en México.

Palabras clave: reforma constitucional, control jurisdiccional, responsabilidad del Estado, derechos humanos, derecho internacional de los derechos humanos, control de convencionalidad, México.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Artikel befasst sich mit den Rechtssystemänderungen gemäß der am 10. Juni 2011 vorgenommenen Reform der mexikanischen Verfassung und geht insbesondere auf ihre Auswirkungen auf die Menschenrechte ein. In diesem Sinne behandelt er zwei Themenblöcke. Im ersten wird eine Identifizierung der menschenrechtsbezogenen Verfassungsänderungen vorgenommen, die es erlauben, von einem Paradigmenwechsel im mexikanischen Recht zu sprechen. Der zweite stellt Überlegungen zu den möglichen neuen Anforderungen an, die sich aus den Verfassungsreformen von 2011 für die Gerichtbarkeit in Mexiko ergeben.

Schlagwörter: Verfassungsreform, Gerichtsbarkeitkontrolle, Verantwortung des Staates, Menschenrechte, Internationales Recht der Menschenrechte, Normenkontrolle, Mexiko.

* Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Consejo de la Judicatura Federal (2011 a 2014).

** Este ensayo se preparó originalmente para el volumen sobre derecho constitucional de los derechos humanos de la obra jurídica enciclopédica en homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su primer centenario.

ABSTRACT

The article explores in detail the transformations of the normative system as a consequence of the Mexican constitutional reform of 10 June 2011, with a special focus on its impact on human rights. Thus, two main subjects are discussed. The first is identifying the human rights transformations to the constitution that allow us to speak of a paradigm change in Mexican law. The second is a reflection on the possible and increased demands that the 2011 constitutional reforms represent for the work of the courts in Mexico.

Keywords: constitutional reform, judicial review, State responsibility, human rights, international human rights law, conventionality contro,; Mexico

1. A manera de introducción

Varios meses han transcurrido desde que el 10 de junio de 2011 se publicara en el *Diario Oficial de la Federación* la más trascendental modificación a la Constitución Política mexicana en materia de derechos humanos. Si alguna comparación pudiera esbozarse, esta reforma es posible equipararla al momento en que en 1917 el texto fundacional de nuestro ordenamiento jurídico incorporó por vez primera los derechos sociales. Hoy, como en aquella época, la sociedad mexicana y sus autoridades enfrentamos el reto de hacer que en la vida diaria de las personas se reflejen los cambios constituidos como promesas en aquel papel.

A prácticamente 95 años de que entrara en vigor nuestra Constitución de 1917 todavía existen cuestionamientos sobre la naturaleza de los derechos sociales, todavía se enseñan en nuestras aulas supuestas diferencias estructurales que los separan de las tradicionales libertades civiles y políticas, todavía se acentúa la idea de generaciones entre derechos, su exigibilidad no se refleja en la práctica cotidiana y mucho menos su justiciabilidad es una firme constante en tribunales.

Para evitar igual destino para lo publicado el 10 de junio, son necesarias algunas reflexiones en torno a la manera en que la reforma constitucional de derechos humanos ha transformado el marco normativo sobre el que se trabaja en el ámbito jurisdiccional, a la par que los mecanismos o herramientas de los que se sirve esta función estatal. Lo segundo pese a que mientras se escriben estas líneas está pendiente la reforma legal que tiene por encomienda desarrollar otra de las reformas estructurales de 2011, la del juicio de amparo, pues de modo alguno es posible negar que la reforma de derechos humanos por sí misma ya les impacta.

Dos son entonces los temas sobre los que aquí se propone dialogar. Por un lado, las transformaciones que nuestro sistema jurídico ha experimentado con la reforma constitucional de derechos humanos, que han ocasionado que diversas voces afirmen que estamos ante un verdadero cambio de paradigma en nuestro derecho. Por el otro, las renovadas exigencias que esa reforma impone a aquellos a quienes se encomienda la labor jurisdiccional, desde la forma en la que se interpretan tanto los preceptos normativos sustantivos como los adjetivos o procesales que ordenan su actuar, hasta el modo en que se percibe el fin de su función para con la gente.

Lo anterior sin limitarse a un único enfoque, porque para estar a la altura de las expectativas que las reformas constitucionales abren para las personas en nuestro país no conviene seguir separando planteamientos que coincidan en hacerlas una efectiva y útil realidad lo más pronto posible, solo porque unas propuestas provienen de la academia, otras del foro, unas más de las organizaciones civiles y otras llegan desde juzgados y tribunales. Las reformas de 2011 pueden mejorar la vida de todas las personas en México y, siendo esa su justa dimensión, corresponde a todo el mundo tomarlas en serio.

2. El contenido esencial de la reforma constitucional de derechos humanos

La reforma en materia de derechos humanos introduce múltiples adecuaciones al texto constitucional. Imprudente sería analizarla sin referencia a otras reformas constitucionales más o menos recientes, como la penal, la de acciones colectivas, la de amparo, o incluso las publicadas en octubre de 2011 que incorporan el derecho a la alimentación, al deporte y la cultura física, o bien que refuerzan los derechos de la niñez como guías insoslayables de las políticas públicas del rubro. Sin embargo, en esta oportunidad se habrán de centrar las reflexiones de forma preponderante en las modificaciones relativas al artículo primero constitucional.

Cada párrafo nuevo del artículo primero constitucional conlleva implicaciones que hoy todavía permanecen inconmensurables. Cada párrafo tiene la capacidad de revolucionar nuestras relaciones sociales. Establece ahora el párrafo inaugural que en México todas las personas gozan de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, a la par que de las garantías para su protección, así como que en conjunto su ejercicio no puede restringirse ni suspenderse salvo en los casos y bajo las condiciones que se fijan en el propio texto de la Ley Fundamental.

Continúa el segundo párrafo afirmando que las normas concernientes a los derechos humanos deben interpretarse de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia, siempre a favor de que a las personas se conceda la mayor protección. Cierra este marco el tercer párrafo, que ordena a todas las autoridades, acorde a sus competencias, respetar, proteger, promover y garantizar los derechos humanos a la luz de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad que los informan, a la vez que les impone obligaciones de prevenir, investigar, sancionar y reparar sus violaciones.

Así sintetizados, estos tres párrafos están cambiando ya nuestro orden jurídico. Esta trilogía ha servido, por ejemplo, como uno de los pilares para que en el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se resolviera el expediente varios 912/2010, concerniente al cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaída en el caso *Radilla Pacheco*. Precedente que a su vez ha revolucionado la impartición de justicia en el país al darle entrada al control de convencionalidad difuso al mismo tiempo que matiza el monopolio del control de constitucionalidad depositado en los tribunales federales.

De este último punto se reflexionará más adelante. Antes conviene dilucidar si de entre esos tres párrafos del artículo primero constitucional alguno impacta en mayor medida que los otros la labor jurisdiccional en México. Por supuesto, ello no tiene que ver con defender la idea de una jerarquía superior de algunas disposiciones constitucionales sobre otras, dado que del texto constitucional no se desprende diferenciación jerárquica alguna. No solo ello: que una autoridad se asumiera como intérprete infalible al respecto la haría dueña de la Constitución, fuera de toda competencia y contraviniendo su espíritu democrático.

De lo que se trata es de observar si alguna disposición constitucional condiciona más que otras la manera en que se desenvuelve la labor jurisdiccional consistente en interpretar y aplicar el propio texto constitucional. Con ese planteamiento clarificado, es posible sostener que el segundo párrafo del artículo primero constitucional introduce una norma con esa característica. “Conceder la mayor protección a las personas” se instituye como una norma guía y de apertura para interpretar todos los enunciados normativos que contiene nuestra Constitución y en esa medida, desde esta perspectiva, puede afirmarse como la esencia de la reforma.

Ciertamente, de coincidir en que conceder la mayor protección a las personas es el fin primordial de nuestro ordenamiento jurídico, o más, la esencia del derecho, el impacto de este posicionamiento trasciende por mucho la labor jurisdiccional. Sus implicaciones deberán informar la teoría con la que entendemos y explicamos el derecho y, en la práctica, la indicada norma guía debe condicionar el actuar de toda autoridad y particular. Obviamente, desarrollar esta cuestión excede el marco en el que se escribe, por lo que de momento solo corresponde emplear tal norma en nuestro análisis en torno a los tres párrafos del artículo primero constitucional.

Con esta advertencia anunciada, en lo que resta de este texto se intentará dotar de la interpretación más favorable a la protección de las personas a cada porción normativa sujeta a análisis, de la lectura que más extienda el ámbito de los derechos humanos o, en contrapartida, que más restrinja el actuar de las autoridades. Es por eso que acaba de afirmarse que la aceptación de la norma guía y de apertura recién propuesta conlleva implicaciones teóricas de gran calado. Es así pues, si queremos reformular nuestras tesis para que se ajusten a nuestra nueva realidad normativa, no serán certeros los posicionamientos regresivos.

3. El primer párrafo del artículo primero constitucional

Al menos seis aspectos destacan del párrafo inaugural de nuestra Constitución. Comparte, como toda la reforma que se comenta, el cambio en la terminología con la que nos referimos a los derechos. No más *garantías individuales*, sino que ahora se acoge la expresión *derechos humanos*. Gran cantidad de líneas se han escrito acerca de las diversas implicaciones de emplear una u otra denominación y no tiene caso reiterarlas aquí. Solamente resaltar dos puntos.

Primero, se busca homologar el lenguaje del texto constitucional con el de los principales cuerpos normativos de fuente internacional, aunque en el interior todavía no se lo uniforme. Segundo, se acepta la figura de derechos humanos como una de derecho

positivo. Por bastante tiempo se ha intentado demeritar la expresión identificándola como un término perteneciente más al ámbito de la moral o la política que al campo del derecho. En demasiadas ocasiones se ha querido reducir a los derechos humanos como pretensiones sociales basadas en una idea de justicia pero sin sustento jurídico. No más de eso. Hoy, apelar a los derechos humanos como fundamento de exigencias sociales, con una argumentación adecuada, encontrará el máximo soporte dentro del sistema jurídico, con fuerza normativa constitucional.

El siguiente aspecto se vincula con lo anterior, pues, además del cambio lingüístico y del cambio teórico jurídico indicados, en el primer párrafo del artículo primero constitucional se sustituye la concepción de que los derechos se otorgan a las personas, para postular que los derechos humanos se les reconocen por el ordenamiento jurídico. Ello solo supone que el fundamento de los derechos no puede hallarse dentro del derecho, pero de ninguna forma debe pretextarse para sostener que los derechos humanos no son derechos positivos. No cambia la naturaleza jurídica de los derechos, sino el estatismo del derecho.

En palabras simples, lo que implica esta transformación en el modo de concebir los derechos, desde un punto de vista extrajurídico, es que las personas no le deben pleitesía, reverencia, acatamiento, sumisión, sometimiento u obediencia alguna al Estado porque les concede graciosamente sus derechos, sino que se sirven de las instituciones estatales y del derecho que las crea, organiza y norma, para que se les reconozcan los derechos por los que históricamente han luchado. Visto así, ese cambio de concepción puede contribuir al más ambicioso cambio cultural de compromiso democrático que se persigue con la reforma constitucional.

El tercer aspecto relevante es distinguir entre los derechos humanos y sus garantías. Tradicionalmente, tanto en el plano teórico como sobre todo en la práctica jurisdiccional, se asoció tan estrechamente a los derechos con sus garantías que se instituyó como creencia generalizada que en ausencia de las segundas no se contaba con los primeros. No existía en realidad un derecho si a la par no se establecía una disposición que incorporara por expreso obligaciones correlativas atribuidas a sujetos bien identificados, y más aún si ante el eventual incumplimiento de aquellas se regulaban mecanismos para revertir su infracción.

Solo si las personas tenían a la mano dispositivos para exigir que se sancionara y reparara la inobservancia de las obligaciones aparejadas a sus derechos podía hablarse con propiedad de que eran titulares de tales derechos. Por supuesto, una visión como la descrita dejaba tambaleante la fuerza normativa de nuestra Constitución Política así como la de los tratados internacionales que reconocían derechos. Ello era así, aunque por lo general se guardaba silencio al respecto, por cuanto únicamente se necesitaba de la omisión de legislación ordinaria que desarrollara dichas obligaciones y garantías para hacer de papel a los derechos.

Exactamente eso fue lo que les sucedió a los derechos sociales por décadas. Cuando las personas volteaban al texto constitucional y ahí leían que gozaban del derecho a un salario digno, del derecho a la vivienda, del derecho a la salud o del derecho a un medio ambiente adecuado, al demandar su respeto ante las autoridades encontraban como respuesta a sus exigencias que en realidad esos derechos no eran tal cosa, sino que se

trataban como normas programáticas que esas mismas autoridades buscaban alcanzar, pero según criterios de oportunismo.

De ahí que el establecimiento de los derechos sociales en la Constitución tomara exclusivamente un valor simbólico, pero no exigible y mucho menos justiciable. De ahí que derechos que buscaban apuntalar la libertad se tornaran en herramientas del clientelismo político. De ahí que el derecho en su conjunto perdiera credibilidad y fuerza normativa a la sombra de intereses políticos coyunturales. Afortunadamente, no más de eso, pues con la distinción expresa entre derechos y garantías para su protección, como hoy se lee desde el artículo inaugural del texto constitucional, aunque falten las segundas no pueden desconocerse los primeros.

El cuarto aspecto destacado es hacer explícito que los derechos de los que gozamos las personas no se agotan en los 136 artículos constitucionales sino que deben completarse con los reconocidos en los tratados internacionales que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico. En otras palabras, tratándose de derechos humanos, nuestro texto constitucional se ha abierto para incluir con idéntica fuerza normativa disposiciones de fuente internacional sobre la materia. Esta cláusula de apertura está dando pauta para reafirmar la presencia en nuestro sistema jurídico de un bloque constitucional extenso que impone más altos parámetros de validez.

Desde esa perspectiva, en sintonía con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo primero constitucional, sobre el que se reflexionará más adelante, parece que en un momento no muy lejano podrá trascenderse el tema de la jerarquía entre las distintas fuentes que reconocen derechos humanos. Vale por ello reiterar que, sea cual fuere el origen de las disposiciones en la materia, todas las normas de derechos humanos ahora constituyen estándares de validez con igual valor, frente a los cuales deben medirse todas las actuaciones de autoridad, sean estatales o provengan incluso de particulares, a través de mecanismos de control simultáneos.

Fijar la vista en que se trata de las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte facilita la respuesta al eventual cuestionamiento en torno a si los tratados a los que hace referencia el texto constitucional —por ejemplo, en el párrafo primero de su artículo inaugural— son únicamente los identificados con el estatus de cuerpos normativos generales sobre derechos humanos, o bien si deben incluirse también tratados de derecho humanitario, en materia penal o incluso de libre comercio. Así ubicado, lo esencial son las normas, cualquiera sea el tipo de tratado del que deriven.

El quinto aspecto de importancia es que las limitaciones de los derechos no tienen cabida salvo en los casos y en las condiciones que nuestro texto constitucional establece. Propiamente hablando, la modificación experimentada en el párrafo primero del artículo inaugural de la Constitución hace notoria la distinción entre la restricción de derechos y su suspensión, siempre por lo que hace únicamente a su ejercicio. Lo anterior, sin embargo, no debe leerse como una flexibilización para limitar derechos, dado que lo esencial de esta porción normativa es la reiteración del carácter excepcional y reglado de tal proceder. Es una lista cerrada y explícita.

Es decir, los derechos humanos solamente se pueden restringir o suspender en los supuestos expresamente previstos en la Constitución. Y más: exclusivamente en las

condiciones en ella establecidas. Apreciadas en su conjunto, estas pautas se conforman en dos requisitos inseparables para limitar derechos. No basta con la posibilidad de desprender vía interpretación una hipótesis implícita de restricción o suspensión de derechos, en razón de que, si bien ese ejercicio hermenéutico podría concluir en un nuevo caso de limitación, nunca podría completarlo con la regulación de las condicionantes en las que opera, que solo pueden ser explícitas.

En otros términos, aunque en principio los casos en que pudieran restringirse o suspenderse derechos humanos podrían derivarse por vía de interpretaciones, aduciendo una lectura sistemática de las disposiciones constitucionales —por ejemplo, al contrastar el enunciado normativo que reconoce un derecho con una diversa disposición orgánica del texto constitucional que confiere una atribución a alguna autoridad, para de esa forma buscar sustentar la limitación de ese derecho a la luz de dicha facultad—, lo cierto es que como las condiciones de tal limitación también deben tener base constitucional, ello es algo que solo puede ser expreso.

Quienes interpretan la Constitución pueden en un momento dado pretender haber descubierto nuevos supuestos de restricción o suspensión de derechos humanos, no explicitados en el propio texto constitucional, pero lo que de ninguna manera pueden atribuirse es la capacidad de derivar por vía hermenéutica las condiciones en las que operan tales casos implícitos de limitación de derechos, pues esa tarea corresponde en exclusiva a aquellos a quienes se encomienda el rol de instancia legisladora constitucional. Y si no se puede lo segundo, entonces lo primero no se sostiene. Por ello, bajo el texto constitucional reformado los dos requisitos son inseparables.

El último aspecto por recalcar, y no por ello de menor importancia, es que se señala como titulares de los derechos a las personas, no a los individuos. Sobre el particular, de entrada vale la pena descartar interpretaciones regresivas que cuestionan si el término *persona* excluye a las jurídicas o morales. Si bien es cierto que esta postura puede sustentarse en el artículo 1.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la renuencia en sede interamericana para reconocer como titulares directos de derechos a las personas jurídicas, de inmediato debe desecharse, de cara a su artículo 29, dado que no favorece una mayor protección.

En México no ha existido problema alguno para reconocer como titulares de derechos a las personas morales desde hace bastante tiempo, y si ello es así no puede pretextarse una disposición de fuente internacional para tratar de revertir esta situación. Asimismo, si ha de seguirse una interpretación según el principio *pro persona*, es manifiesto que, de haberse buscado excluir a las personas jurídicas en esta cuestión, en el texto constitucional debió señalarse por expreso; al no ser ese el caso, se impone a quienes interpreten esta porción normativa no introducir distinciones allí donde no las hay. Menos para reducir la protección de derechos.

Salvada esta aparente regresión, lo realmente importante es que la sustitución del término *individuos* por el de *personas* deberá hacer innegable que en nuestro sistema jurídico se reconocen como titulares de derechos también a los colectivos. Ello debió ser una cuestión pacífica desde que se reformó el artículo segundo constitucional para incorporar con la máxima fuerza normativa los derechos de las comunidades y pueblos indígenas, así como los de los grupos que se les puedan equiparar. Lamentablemente no

fue así, pero hoy tendría que disiparse cualquier duda en atención al matiz del componente individualista de los derechos humanos.

De esa forma, la reforma publicada el 10 de junio de 2011 se hace compatible con la modificación previa que experimentó el artículo 17 constitucional, con la cual se incorporaron a nuestro ordenamiento las acciones colectivas, a la par que con la reforma constitucional en materia de amparo que introduce la figura del interés legítimo colectivo. Ello por cuanto el establecimiento de mecanismos de garantía de derechos e intereses colectivos supone el reconocimiento de su titularidad, más allá de individuos, a grupos. Esta conclusión no puede negarse interpretando que solamente las personas individuales, y no los colectivos, son titulares de derechos

Evidentemente podrá seguir alegándose que *persona* no equivale a *grupo* o *colectividad*, pero el hecho es que tampoco se le opone de modo excluyente, y si a ello se añade que en la actualidad están previstos expresamente mecanismos de garantía de derechos e intereses colectivos, debe asumirse que la titularidad de estos presupone titulares del mismo talante, más allá de individuos que los conformen. Esto, por otro lado, no excluye que las personas pertenecientes a colectividades puedan hacer valer los derechos del grupo en su representación y buscar su justiciabilidad, precisamente bajo la figura del interés legítimo colectivo.

4. El segundo párrafo del artículo primero constitucional

En esta oportunidad, cuatro son las interrogantes que interesa responder a partir del análisis del segundo párrafo del artículo primero de nuestra Constitución. Una, identificar cuáles son las normas relativas a derechos humanos que deben interpretarse conforme al texto constitucional y al de los tratados internacionales en la materia. Dos, ubicar cuáles son esos tratados de derechos humanos. Tres, precisar los alcances y formas de operar del mandato de interpretación conforme. Cuatro, determinar la interrelación de este mandato con el expresado en la norma guía y de apertura consistente en “conceder la mayor protección a las personas”.

En ese orden, nuevamente bastaría recordar que a quienes interpretan un texto normativo no se les permite distinguir ahí donde no hay diferenciación alguna para de ese modo concluir una aparente obviedad: todas las disposiciones normativas en nuestro sistema jurídico deben interpretarse conforme a la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos. Sin embargo, esta cuestión no es así de simple. De hacerse explícito que las normas son el contenido de los enunciados normativos que pueden desprenderse de las disposiciones normativas surge una pregunta por cuáles son las normas relativas a los derechos humanos.

Por ejemplo, la legislación que regula la organización interna de una institución de gobierno ¿contiene normas relativas a derechos humanos?, o bien, el ordenamiento que reglamenta un mecanismo de garantía ¿incluye normas de esa naturaleza? Solo de afirmarse la presencia de normas de derechos humanos en esos cuerpos normativos podrá sostenerse pacíficamente que sus disposiciones normativas deben ajustarse a los mandatos de interpretación conforme y *pro persona* establecidos en el segundo párrafo del

artículo primero constitucional. De lo contrario, no faltará quien niegue tal posibilidad por la ausencia de tales normas.

Observado de esa manera, se transparenta la complejidad de este asunto, el cual por supuesto no se pretende resolver en este breve espacio. No obstante, tampoco existe impedimento para aventurar una alternativa de solución bastante sencilla. La propuesta consiste en enfocar el problema desde su otro extremo. Si se repara en que también esa porción normativa del artículo primero constitucional instituye como parámetros de validez al texto constitucional junto con los textos de los tratados internacionales sobre derechos humanos, haciendo explícita su máxima fuerza normativa, entonces se facilita una respuesta al dilema esbozado.

Se simplifica esta cuestión en tanto hoy no hay duda de que todas las disposiciones normativas en nuestro sistema jurídico deben ajustarse a la Constitución y los tratados sobre derechos humanos para conservar su validez, en atención al principio de supremacía normativa. Si ello es así, entonces en todo supuesto en el que se pueda vincular una disposición normativa con la observancia de cualquier derecho humano estará presente una norma relativa a esta materia, sin importar si el cuerpo normativo en el que se halle sea incluso orgánico, y por ende deberá seguirse una interpretación conforme y *pro persona*.

Aceptada esta fórmula para ubicar cuáles son las normas relativas a derechos humanos que deben interpretarse conforme al texto constitucional y al de los tratados internacionales en la materia, toca definir cuáles son esos tratados de derechos humanos.¹ La respuesta más ágil es afirmar que son aquellos de los que el Estado mexicano sea parte, como se lee en el primer párrafo del artículo primero de la Constitución o en sus artículos 15 y 105, fracción II, inciso g). Pero frente a esta postura cabe al menos una duda: ¿por qué se empleó una redacción diferente en este segundo párrafo?, ¿por qué se utilizan los tratados de la materia?

¿Acaso el mandato de interpretación conforme debe llevarse a cabo a la luz de todo tratado internacional que contenga normas de derechos humanos, sea o no parte el Estado mexicano? Si así es, ¿se afecta la seguridad jurídica de alguien?, ¿se vuelven inciertas las fronteras de nuestro sistema jurídico en tanto se pueden emplear como parámetros de confrontación de normas los que se deriven de textos normativos que ni siquiera son parte de tal ordenamiento? En términos más concretos, ¿es posible que una disposición de una ley cualquiera se contraste e interprete conforme a un tratado internacional que no es parte del orden jurídico?

Por sí mismas esas interrogantes hacen pensar en la prudencia de sostener que en realidad debe ignorarse la distinción incorporada en el segundo párrafo del artículo primero constitucional, resultante de compararlo con los textos de su primer párrafo y de los ya mencionados artículos 15 y 105, fracción II, inciso g), constitucionales. Pero eso tampoco es posible para intérpretes del derecho con ánimo de seriedad. Así, al menos otra respuesta es posible. Justamente, la que asocia la interpretación conforme con la

¹ Se da por descontado que hablamos de normas de derechos humanos contenidas en tratados internacionales. Como se explicó párrafos arriba, no importa si el tratado se identifica como un cuerpo normativo sobre derechos humanos, sino que las normas que a él se adscriben sí lo sean.

interpretación *pro persona*. Es en esa línea que se ha defendido la presencia de una norma tanto guía como de apertura.

La verdadera apertura de nuestro texto constitucional no es la de incorporar una norma positiva de reconocimiento para los tratados internacionales que contengan normas de derechos humanos. Eso ya estaba en el artículo 133 constitucional. Tal apertura, sin dejar de lado ni menospreciar la trascendencia de elevar dichas fuentes normativas de origen externo como supremos parámetros de validez junto con el texto constitucional, descansa en darle entrada a un mandato que obliga a quienes operan con normas vinculadas a derechos humanos a emplear siempre los más altos estándares a favor de las personas, aun si los tienen que importar.

Eso no quiere decir que un tratado internacional del que México no es parte sea obligatorio de todos modos, aunque ni siquiera sea un ordenamiento vigente en nuestro sistema jurídico a causa de no seguirse el procedimiento señalado en el texto constitucional para incorporarlo en el propio sistema. Lo que se pretende hacer notar es que lo obligatorio es buscar en todo tiempo el estándar más alto para “conceder la mayor protección a las personas”, sea que se pueda derivar de un tratado internacional que contenga normas de derechos humanos del que el Estado mexicano es parte, sea que se desprenda de otro tratado en esta materia.

Es así que la definición de los tratados internacionales de la materia frente a los cuales se tienen que interpretar de conformidad las normas relativas a los derechos humanos, las cuales por cierto también pueden contenerse en otros convenios internacionales, no repara, no obedece, no descansa en que en aquellos mismos tratados sea parte el Estado mexicano, sino en que se favorezca en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Es esta la otra respuesta posible al acertijo abierto a causa de que en la Constitución no se hayan empleado iguales fórmulas en el párrafo primero y en el segundo de su artículo inaugural.

Tal solución tampoco es tan aventurada como podría parecer de primera impresión. Véase si no con especial detenimiento el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en sus incisos *c* y *d*. En ellos se da entrada a derechos y garantías inherentes a las personas, a derechos y garantías que deriven de la forma democrática representativa de gobierno, a la vez que a derechos y garantías que sean efecto de declaraciones de derechos, que no tratados, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, sin necesidad de que se reconozcan en ordenamientos normativos de los que sea parte un Estado.

Menos aventurada es todavía si se advierte que en el ámbito del derecho internacional público, dentro del cual se ubica el derecho internacional de los derechos humanos, las fuentes normativas incluyen las de tipo consuetudinario. Siendo así, no podría negarse que, aunque México no fuera formalmente parte de un tratado internacional de la materia, si sus contenidos se han instaurado como una práctica internacional generalizada que se estima obligatoria, no existiría problema alguno para emplear sus estándares como normas de contraste para adecuar otras normas de origen interno. Y si ello se admite, ¿por qué no lo otro?

Afrontadas las primeras dos interrogantes inicialmente planteadas en este apartado, prosigue detallar los alcances y formas en que debe operar el mandato de interpretación

conforme, a la par que destacar la interrelación de este mandato con el de la interpretación *pro persona*. De la interpretación conforme, antes conviene distinguir al menos dos diversas vertientes. De un lado se ha admitido como una técnica para evitar antinomias normativas a fin de salvar la validez de ciertas disposiciones normativas, dotándolas de un significado no opuesto a otras de mayor jerarquía. Pero en ello no se profundizará en este lugar.

Suficiente será poner de manifiesto que la interpretación conforme que opera como técnica de resolución de antinomias para mantener la validez de cualesquiera disposiciones normativas funciona como una norma de cierre. Es decir, se lleva a cabo una vez que en el marco de un proceso de análisis en torno a la validez de un precepto jurídico se ha concluido *prima facie* que este es inválido, luego de lo cual, para evitar ese resultado, al reparar que al menos puede dotárselo de otros alcances, consecuencias o contenidos, se opta por los que lo hagan compatible con el marco jurídico de mayor jerarquía que rige su validez.

Contemplada la interpretación conforme en el marco de esta vertiente, es que a partir de la cláusula establecida en el segundo párrafo del artículo primero de nuestra Ley Fundamental se puede postular como una de las consecuencias de la reforma publicada el 10 de junio de 2011 que desde su entrada en vigor se ha dotado de máxima fuerza normativa, en calidad de normas constituyentes, a las normas de derechos humanos contenidas en tratados internacionales, junto con las que pudieran derivarse del texto constitucional. Ambas especies de normas con supremacía constitucional, ambas como insoslayables cánones de validez.

Sin ser poco, lo dicho no es la única implicación de la incorporación de la cláusula de interpretación conforme al artículo primero constitucional. En su segunda vertiente, ella funciona como norma guía para toda lectura y operación jurídicas en las que se involucren derechos humanos. Ello quiere decir que, de entrada, todo precepto relacionado con estos derechos debe armonizarse con las disposiciones constitucionales y de origen internacional en la materia, si se prefiere mediante el tradicional método de interpretación sistemática, a fin de encontrarle el sentido y el contenido más integradores con este conjunto de vasos comunicadores abiertos.

Sistema o conjunto horizontal en el que se trascienden relaciones jerárquicas en razón de que su guía es “conceder la mayor protección a las personas”. Es así que la interpretación *pro persona* se torna en guía de la interpretación conforme que a su vez debe guiar desde un primer momento toda lectura y operación jurídicas en las que se involucren disposiciones sobre derechos humanos. Esta diferencia entre ambas vertientes tampoco es menor, sobre todo si se la contempla de cara a su principal consecuencia práctica: toda autoridad, dentro de sus competencias, tiene la obligación de visualizar los derechos holísticamente.

La forma en la que opera esta segunda vertiente del mandato de interpretación conforme es la siguiente: en primer lugar, las piezas normativas que componen este sistema horizontal no pueden dejar de considerarse; es decir, siempre tienen que tomarse en cuenta, no unas veces sí y otras no. Los preceptos normativos relativos a los derechos humanos siempre se interpretan de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia, no a veces con el texto constitucional y otras a la luz de las

fuentes de origen internacional. Se necesitan ambas, una fuente nunca es suficiente para cumplir con aquel mandato.

En segundo lugar, el resultado de esa operación debe ser distinto de la simple suma o reiteración de lo que se establece tanto en el texto constitucional como en el de los tratados internacionales. Interpretar de conformidad no es repetir, no es añadir ni sobreponer sin más disposiciones normativas. Implica apreciar en conjunto todas las piezas normativas relevantes, provengan de la Constitución, de tratados internacionales o de otras fuentes jurídicas como sus interpretaciones autorizadas, su desarrollo jurisprudencial, los precedentes que en ella se basen. Visto todo este universo, interpretar de conformidad demanda su armonización.

Y en última instancia, como tercera fase para operar el mandato de interpretación conforme, que de paso permite terminar de destacar su interrelación con el de la interpretación *pro persona*, se requiere que esa armonización de todas las piezas normativas relevantes para dotar de significado a las disposiciones vinculadas a derechos humanos se enfile, en todo tiempo, a favorecer a las personas con la protección más amplia. Esto a su vez conlleva extender los alcances de sus derechos al máximo, reducir sus limitaciones al mínimo, a la par que restringir lo más posible el margen de maniobra de las autoridades obligadas a observarlos.

5. El tercer párrafo del artículo primero constitucional

Tres cuartetos fundamentales se han establecido en el párrafo tercero del artículo primero de nuestra Constitución. El cuarteto de obligaciones correlativas a los derechos humanos, el cuarteto de principios que rigen esta materia y el cuarteto de deberes para disminuir sus violaciones. Los tres cuartetos están vinculados, como es fácil de apreciar a partir de la forma en que se redactó esta disposición. La manera en que se atienden dichas obligaciones está condicionada a la luz de los principios, lo que a su vez repercute en el modo de encarar aquellos deberes. Ello con dos aparentes matices: el ámbito competencial y una remisión a la ley.

Una vez más, no existe pretensión de referir todo lo escrito en torno a estos cuartetos, sino que lo que se busca es simplemente esbozar algunas reflexiones para introducirlas a los debates públicos que seguramente se darán en los años por venir sobre estos aspectos. De las tipologías de obligaciones correlativas a los derechos de inicio vale la pena destacar que en unos ámbitos se reducen a su respeto y garantía, mientras que en otras propuestas se añade su satisfacción, sin dejar de mencionar que en diversas ocasiones se asocian unas con otras para fundirse en una sola obligación. Se preferirá en este tema al texto constitucional.

Respetar derechos impone no obstaculizar su ejercicio ni inmiscuirse en su disfrute. Normalmente se ha asociado esa obligación cuando se entroniza frente a las demás, con una visión extrajurídica desequilibradamente liberal. Como sea, este deber de respeto también se ha completado con el aseguramiento de las condiciones mínimas requeridas para que el goce de los derechos sea efectivo. Siendo así, la extensión que es debido darle a esta obligación será la que maximice el efecto útil de las disposiciones normativas sobre

derechos humanos y que mejor balance dé entre ellos, para el mayor beneficio de sus titulares.

Proteger derechos añade una variable. ¿Frente a quiénes se protege un derecho? Si se protegen los derechos frente a las autoridades, entonces pierde sentido la distinción entre esta obligación con las de respeto y garantía. Para que no se diluyan sus fronteras, proteger derechos debe de añadir algo. La respuesta a este dilema es simple, pero con consecuencias que revolucionarán nuestro sistema de garantías por el que hasta la fecha ha transitado el control de constitucionalidad. Se protegen derechos frente a particulares. Ello conlleva aceptar que los particulares pueden violar derechos y que así es porque antes tienen el deber de respetarlos.

Promover derechos es igual de interesante. Promover es impulsar y procurar por iniciativa propia que se dé un logro, que se alcance una meta. Tratándose de derechos humanos, se aterriza en adoptar acciones para favorecer su realización en los hechos, para hacer realidad su efectivo disfrute en la vida diaria de las personas. Vista así, esta obligación podría fundamentarse en el marco de lo que se ha denominado *Estado social de derecho*, lo cual no es extraño en un texto constitucional como el nuestro, que desde 1917 presume esa orientación. Tal vez no se pueda asegurar resultados, pero este deber sí impone evitar regresiones.

Garantizar derechos cierra este cuarteto de obligaciones. A estas alturas debe ser claro que se garantizan derechos humanos al hacer exigibles e incluso justiciables sus obligaciones correlativas. Se garantizan derechos frente al incumplimiento de sus deberes correlativos, con el fin de forzar su observancia. Pero eso no es todo, pues a la luz de la fracción I del artículo 103 constitucional, una vez que ha entrado en vigor su reforma publicada el 6 de junio de 2011, el juicio de amparo sirve también para sostener la eficacia de otras garantías. Y si todo eso falla, se garantizan derechos cuando se satisfacen las necesidades que subyacen a ellos.

Interpretadas con esta amplitud, el cuarteto de obligaciones recién visto no conviene encasillarlos en otras de las tipologías clásicas para las obligaciones. Las que las dividen en negativas y positivas, de no hacer y de hacer. Respetar derechos asegurando las condiciones mínimas para su disfrute efectivo no se contenta con no intervenir o no interferir. Promover derechos impone abstenerse de establecer políticas públicas regresivas. Proteger derechos frente a particulares implica no desentenderse de su respeto y garantía escondiendo algunas de sus violaciones en ámbitos privados como si no fuera de interés público combatirlas.

Aquí vale la pena hacer un paréntesis. Una de las inmediatas repercusiones de entender este alcance de la incorporación de la obligación de proteger derechos frente a particulares en el párrafo tercero del artículo primero constitucional consiste en quitar el velo, en dejar de invisibilizar la escandalosa violación, por ejemplo, del derecho a una vida libre de violencia, así como del derecho a no sufrir discriminación alguna, a la par que los menos nuevos derechos laborales. Pero los ejemplos pueden multiplicarse fácilmente, en cuanto a la defensa del derecho al medio ambiente o la del derecho a recibir ideas e informaciones de toda índole.

Dicho eso, inclusive la obligación de garantizar no se conforma exclusivamente de obligaciones positivas o de hacer. Garantizar derechos, hoy más que antes, requiere

abstenerse de obstaculizar el desarrollo de las posibilidades de los recursos, mecanismos o herramientas que se han dispuesto para que todas las personas exijan y hagan justiciables sus derechos. Ninguna autoridad a la que se encomiende garantizar derechos, ejerza funciones jurisdiccionales o no, como los organismos públicos que defienden derechos humanos, puede entorpecer que el medio que se le confía sea accesible, sencillo y expedito en favor de las personas.

Sobre estas obligaciones, cuatro breves comentarios adicionales. Unas con otras se interrelacionan. Se impone su observancia primordialmente a las autoridades e instituciones estatales, pero sin que tal obviedad haga pasar desapercibido que al menos la obligación de respeto a los derechos humanos de las personas también impera para particulares. Se atribuyen estos deberes para hacer responsables a aquellos a quienes se les imputan por la eventual violación de los derechos en juego. Se actualiza el deber de cumplirlas directamente del texto constitucional y desde que se incorporaron con la reforma constitucional publicada el 10 de junio de 2011.²

En cuanto a los principios, apuntes todavía más breves. El de universalidad nos recuerda que los derechos son para todas las personas, pues de lo contrario se vuelven privilegios que dividen comunidades en lugar de ser herramienta de inclusión social. Sin embargo, su carácter universal no colisiona con que ciertos derechos sean específicos de algunas personas, ni que en cierta medida puedan adecuarse para que sean aceptables para ellas. No es el caso irrumpir en añejos debates sobre culturalismo. Simplemente destacar que los derechos ni requieren ni deben imponer homogeneidad, sino asegurar la igualdad desde la diferencia.

Igual titularidad de derechos, respetuosa de nuestra diversidad. Ahí está la clave del principio de universalidad. Por lo que refiere al de progresividad, este principio no hace insaciables a los derechos, pero sí condiciona tendencias e impide la inmovilidad. Impacta en buen grado en el condicionamiento de políticas públicas, orientando hacia un rumbo fijo, con dirección clara, las actuaciones estatales, a la vez que proscribiendo la regresividad en torno a los derechos. Lo cual no impide que tenga aplicación concreta, pues, si bien no debe confundirse con el principio *pro persona*, ordena avanzar cada vez el estándar de protección de los derechos.

Por último, en lo concerniente a los principios de interdependencia e indivisibilidad que rigen la materia de derechos humanos, lo esencial es verlos como dos pautas unidas. Gracias al primero no es posible negar que las alteraciones de un derecho impactan en los demás, para bien o para mal. Gracias al segundo, también es incontestable que la interpretación y operación jurídicas vinculadas a los derechos no pueden separarlos en momento alguno. El resultado del establecimiento de ambos principios es la superación de jerarquías o categorías entre derechos. Valen por igual, se respetan, se protegen, se promueven y se garantizan por igual.

² No quiere decirse que antes de la reforma constitucional no formaran parte de nuestro ordenamiento jurídico los aludidos deberes de respeto, protección, promoción y garantía en materia de derechos humanos, sino que con ella se hicieron expresos, con la previsible consecuencia de que su mención explícita contribuya a superar la visión legalista y formalista tradicionalmente imperante con la que se excusaba la violación de los derechos ante la ausencia de su enunciado.

La interdependencia e indivisibilidad en la materia poseen una segunda vertiente. Impregnan todo lo que en nuestro ordenamiento jurídico esté relacionado con los derechos humanos. En otras palabras, no solo los derechos son interdependientes e indivisibles, sino que las más de las veces similar tratamiento debe dárseles a sus obligaciones correlativas y a las atribuciones de todos los actores llamados a respetarlos, protegerlos, promoverlos y garantizarlos. Eso no significa que todo pierda identidad, pero sí que tales piezas impactan unas en otras. Ambos principios nos recuerdan que el derecho es un sistema al que debe dotarse de armonía.

Ahora bien, en lo que respecta al tercer cuarteto derivado del párrafo tercero del artículo primero constitucional, en primer término debe ponerse de manifiesto que, aunque suele hacerse referencia a sus componentes como *deberes*, en realidad esta expresión se emplea como sinónimo del término *obligaciones*. Resultaría equivocado pretestar una diferente denominación para disminuir el carácter vinculante de unas y otros. No se trata de deberes morales, sino que se está en presencia de obligaciones jurídicas, todas igualmente exigibles y justiciables. Con una finalidad primordial, combatir la violación impune de los derechos humanos.

Acaso dicha finalidad constituye la nota característica de este segundo cuarteto de obligaciones y la que mejor clarifica su relación con el primer cuarteto de deberes previamente comentado. En concreto, se combate la impunidad prevaleciente en torno a las violaciones de derechos, previniendo que sucedan, investigándolas cuando acontecen, sancionando a sus responsables y reparándolas para mejorar las condiciones de vida de quienes son titulares de derechos, sin que sea suficiente con restituir las cosas al estado que guardaban cuando este es lamentable, para honrar los deberes de respeto, protección, promoción y garantía.

En esta línea, prevenir violaciones a los derechos humanos compele al Estado mexicano a diseñar y operar instituciones eficientes y eficaces para desincentivar su quebranto, incluido el establecimiento de legislaciones adecuadas. En otros casos, lo obliga a no profundizar la situación de vulnerabilidad de las personas titulares de derechos, sino, al contrario, a contribuir en la disminución de factores de riesgo de todo tipo. Por supuesto, lo constriñe a promover una educación de calidad respetuosa de los derechos, a la par que la formación de las autoridades en esta materia. En cuanto al cumplimiento de este deber nada debe descartarse.

Investigar violaciones, por su lado, requiere, como en todos los demás deberes, no solo un actuar diligente, sino primordialmente el sometimiento de las acciones realizadas en esta labor al escrutinio público. Obviamente se debe cuidar no exponer a las personas a presiones externas por colaborar en las investigaciones, pero sin que a su debido tiempo eso sea pretexto para evitar rendir cuentas de lo que en esta órbita se hace. Igual de importante: es inviable investigar violaciones de derechos sin consulta y participación de las víctimas, dado que en ello se juega posibilitar su conversión en defensoras de los derechos de los que son titulares.

Sancionar violaciones de derechos demanda un régimen de responsabilidades de toda índole y bien desarrollado que evite la impunidad. Junto con los deberes previos, impide que existan incentivos para repetir esas actuaciones. Por su parte, también ilustra a la perfección la interrelación entre los deberes que se comentan; tener en mente que sin una

regulación adecuada, sin un diseño institucional apropiado y sin haber efectuado investigaciones diligentes no existirá terreno propicio para hacer realidad el cumplimiento de esta obligación. En todo caso, la sanción debe ser proporcional, dado que no se trata de vengar, sino de equilibrar.

Reparar violaciones las más de las veces exigirá que se investiguen y sancionen las ya cometidas, así como que se prevengan nuevas afrentas a los derechos de las personas y comunidades. Requiere también la participación de las víctimas y que todas las medidas adoptadas les sean culturalmente adecuadas. Asimismo, para cumplir a cabalidad con esta obligación no hay que conformarse con restituir, como se ha adelantado, pues en un contexto en que el olvido de los derechos es generalizado, lo que se impone es una transformación de nuestras realidades. Solamente de esa manera podrá aspirarse a que las reparaciones sean integrales.

Admitidos estos alcances para los cuartetos comentados, resta compartir un par de reflexiones sobre su relación con el principio de distribución de competencias entre autoridades y la remisión a la ley para desarrollar los deberes de combate a las violaciones de derechos. Textualmente el párrafo tercero del artículo primero constitucional atribuye a toda autoridad el cumplimiento de las obligaciones de respeto, promoción, protección y garantía de los derechos, la observancia de los principios que los rigen y el acatamiento de los deberes para luchar contra sus violaciones. Pero, ¿cómo influye que ello sea en el ámbito de sus competencias?

El principio de legalidad aplicable para este escenario reza que las autoridades solamente pueden llevar a cabo lo que les está expresamente permitido, es decir, aquello para lo que se las faculta, para lo que cuentan con atribuciones, lo que está en la órbita de sus competencias. La pregunta más interesante consiste entonces en dilucidar lo que sucede ante la ausencia de disposiciones normativas que de modo explícito establezcan y desarrollen las obligaciones de respeto, protección, promoción y garantía, y sobre todo, dada la cláusula de remisión a la ley, los deberes de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de derechos.

Ante una omisión legislativa o, menos drástico, ante una deficiente regulación, ¿queda en entredicho el cumplimiento de deberes y obligaciones del que se habla en el párrafo tercero del artículo primero constitucional? La clave para responder a este dilema es asumir la obligatoriedad directa de nuestra Constitución. No es indispensable encontrar fundamento jurídico expreso para que se actualice la observancia de las obligaciones y deberes que se han mencionado, solamente no perder de vista la fuerza normativa suprema del texto constitucional y de los textos de los tratados internacionales que contengan normas sobre derechos humanos.

Eso y una cuestión adicional. A fin de precisar los alcances de las obligaciones de respeto, protección, promoción y garantía, y los de los deberes de prevención, investigación, sanción y reparación de violaciones, los elementos determinantes se encontrarán en los desarrollos de los contenidos de los propios derechos. Esto significa que si se tiene duda sobre la pertinencia o no de una obligación para cierto caso, la respuesta puede hallarse al analizar los textos y precedentes normativos que delimitan el derecho en cuestión. Aun así, habrá ocasiones en que se tendrá que innovar para poder “conceder la mayor protección a las personas”.

Actuar de esta manera en realidad no supone el olvido de la vertiente del principio de legalidad enunciada párrafos arriba, sino tomarlo en serio, completándolo con los principios de constitucionalidad y convencionalidad que enuncian el deber de acatar las disposiciones relativas a derechos humanos establecidas en la propia Constitución y tratados de la materia. Al fin y al cabo no debe olvidarse que se está en presencia de deberes con la máxima fuerza normativa, que en sí mismos pueden funcionar como fuente de atribuciones para que las autoridades realicen todo tipo de medidas en orden a hacer realidad su compromiso con nuestros derechos.

En la misma lógica, la remisión o reenvío a la ley que se señala al final del párrafo tercero del artículo primero constitucional, concerniente a las obligaciones de prevención, investigación, sanción y reparación de violaciones de los derechos, no puede ser obstáculo para su efectiva realización. Con la reforma constitucional publicada el 10 de junio de 2011 debe quedar atrás la mentalidad que permitía vaciar de contenido la Constitución ante la carencia o deficiencia de la ley. Así, cada remisión vinculada con un derecho humano que en el texto constitucional se confía a la ley, solamente puede entenderse como una orden para su desarrollo.

Al ser de esa manera, cuando se expresa que toda autoridad tiene la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos y que el Estado mexicano deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar sus violaciones, lo que ello implica es que no se puede excusar el cumplimiento de todos esos deberes a raíz de que las propias autoridades hayan sido omisas o torpes para dotarse de una regulación adecuada que les facilite la observancia de sus obligaciones. Admitido lo anterior, el límite será el ámbito de sus competencias, pues no podrá legislar para respetar un derecho quien no tenga tal facultad, y así sucesivamente.

Igualmente claro es que el límite competencial destacado también opera, por supuesto, en lo concerniente a si se trata de materias federales o locales, a fin de que no se altere esa distribución. No obstante, al recordarse que en sede internacional se indica con claridad que las autoridades deberán adoptar todas las medidas que resulten necesarias para observar un derecho humano, sin importar si son de tipo legislativo, administrativo o jurisdiccional, así como que no se revierte ni excusa la responsabilidad por violar algún derecho apelando al carácter federal con que se organizan los Estados, ello tampoco impedirá que honren sus deberes.

6. Algunas implicaciones para la labor jurisdiccional

De lo hasta aquí argumentado se desprenden algunas consecuencias que impactan la forma en que se desempeña la función jurisdiccional, aunque hoy todavía permanecen inconmensurables todas las implicaciones de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, en gran medida porque dependen de la creatividad, inteligencia y buen uso que de ella hagan las personas que defienden derechos en México. Siendo así, lo que toca es aterrizar un poco más las breves ideas que se han compartido, imaginando alternativas que en los años por venir se debatirán entre el foro, la academia, la sociedad civil y la judicatura.

Reza el artículo noveno transitorio de la reforma constitucional publicada el 10 de junio de 2011 en el *Diario Oficial de la Federación* que se derogan todas las disposiciones que contravengan el decreto que la contiene. Aceptadas sus últimas consecuencias, de este texto se deriva una norma trascendental: hoy no es más derecho vigente todo lo que se oponga a la reforma. No se trata de su eventual invalidez por colisionar con los nuevos estándares constitucionales, se trata de que en automático se ha vuelto obsoleta cada fuente de derecho contraria a sus contenidos, sin distinciones, sin importar si es de origen legislativo o jurisdiccional.

Habrán quienes de inmediato recuerden que la jurisprudencia en realidad tiene una naturaleza diversa a la de las fuentes de derecho de origen legislativo, que a ella no se aplica la regla de prohibición de aplicación retroactiva y demás, pero lo cierto e irrefutable es que en el texto del artículo noveno transitorio de la reforma constitucional de derechos humanos no se repara en distinciones. Así las cosas, cabe en el término *disposiciones*, que se presuponen de tipo normativo, tanto las de creación jurisdiccional como las legislativas. Esa es la situación real de nuestro sistema jurídico. Por supuesto, el detalle estará en definir qué contraría la reforma.

Pero, aunque se necesite que en algún momento, durante cierto procedimiento, se pronuncie una declaración de que tal o cual disposición normativa contraviene los contenidos de la reforma constitucional de derechos humanos, esta determinación detonará que la disposición en cuestión carezca de efectos jurídicos, no desde que se la encuentre contraria a la reforma, sino desde que esta entró en vigor. Y en caso de que esa disposición sea de fuente jurisdiccional, no resultará aplicable para resolver asunto alguno.

Las posibilidades del tema son casi ilimitadas. ¿Cuántos precedentes judiciales habrá hoy que estén superados?

Pues bien, el impacto del referido artículo noveno transitorio de la reforma de derechos humanos es tal que será inexcusable que los órganos judiciales deberán llevar a cabo un escrutinio de la validez de los textos que interpretan, dado que la fuerza normativa de la Constitución y las fuentes internacionales que contengan normas de derechos humanos no depende más que de ellas mismas.

Otra implicación para la labor jurisdiccional que desata la reforma constitucional de derechos humanos será facilitar la aceptación de la existencia de un bloque constitucional que aumenta las pautas de validez para juzgar actos de autoridad y relaciones entre particulares. Según los últimos precedentes sobre la jerarquía o prevalencia de los tratados internacionales, incluidos por supuesto los relativos a derechos humanos, en la práctica la lógica consecuencia ya habría podido ser que estas fuentes preponderan sobre las demás, empezando por las leyes, pero el cambio es que ahora eso debe ser un tema de constitucionalidad.

Hoy, por lo que hace a la materia de derechos humanos, será común sostener que nuestro texto constitucional ha crecido cuantitativamente, que ha aumentado en igual cantidad que la de los preceptos que reconozcan tales derechos y cuya fuente sea de origen internacional. Es de esperar que se hable de la apertura de la Constitución mexicana en ese sentido. Por lo mismo, no faltará un cuestionamiento que alerte que el procedimiento para reformar nuestra Ley Fundamental, previsto en su artículo 135, está siendo desatendido. Tal vez el tema sea menos complejo, quizá solo falte coincidir en la igual fuerza normativa que facilita la idea del bloque.

Sea como fuere, en la actualidad no se puede prescindir en la labor jurisdiccional del conocimiento de todas las fuentes que reconocen y desarrollan derechos humanos. De oficio, sin más, porque así se ordena en los primeros tres párrafos del artículo inaugural de la Constitución. Porque las personas gozan de los derechos que se deriven tanto de disposiciones jurídicas de origen interno como internacional, porque las normas vinculadas al tema se deben interpretar conforme a ambos parámetros, constitucional e internacional, y porque en ello descansa el cumplimiento del deber de garantizar derechos que recae en sede jurisdiccional.

Importa enfatizar algo: conocimiento de todas las fuentes que reconocen y desarrollan derechos humanos. Son previsibles debates que busquen circunscribir el universo del marco normativo en materia de derechos humanos. Habrá quienes se quieran conformar con citar los textos de los principales tratados del campo. Lejos estarán de haber comprendido los alcances de esta reforma constitucional. Y ni siquiera hay que elaborar disquisiciones muy complejas para descubrir su desacierto. Basta recurrir al párrafo final del artículo 14 constitucional y repasarlo con la mirada renovada por la esencia de esta reforma: favorecer a las personas.

Con la mira puesta en “conceder la mayor protección a las personas”, bajo el recurso de una interpretación *pro persona*, no existirá problema en asimilar que cuando en el texto del último párrafo del artículo 14 constitucional se habla de juicios del orden civil, en forma similar a lo que acontece en torno a los derechos que derivan del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es obligado extender la referencia a todo tipo de juicios, y, siendo así, el deber de resolverlos implicará hacerlo con una sentencia que esté conforme tanto con los textos normativos sobre derechos como con sus interpretaciones más garantistas.

En lo dicho parece estar un fundamento del llamado *control de convencionalidad*, que en la actualidad constituye el reto más notorio para la función jurisdiccional. Sobre este particular, en primer término, únicamente para descartar confusiones, importa hacer algunas distinciones elementales. Al menos hay dos tipos de control de convencionalidad asociados a las sedes en las que se lleve a cabo, cuyos alcances varían asimismo dependiendo de las autoridades a las que se encomienda practicarlo, puesto que deben operarlo en el ámbito de sus competencias. Noticia de estas diferencias quedó plasmada al resolverse el expediente *varios 912/2010*.

Un control de convencionalidad es el que ejercen los órganos garantes de los tratados internacionales que contienen normas de derechos humanos. Su objeto es analizar y resolver si un Estado parte de esos instrumentos internacionales ha ceñido su actuar conforme con sus compromisos internacionales o si, por el contrario, ha incurrido en responsabilidad internacional por violar los derechos reconocidos en esos cuerpos normativos, según hayan sido desarrollados sus contenidos, incluso a partir de la labor de esos garantes. Por tanto, tal control se asemeja al control de validez que realiza la Suprema Corte.

Ejemplo de esta primera vertiente del control de convencionalidad se ilustra con lo que hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de tratados internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pero también con lo realizado por la Comisión Interamericana o, en el ámbito universal, por el Comité de Derechos Humanos o el Comité garante del Pacto Internacional de Derechos Económicos,

Sociales y Culturales. Cualquiera sea la instancia a la que se encomiende la salvaguarda de los derechos, sin importar si su labor es propia y exclusivamente jurisdiccional, practica este control de convencionalidad.

La segunda vertiente, que es la que aquí más interesa, es la que confía el control de convencionalidad a las autoridades internas, las cuales deben operarlo en la órbita de sus competencias. Esta especie de control requiere que desde sede interna se ajuste el análisis del actuar de toda autoridad cuyo proceder esté en entredicho, así como la resolución de disputas entre particulares, considerando como marco normativo tanto el de fuente local como el que resulte de compaginar sus disposiciones normativas con las que sean de origen internacional. Así, este tipo de control busca prevenir o, en su caso, corregir las violaciones a los derechos.

Si el segundo control funciona adecuadamente, se evitará que tenga que ejercerse el primero. El Estado habrá ajustado a tiempo su marco normativo a los deberes que derivan de sus compromisos internacionales, corrigiendo las violaciones de derechos que de otro modo se habrían tenido que remediar en sede internacional subsidiaria y complementariamente. Ese es el control de convencionalidad del que se razona en el expediente *varios 912/2010*, cuyo ejercicio constituye hoy una de las primordiales obligaciones de todas las autoridades del país y, en última instancia, de los órganos a los que se confía la función jurisdiccional de garantes.

El fundamento que obliga a emprenderlo en todo caso se encuentra en múltiples fuentes. Evidentemente, se encuentra en las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que introducen la expresión, con especial énfasis en las que se han dirigido al Estado mexicano al encontrarlo responsable de violaciones a los derechos humanos a partir del caso *Radilla Pacheco*. Pero no solamente en ellas. La obligación de practicar este tipo de control de convencionalidad descansa en los artículos 1.º, 14, 15, 103, 105 y 133 constitucionales. Si se observa con cuidado, se concluirá que tal control ha debido darse desde hace mucho tiempo.

Contrastar el marco normativo aplicable, incluidas sus interpretaciones, ha debido ser siempre la tarea de toda autoridad para reconocer el derecho positivo que la obliga. No hacerlo la hace incurrir en una violación elemental del principio de legalidad, que también es de constitucionalidad y de convencionalidad. Tratándose de los derechos humanos, se ejerce control de convencionalidad porque se tiene que hacer una interpretación conforme de disposiciones constitucionales e internacionales, siempre a favor de las personas o los colectivos que son sus titulares.

Este control debe darse en el ámbito de competencias de las autoridades que lo practiquen. Si no ejercen funciones jurisdiccionales, al menos interpretando el marco normativo de la forma que sea más favorable para las personas. Si se les confía tal función, al menos aplicando las disposiciones normativas que sean acordes a los derechos en lugar de las que no lo sean para resolver las cuestiones que se les presentan para juzgar. Si además se les atribuye una función de control de constitucionalidad, declarando la colisión de las disposiciones y los actos que les sigan cuando contravengan las pautas de validez más favorables en el tema.

Un apunte final sobre esta segunda vertiente del control de convencionalidad. Bien entendido, opera de forma bidireccional, permitiendo un diálogo jurisprudencial entre

instancias garantes de derechos humanos. Siendo la norma guía de nuestro sistema jurídico “conceder la mayor protección a las personas”, desde el interior se pueden establecer estándares más garantistas, más progresistas que los adoptados en sedes internacionales, forzando a mejorar en esas instancias la salvaguarda de los derechos, toda vez que las fuentes de derecho internacional de derechos humanos no admiten que se las preteje para disminuir su protección.

Así comprendida la encomienda que la reforma constitucional de derechos humanos deposita en los órganos jurisdiccionales, también deberá reforzarse la conciencia de las personas que los integramos como defensoras de derechos. Somos por supuesto autoridades al servicio del público, con responsabilidades precisas como cumplir nuestras obligaciones de prevenir violaciones de derechos cuando tenemos el deber de emitir medidas cautelares que eviten que se consumen sus afectaciones o cuando con las sentencias que dictamos debemos repararlas integralmente, pero ante todo somos autoridades garantes de derechos.

Como garantes, la principal herramienta con la que contamos se halla en los medios de control a nuestro alcance que sirven de garantía de los derechos. Es por eso que la reforma constitucional en materia de derechos humanos impacta también por ese lado la labor jurisdiccional. Seguro habrá futuras oportunidades para reflexionar en específico sobre la reforma constitucional al juicio de amparo, pero por lo pronto conviene dejar constancia de que tal vez la repercusión más importante en torno a los instrumentos de garantía de derechos, como lo es el amparo, consiste en convertirlos en recursos accesibles para todas las personas.

El juicio de amparo, como también el juicio para la protección de los derechos político-electorales, son garantías de derechos, pero también son en sí mismos un derecho. Un derecho como el que se reconoce en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Como derecho y como garantía, el amparo no puede restringirse más allá de los casos y en las condiciones establecidas en la Constitución. No solo eso, sino que, al ser visto como derecho, toda la legislación y la jurisprudencia que lo regulan contienen normas vinculadas a derechos humanos que requieren seguir los máximos estándares de acuerdo al principio *pro persona*.

Y quienes formamos parte de órganos que tramitan y resuelven juicios de amparo tenemos la obligación de no obstaculizar el adecuado funcionamiento de esta garantía, para no restringir el derecho que encierra. En esa línea de razonamiento, es nuestro deber velar por que el amparo opere y se interprete conforme a los estándares de origen internacional relativos al derecho a contar con un recurso efectivo, para la salvaguarda de los demás derechos. En esencia: que el amparo sea accesible para las personas, su tramitación sencilla, en procedimientos breves y expeditos, y con fallos idóneos y efectivos para reparar violaciones a derechos.

Ejemplos de esta transformación del amparo —de un juicio técnico y de élite a un recurso breve, sencillo y accesible— pueden ser los siguientes:

Uno, adoptar un concepto de acto de autoridad que repare en las relaciones de dominio y subordinación entre las personas que ven vulnerados sus derechos y quienes son responsables de esas violaciones, lo cual de paso implicaría entender el deber de juzgar con perspectiva de género, para “conceder la mayor protección a las personas”, así como

para que el amparo se ajuste a nuestras diversas realidades, en las que las relaciones de poder transitan del ámbito privado al espacio público.

Dos, hacer justiciable hasta sus últimas consecuencias la obligación de promover derechos humanos para no rebajar su estatus a la de mera norma programática. En concreto, ejerciendo un control sobre las políticas públicas, que son uno de los principales instrumentos para impulsar cambios estructurales que contribuyan a la observancia de los derechos. En esa dirección se ha dado un paso claro con la reforma constitucional publicada el 12 de octubre de 2011, que instauró el principio del interés superior de la niñez como guía para diseñar, ejecutar y evaluar las políticas públicas en la materia. Estándar que debe darse para cualquier derecho.

Tres, hacer compatible el juicio de amparo con la tutela de los derechos por vía de acciones colectivas. Ello a través del aprovechamiento de la incorporación de la figura del interés legítimo colectivo, establecida en el artículo 107 constitucional.

Cuatro —quizá el más sencillo de todos, pero el que más rápido permitirá a la sociedad corroborar que las autoridades a las que se encomienda la labor jurisdiccional han asimilado el impacto que la reforma constitucional de derechos humanos tiene en el desempeño de sus tareas cotidianas—, privilegiar, de acuerdo con las reglas establecidas, la procedencia del juicio de amparo. Aunque lo primero que se debe hacer cuando se recibe una demanda es analizar si no se actualiza una causal de improcedencia, por ser una cuestión de orden público, ello de ningún modo significa invertir el hecho de que la improcedencia es excepcional.

En fin, la responsabilidad primera de que la reforma publicada el 10 de junio de 2011 contribuya con mayor velocidad al cambio cultural que México necesita para consolidarse como un verdadero Estado constitucional y democrático de derecho recae en quienes intentamos impartir justicia. No se necesitan décadas, sino un compromiso serio con los derechos humanos y siempre a favor de las personas.

Francisco Zúñiga Urbina (Chile)*

Nueva Constitución y constitucionalismo en Chile**

RESUMEN

El expositor plantea la necesidad de una operación constituyente para dar inicio a un proceso que culmine en una nueva Constitución del Bicentenario, que recoja reformas de primera y de segunda generación. De ese modo se abriría el techo ideológico de la Constitución y se renovaría el constitucionalismo nacional.

Palabras clave: Constitución política, principios constitucionales, constitucionalismo democrático, neoconstitucionalismo, sistema contramayoritario, reforma constitucional, Chile.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Autor legt die Notwendigkeit dar, eine Verfassungsdiskussion zu beginnen und zur Zweihundertjahresfeier ein neues Grundgesetz einzuführen, das Reformen der ersten und zweiten Generation aufgreift. Somit wären die ideologischen Begrenzungen der Verfassung gelöst und eine Aktualisierung des chilenischen Konstitutionalismus möglich.

Schlagwörter: Staatsverfassung, Verfassungsprinzipien, demokratischer Konstitutionalismus, Neokonstitutionalismus, mehrheitsunabhängiges System, Verfassungsreform, Chile.

ABSTRACT

The author poses the need for a constitution-creating operation to develop a new "Bicentennial Constitution" that includes first and second generation reforms. Thus, the Constitution's ideological ceiling would be raised and national constitutionalism would be renewed.

Keywords: political constitution, constitutional principles, democratic constitutionalism, new constitutionalism, counter-majority system, constitutional reform, Chile.

* Profesor titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile. (fzuñiga@zdmcabogados.cl)

** Ponencia al Simposio Internacional *El constitucionalismo social latinoamericano a la luz del Bicentenario: desafíos y perspectivas*, panel final, titulado "¿El constitucionalismo latinoamericano, ¿unidad en la diversidad? El caso de Chile, entre consolidación y renovación", organizado por el Heidelberg Center para América Latina, 5 y 6 de septiembre de 2011.

1. Presentación

Me propongo esbozar una respuesta a una serie de preguntas muy relevantes en torno a una por venir nueva Constitución en Chile: *¿Hay que reformar? ¿Qué reformar y por qué hacerlo? ¿Cómo hacerlo? ¿Cuántos derechos resiste una Constitución? ¿Es factible una reforma política o una nueva Constitución?* En esta oportunidad me centraré en la pregunta de *¿Cómo hacerlo?*, reconociendo así un nuevo constitucionalismo cuyas coordenadas teórico-metodológicas arrancan del positivismo normativista crítico, del constitucionalismo democrático y del constitucionalismo social y, por ende, revela un cierto escoramiento ideológico.

Hablaré primero de ese nuevo constitucionalismo, por cuanto el viejo y siempre raquítico constitucionalismo liberal tuvo en Chile destacados exponentes en el siglo XIX (Lastarria, Briseño, Carrasco Albano, Huneeus) y en el siglo XX (Roldán, Guerra, Amunátegui) y dado que el constitucionalismo democrático es un brote germinal y débil (Hostos, en el último tercio del siglo XIX y Bernaschina a mediados del siglo XX), al igual que el constitucionalismo social (Letelier entre los siglos XIX-XX).

En la década de 1960 y en los albores de la década de 1970, de la mano de importantes cambios en el mundo de posguerra, se observa en Chile, como en el resto de Latinoamérica, un epocal y poderoso constitucionalismo democrático y social, que desaparecerá con el golpe de Estado-revolución de 1973. Reaparecerá a fines de la década, con la fundación del Grupo de Estudios Constitucionales (Grupo de los 24), teórica y metodológicamente influido por el institucionalismo francés de la revolución Duverger. En las universidades, intervenidas o *cautivas* durante el régimen autoritario, el constitucionalismo está ausente a pesar de que en 1977 se reanudan las Jornadas Chilenas de Derecho Público, y un buen botón de muestra es la orientación temática y los autores recogidos en la *Revista de Derecho Público* de la Universidad de Chile.

El constitucionalismo democrático sobrellevó durante largo tiempo las frustraciones de un orden constitucional autoritario-neoliberal, cuya reforma se veía lejana y prisionera de una transición difícil iniciada en 1990. De ese modo, la reforma constitucional de 2005 llegó 15 años tarde, con un contenido reseñado en los acuerdos de las comisiones técnicas de Concertación-Renovación Nacional de 1989. Iniciada la transición, el debate acerca del régimen político (semipresidencial o parlamentario) fue tempranamente sepultado por la *Realpolitik*, que afianzó el presidencialismo ante unas fuerzas armadas aún presentes en las grandes decisiones políticas y custodias del “orden institucional” heredado, y con el senecto exdictador como comandante en jefe del Ejército hasta 1998.

En ese periodo (1990-2005) los *enclaves autoritarios* institucionales habían cumplido sus funciones de barrera de contención o defensa del orden heredado, con el auxilio de las fuerzas armadas pretorianas, y le imprimieron su sello a la transición, a lo cual la élite gobernante del periodo (1990-2010) se acomodó. Tal orden político-institucional, social y económico del que es reflejo la Constitución de 1980 fue fruto del régimen autoritario-neoliberal y, como tal, resultado de una revolución-refundación autoritaria del capitalismo. En suma, de una dictadura de clase.

Por otra parte, en la serie de preguntas antes enunciadas, todas *de constitutione ferenda*, probablemente subyace una pregunta de fondo: *¿Qué hacer con la Constitución.*

Esto plantea emprender un esfuerzo teórico-práctico de envergadura, inabordable en esta ocasión, cual es elaborar un concepto normativo de Constitución con dos significados. El primero da respuesta a qué es la Constitución normativamente, en cuanto parte de un sistema u ordenamiento jurídico, y cuál es su posición en las fuentes formales del derecho. En este campo la tradición positivista contemporánea es fecunda (Kelsen, Ross, Hart) y nos ofrece una concepción estructural del derecho que identifica normas de conducta y normas de organización que operan como reglas de competencia positiva y negativa. El segundo da respuesta a para qué sirve la Constitución, campo en que Bobbio y su *escuela* (Ferrajoli) abren un camino al defender una concepción funcional del derecho que desentrañe sus funciones distributiva y promocional (y no solo represiva-protectora) en razón de ciertos fines, sin quedar, al introducir funciones-fines, prisioneros de enfoques metafísicos o (neo)iusnaturalistas.¹ Ello nos permite aceptar que la Constitución es un producto histórico, pero no es un sistema de normas inerte, ya que también puede ser parte del cambio social. También así se abren la ciencia jurídica en general y el derecho constitucional en particular a la colaboración interdisciplinaria de otras ciencias sociales.

Lo anterior nos sitúa en las antípodas de un constitucionalismo (neo)liberal, (neo)conservador; el primero, que reinventa una tradición liberal cuyas raíces nunca fueron profundas en Chile, y el segundo, iusnaturalista e historicista, anclado profundamente en el originalismo (textualista o intencionalista) de un constituyente autoritario-neoliberal inexistente, cuya fuente cuasisagrada serían las *Actas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución*. Pero también nos sitúa en las antípodas del (neo)iusnaturalismo en boga, de derechas o de izquierdas, que se denomina *neoconstitucionalismo* y que aspira a un “maximalismo constitucional”, convirtiendo la Constitución material (bloque constitucional de derechos incorporado) en un demiurgo normativo con el pretexto de una “constitucionalización del derecho” de la mano de la “fuerza normativa de la Constitución”, sin reparar en el enjundioso problema de la formulación lingüística, la estructura y la densidad de las normas iusfundamentales; todo de la mano de una distinción dudosa entre principios y reglas. Se produce un embeleso con la Constitución y su “sistema material de valores” (“filosofía perenne”), y una disposición epistémica que denominamos *fetichismo constitucional*, que transforma a la Constitución (texto sagrado, interpretado, reinterpretado hasta el infinito) en la fuente de todas las respuestas, que avala un desenfrenado activismo judicial (y con ello un acusado elitismo epistemológico), una suerte de derecho material inagotable y que además constitucionaliza todo el derecho.

Este *neoconstitucionalismo* tiene correlato en el sistema interamericano y en la cultura jurídica continental en ese verdadero paroxismo del arbitrio judicialista que es el “control de convencionalidad” ejercido por una Corte Interamericana en un ámbito interestatal que de ningún modo es un espacio político supranacional, sistema con un acusado déficit democrático.

¹ Norberto Bobbio: “Hacia una teoría funcional del derecho”, en *Derecho, filosofía y lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja* (prólogo de G. Carrió), Buenos Aires: Astrea, 1976, pp. 9-30. Véase también de Norberto Bobbio: *Contribución a la teoría del derecho (Estudio, recopilación y traducción de A. Ruiz Miguel)*, Valencia: Fernando Torres, 1980, pp. 241-287, 367-390.

Probablemente este no es el lugar para abordar la cuestión teórico-metodológica y metateórica que subyace a estas variantes del constitucionalismo, ni todas las polémicas que podrían suscitarse del breve enunciado de problemas que plantea el *neconstitucionalismo*; pero ciertamente un lugar importante en la diferenciación de variantes del constitucionalismo lo tiene el espacio que la “democracia constitucional” o, mejor, la democracia a secas brinda a la política y al proceso político democrático. Este esquema no busca incurrir en maniqueísmos absurdos como aquel que distingue entre un constitucionalismo “humanista” y un constitucionalismo “estatalista” (M. A. Fernández), sino dar cuenta de que en nuestra cultura jurídica subsisten diversas expresiones del constitucionalismo, histórica e ideológicamente condicionadas, de lo cual surge la necesidad de abrir el horizonte ideológico de nuestro orden constitucional y favorecer un pluralismo constitucional.

Hoy asistimos paradójicamente a la creciente aceptación de un tópico o lugar común en orden a que la Constitución 1980-2005, vieja-nueva, después de 30 años de vigencia, habiendo incorporado más de 25 reformas constitucionales en dicho periodo, está cumpliendo su ciclo o generación en términos de Jefferson, y se requiere, en consecuencia, un nuevo arreglo político-institucional. Esta creciente aceptación es probablemente la resignación ubicua de la clase política ante los movimientos sociales y el *estado de malestar* que se observa en la sociedad civil, y lleva a muchos a afirmar con liviandad o cinismo: “La economía va bien, la política va mal”.

Es ajeno a la disciplina que cultivamos indagar en las causas de este supuesto término de un ciclo. Con la modestia que el método jurídico tiene, solo nos referiremos a los contenidos y formas de una nueva Constitución y el estado de la cuestión. En nuestro país, a pesar del ciclo de reformas de la transición política cerrada en el 2005, la Constitución vigente es nueva en gran parte de su estatuto del poder, pero es vieja en aspectos muy sustanciales, a saber: la Constitución económica y la Constitución social que se mantienen en los contenidos gruesos, es decir, fiel reflejo de una refundación autoritaria del capitalismo, con nítido sello neoliberal, expresada en la fórmula del Estado subsidiario (mínimo); amplia recepción de derechos civiles de contenido patrimonial revestidos de una protección judicial extraordinaria en el proceso de amparo de derechos ante tribunales superiores de justicia; “autonomías constitucionales” como dispositivos contramayoritarios y enderezadas a defender o custodiar el “orden constitucional” (Tribunal Constitucional y Banco Central), y *enclaves autoritarios* subsistentes, como la legislación de *supermayorías* o de quórum especial para dotar de estabilidad el desarrollo de ciertos institutos de la parte dogmática de la Constitución (previsión, salud, educación, enseñanza, limitaciones a la libertad de adquirir bienes, propiedad minera, amparo económico, etc.) o de parte orgánica de la Constitución (bases de la Administración del Estado, fuerzas armadas y de orden, Tribunal Constitucional, Banco Central). La legislación de *supermayorías* fue objeto de *legislación express* durante el régimen autoritario (1986-1990); buena parte de esta legislación se dictó bajo dicho régimen, y como leyes orgánicas fictas subsisten los estatutos orgánicos de la Contraloría General de la República y del Poder Judicial.

Es tal la potencia autoritaria-contramayoritaria de la legislación de *supermayorías* que, tratándose del sistema electoral público, la legislación orgánica constitucional dictada

durante el régimen autoritario fue puesta a cubierto con la reforma constitucional de 2005 con el quórum propio de reforma constitucional (disposición transitoria decimotercera), quórum extraordinario que protege la fórmula binominal empírica en elecciones parlamentarias. Al mismo tiempo, el Tribunal Constitucional realizó una interpretación extensiva de la competencia del legislador orgánico constitucional, sin reparar en la excepcionalidad y el carácter contramayoritario de la legislación de *supermayorías* ni en su espuria naturaleza.

Asimismo, metodológicamente denominamos reformas constitucionales de primera generación a aquellas definidas por el clivaje democracia-dictadura, reformas que conciernen a la transición política a la democracia y la remoción de los enclaves autoritarios institucionales. En cambio, denominamos reformas constitucionales de segunda generación a aquellas que suponen ir más allá de la transición, plantearse un cambio de régimen político —tipo de gobierno y organización territorial del poder— y además enfrentar los enclaves autoritarios socioeconómicos, propios de una *refundación autoritaria* del capitalismo que encontró cristalización iusfundamental en la Constitución de 1980; la que, huelga decirlo es una Carta ideológica, originaria y desarrollada.

En este orden de ideas, reformas constitucionales concernientes a la supervivencia de enclaves autoritarios institucionales tales como las leyes de supermayoría, sistema electoral y autonomías constitucionales (el Tribunal Constitucional y el Banco Central) son el saldo deudor del ciclo 1989-2005, que conciernen al cierre efectivo de la transición política y la adopción de una legitimidad de la Constitución, supuesto de un efectivo *patriotismo constitucional*. A su vez, las reformas constitucionales dirigidas a modificar la Constitución social, la Constitución económica, la forma jurídica de Estado o el régimen político democrático presidencialista son reformas de segunda generación.

Hoy, por tanto, plantear una nueva *Constitución del Bicentenario* exige hacerse cargo de un plexo de reformas de primera y de segunda generación, lo que es su contenido sustantivo. Luego, el debate respecto de cuál es el procedimiento adecuado es adjetivo y, por ende, es una discusión distinta en la que se plantean como opciones *reforma* o *asamblea constituyente*, y que hemos englobado en el término *operación constituyente*, para superar los bloqueos o el chantaje que permiten los quórum ordinario-extraordinario de la reforma constitucional prevista en el capítulo xv de la Constitución, sin válvula de salida a la soberanía popular como podría ser el referéndum constituyente.

En congruencia con el cuadro descrito, sostenemos que la Constitución tiene un saldo deudor que debe ser asumido por la nueva *Constitución del Bicentenario* en algunas áreas, especialmente:

- a. Legitimidad de origen. Falso consenso constitucional, realismo político impuesto por la lógica de una transición pactada.
- b. Apertura del *techo ideológico* de la Constitución, que para el constituyente originario es un verdadero refrito ideológico autoritario, neoliberal, conservador y corporativista, a un techo ideológico que incorpore las tradiciones y culturas del constitucionalismo democrático y social.
- c. Una “nueva” Constitución económica y Constitución social que descansa en la compatibilidad público-privada, de Estado y mercado (solidaridad y subsidiariedad) y asociada a la fórmula del Estado social.

- d. Perfeccionamiento de las decisiones fundantes acerca de la República democrática y del Estado de derecho, incorporando nuevas técnicas de participación directa de la ciudadanía en las decisiones estatales (iniciativa popular, *recall*, referéndum, etc.) y reforzando los controles y responsabilidades del poder, en especial las que deben existir para las nuevas “autonomías constitucionales” funcionales y territoriales.
- e. Perfeccionamiento del modelo de organización territorial del poder político, reemplazando el Estado unitario por un Estado regional.
- f. Establecimiento de un sistema de gobierno del Poder Judicial que fortalezca a la Corte Suprema como tribunal de casación, mejore el amparo ordinario de derechos fundamentales por tribunales superiores e inferiores, la consolidación de un orden judicial de lo contencioso administrativo que asegure un efectivo control judicial de la Administración, reequilibrado con los controles ejercidos por la Contraloría General de la República.
- g. Ampliación del catálogo de derechos, deberes y garantías de la Constitución, tanto de derechos civiles y derechos políticos como de derechos económicos, sociales y culturales, y la mejora de sus garantías constitucionales procesales.

2. Operación constituyente

En suma, respondiendo ahora a la pregunta *¿Qué hacer con la Constitución?*, se hace necesario asumir una perspectiva de futuro o prospectiva: la Constitución de 1980-2005 debe ser, desde la perspectiva del contenido normativo iusfundamental, objeto de un plexo de reformas constitucionales de primera y de segunda generación, expresado en una *operación constituyente* que abra un espacio a la sociedad política y a la sociedad civil, a los partidos políticos y movimientos sociales, a la gestación de un consenso constitucional que salde definitivamente la deuda de ilegitimidad de origen de la Constitución y aborde los nuevos temas, con miras a establecer las bases de una República democrática y un Estado de derecho más moderno.

Al resultado de esta *operación constituyente*, no circunscrita a la democracia de partidos sino a la democracia de los ciudadanos, lo denominamos *Constitución del Bicentenario*. La *operación constituyente* requiere de la forja de un amplio consenso político-constitucional en el seno de la política y de la sociedad civil, capaz de generar una sólida opinión pública de horizonte republicano-democrático y social; para no estar condenados de antemano a un bloqueo de fuerzas (neo)liberales y (neo)conservadoras, a veces más cautivas del régimen autoritario (“herencia”) de lo que uno podría desear o pensar después de dos décadas, bloqueo amparado en los quórum ordinario y extraordinario de reforma constitucional del capítulo xv. Tal rigidez constitucional y quórum especialmente agravado es una reforzada expresión contramayoritaria o *de cerrojo* de nuestro sistema institucional básico. Como destaca Couso, en nuestro medio, tomando a Ginsburg se emplea el “constitucionalismo como seguro”.²

² Documento de trabajo de Javier Couso: “Las asignaturas pendientes de la reforma constitucional”, citado con autorización del autor.

Con el término *operación constituyente* englobamos todos los procedimientos democráticos de elaboración y aprobación de una Constitución democrática: asamblea constituyente, referéndum constituyente y Congreso o Parlamento constituyente, evitando así anteponer el procedimiento o la forma del cambio constitucional a una definición de contenidos propios de una matriz teórico-práctica del constitucionalismo democrático y social. Al mismo tiempo observamos con sano escepticismo la fe casi taumatúrgica que se expresa por ciertos movimientos de la sociedad civil en nuestro país en la radicalidad democrática y regeneradora de instituciones surgidas de una asamblea constituyente, bajo el influjo de los procesos constituyentes de Colombia (1991) y, más recientemente, de Venezuela (1999), Bolivia y Ecuador (2007, 2008).

Ciertamente la definición de un procedimiento puro o mixto de elaboración y aprobación de una nueva Constitución democrática no es una cuestión carente de relevancia; por el contrario. Pero lo central son los contenidos y la pertenencia de estos a la matriz teórico-práctica del constitucionalismo democrático y social, que equilibre las tradiciones ideológicas del constitucionalismo moderno (liberal, democrático y social) y que al mismo tiempo cale hondo en un discurso político constitucional propio del *progresismo* o, mejor dicho, de las izquierdas en general, discurso político constitucional inexistente o que ha permanecido relegado a un segundo plano probablemente por el predominio de visiones economicistas y sociologizantes en el discurso político tradicional de las izquierdas.

En suma, a fin de superar un debate fútil y artificioso, acerca de la vieja-nueva Constitución o Constitución de 1980-2005, el debate útil o, mejor dicho, fértil se sitúa en el campo prospectivo o de futuro, enderezado a un cambio o una reforma de primera y de segunda generación a través de una *operación constituyente* que confiera a la Constitución legitimidad democrática plena, modifique profundamente su estatuto del poder y enmiende la Constitución económica y la Constitución social, abriendo el techo ideológico de la Carta a las tres tradiciones y culturas (ideologías en sentido débil y fuerte) del constitucionalismo moderno —constitucionalismo liberal, constitucionalismo democrático y constitucionalismo social— y recepcionando la fórmula del Estado social y democrático de derecho.

Este planteamiento, que apela al Poder Constituyente democrático y a la soberanía popular no es novedoso; posee un soporte innegable en las raíces del constitucionalismo moderno. Así, en la usina de la revolución francesa, Condorcet, uno de sus ilustrados protagonistas y víctima, llegó a afirmar un postulado básico y vigente del Poder Constituyente democrático: “Un pueblo tiene siempre el derecho de rever, reformar o cambiar la Constitución; una generación no tiene derecho a someter a sus leyes las generaciones futuras”. Este principio, recogido en el artículo 28 de la Constitución de 1793, pasó al constitucionalismo de los siglos XIX y XX y fue postulado incluso por Jefferson y Paine durante la revolución americana.³

³ Carlos Sánchez Viamonte: *El Poder Constituyente. Origen y formación del constitucionalismo universal y especialmente argentino*, Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1957, en especial pp. 435-476. Véase también Jorge R. Vanossi: *Teoría constitucional*, Buenos Aires: Depalma, 1975, tomo I, vol. 2, en especial pp.123-172.

El resultado de esta aproximación prospectiva de una reforma constitucional, con contenidos de reforma de primera generación y de reforma de segunda generación a través de una *operación constituyente*, fundada en la *soberanía popular* y sus procedimientos democráticos y en un amplio consenso político, es lo que denominamos la *nueva Constitución o Constitución del Bicentenario*. Se trata del pleno reencuentro de Chile con sus tradiciones institucionales y con la necesidad de innovar, renovando el “pacto” político mayoría-minoría que subyace a la Constitución y a las decisiones fundamentales que contiene acerca de la relación entre Estado, individuo y sociedad civil y economía, a la forma política de Estado —República democrática—, la forma jurídica de Estado —Estado unitario— y forma jurídico-política de Estado —Estado de derecho, régimen político y tipo de gobierno— y los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales que consagra.

En el contexto de la *Constitución del Bicentenario* debemos plantear y lograr un consenso para reformar, modificar o cambiar profundamente el estatuto del poder y la carta de derechos, la parte orgánica y la parte dogmática de la Constitución, a partir de la apertura del techo ideológico y la recepción de reformas de segunda generación relativas a temperar o modificar el régimen presidencialista, recepcionar la cláusula de Estado Social y Democrático de Derecho, introducir un Estado regional, establecer institutos o técnicas de participación directa de la ciudadanía (referéndum, iniciativa popular de ley, revocatoria), incorporar una cláusula de posición preferente y valor interpretativo del derecho internacional común y convencional de los derechos humanos, crear una Defensoría del Pueblo, modificar el sistema judicial (gobierno del Poder Judicial y tribunales de lo contencioso administrativo) y abrir el catálogo de derechos, deberes y garantías constitucionales a nuevos contenidos tutelares (derechos de pueblos indígenas y minorías, cláusula antidiscriminación, nuevos derechos individuales y colectivos, entre otros) y a nuevos mecanismos de protección judicial extraordinaria, como el amparo constitucional.

Todo ello obliga en primer lugar a asumir cambios en el “modo de pensar la Constitución” (Dahl), lejano a la fe acrítica del canonista o a la recalcitrancia crítica con la Constitución documental y/o sus ideólogos reales o supuestos, que encubre una cierta *filia* o *fobia* ideológica con la Carta y sus primitivos autores históricos remotos.⁴

En este contexto, la reforma del régimen político presidencialista es aún una tarea pendiente, en la medida en que este régimen es un *sistema contramayoritario* (Gargarella, Nino),⁵ es decir, un ordenamiento institucional que tiene entre sus “principales fines el de obstaculizar la formación, expresión y puesta en práctica de la voluntad de las mayorías”. Nuestro presidencialismo es un sistema contramayoritario reforzado por la incrustación de instituciones contramayoritarias; más allá de la tradición presidencial norteamericana, que desde sus orígenes es un arreglo institucional que descansa en un principio de separación rígida de poderes y en la desconfianza en la “tiranía de las mayorías” y el accionar faccioso, visión de los padres fundadores y de los *framers*, de lo cual *El Federalista*

⁴ Robert Dahl: *¿Es democrática la Constitución de los Estados Unidos?*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2003, p. 9.

⁵ Roberto Gargarella: *¿Es democrática la Constitución de los Estados Unidos?*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2003, pp. 83-105.

es un elocuente botón de muestra; aunque tales definiciones en el proceso constituyente de 1787 no fueron pacíficas a la luz del “Antifederalista” y de la visión de un padre fundador como Jefferson, lo que queda demostrado con la temprana fractura entre federalistas y republicanos democráticos.

Este régimen presidencialista como “sistema contramayoritario” coadyuva a un sistema político en que la lógica gobierno-oposición está dominada por una competencia orientada al empate y falta de cooperación, lo que termina generando un *hiperpresidencialismo* (mayor concentración de poder en el presidente de la República y Gobierno) como respuesta al tipo de oposición, con la inevitable tentación del *gobierno por decreto* o la búsqueda de auxilios *ortopédicos* (Ruiz Tagle) como el Tribunal Constitucional para conferirle centralidad a la decisión ejecutiva.

Al mismo tiempo se produce un deterioro de la *calidad de la política* y una *corporativización de la política* (localmente percibida como patrimonialización de la política y de los cargos, y reproducción endogámica o por cooptación de la élite o *clase política*), asociada a la tradicional ley de hierro de las oligarquías partidarias, que conlleva un distanciamiento creciente de las élites políticas de la ciudadanía, con nocivos efectos en el ámbito de la participación política y vitalidad de la sociedad civil. Asimismo, como lo hemos expuesto en otro lugar, la fórmula electoral del sistema para elecciones parlamentarias conocida como *binominalismo* tiende a trasladar la competencia político-partidista al interior de los pactos o alianzas, con consecuencias muy perniciosas.

A nuestro juicio, la moderación o atemperación del régimen político presidencialista o su reforma de signo semipresidencial y modificación del *binominalismo* generan cambios en el arreglo institucional que favorecen una ecuación equilibrada entre gobernabilidad y participación, y conjuran el peligro de que la *democracia de partidos* se convierta en un *gobierno de partidos*.

Finalmente, también debemos plantear y lograr consenso acerca de la necesidad de reforzar la vinculación a la Constitución y la ley, y de establecer un régimen de control político y social en la medida en que sea compatible con la función, y un régimen de responsabilidad constitucional y legal para las instituciones “contramayoritarias” del Estado (Poder Judicial, Tribunal Constitucional y Banco Central), de suerte que su necesidad en la *democracia constitucional* no se traduzca en inmunidad de poder e irresponsabilidad, lo que de suyo es incompatible con una República democrática y Estado de derecho. Se trata de encontrar mecanismos que aminoren una eventual *tiranía de los valores* y activismo judicial, como ocurre con las judicaturas y en especial con el Tribunal Constitucional. Un reconocimiento de estos peligros observa un antiguo juez constitucional y sólido jurista como D. Grimm al anotar:

[...] el riesgo para una Jurisdicción Constitucional efectiva se halla en que los tribunales, ante el escaso grado de precisión que contienen, sobre todo, las normas materiales de la Constitución y al amparo de su aplicación, asuman tareas de configuración política y, de este modo, perturben los nexos de responsabilidad democrática y las limitaciones de funciones.⁶

⁶ Dieter Grimm: *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, 2006.

El reforzamiento de la legitimidad instrumental y de la responsabilidad de las instituciones *contramayoritarias* aleja el peligro de un *gobierno de los jueces* o de una tecnocracia ideológicamente legitimista, incrustada en un Banco Central o en la Administración Económica de un cierto modelo de desarrollo capitalista y sello ideológico sin espacios para la política.

Ciertamente, no se trata de defender una reforma de segunda generación u *operación constituyente* inspirada en un nuevo *jacobinismo* democrático radical, sino simplemente equilibrar dentro del Estado y del régimen político, organizado como una *democracia constitucional*, sus raíces democrático-representativas y democrático-participativas, y con ello, además, morigerar la *democracia de partidos*.

3. Conclusiones: ¿Cómo hacerlo?

Hemos dicho que la serie de preguntas planteadas al principio tienen una pregunta central: *¿Qué hacer con la Constitución?*, y, subsiguientemente, *¿Cómo reformar o cambiar la Constitución?* Nuestra propuesta es utilizar una vieja categoría del arsenal del constitucionalismo: *operación constituyente*, acuñada por Hauriou,⁷ pero asignarle un significado distinto, el de proceso político de cambio constitucional desde la sociedad política (y los partidos) y de la sociedad civil, en que la que la determinación del procedimiento que se empleará (reforma, referéndum, asamblea constituyente o un *mixtum compositum* de estas técnicas propias de una Constitución democráticamente gestada) no es que carezca de importancia, sino que lo central sea la forja de un consenso constitucional que reponga en el seno de la Constitución la idea de pacto y autodeterminación política del pueblo.

La *operación constituyente* con miras a la nueva *Constitución del Bicentenario* no debe excluir del caleidoscopio de mecanismos esbozados en el debate constitucional procedimiento constituyente alguno, ni aun el de reforma total contemplado en el capítulo xv de la Constitución vigente, pero sin quedar prisionero de este, que impone un bloqueo al entregar la llave de la reforma a la minoría por la vía de quórum extraordinario y reforzado, sin recurso efectivo a la soberanía popular. Sin embargo, como la nueva *Constitución del Bicentenario* no es una reforma constitucional más, de las veintiséis enmiendas promulgadas a la fecha, por precipitar en ella reformas de primera generación y reformas de segunda generación, *requiere que se haga una tabula rasa, que no desahucie ningún mecanismo y que comprometa una amplia participación ciudadana*.

Esa *tabula rasa* impone la lógica de estar en condiciones de *desatar o cortar el nudo gordiano*, que es precisamente el procedimiento de reforma constitucional vigente. El nudo de Gordias concierne a un *yugo* con cuerdas cuyas ataduras son los *enclaves autoritarios* en el plano institucional que impiden recurrir a la soberanía popular como fuente y medida de legitimidad del poder constituyente. Parafraseando al macedonio inmortal respecto del *nudo gordiano*: “es lo mismo cortarlo que desatarlo”, lo importante es abrir la puerta hacia ese oriente que es la nueva *Constitución del Bicentenario*.

⁷ Maurice Hauriou: *Principios de derecho público y constitucional*, 2.^a ed., Madrid: Reus, 1928, pp. 310-322.

De este modo, si efectivamente es lo mismo cortar o desatar el nudo gordiano, ya que ello importa un catalizador de la forja de un consenso constitucional abierto, dinámico, creativo; sin ataduras, sin enclaves autoritarios o mecanismos contramayoritarios, protectores de un orden constitucional heredado autoritario-neoliberal que entregan hasta hoy la decisión política constituyente, no a la soberanía del pueblo, sino a una minoría.

Además, en la operación constituyente se requiere un impulso fundamental o *indirizzzo politico* que recaea, por las características del régimen, político en el presidente de la República; por consiguiente, en esta magistratura recaea, en primer lugar, la decisión de abrir el procedimiento constituyente. De no verificarse tal impulso fundamental desde el Gobierno, el Congreso Nacional debería hacerse cargo, coadyuvando así a su propia funcionalidad y centralidad.

De este modo, una nueva *Constitución del Bicentenario* será la base de un orden político institucional dotado de amplia legitimidad y fuente de un “patriotismo constitucional” (Habermas), una suerte de “religión civil” (Rousseau) que nos permita pensar colectivamente el futuro de un orden republicano democrático.

Bibliografía

- BOBBIO, Norberto: *Contribución a la teoría del derecho (Estudio, recopilación y traducción de A. Ruiz Miguel)*, Valencia: Fernando Torres, 1980.
- “Hacia una teoría funcional del Derecho”, en *Derecho, filosofía y lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja* (prólogo de G. Carrió), Buenos Aires: Astrea, 1976, pp. 9-30.
- COUSO, Javier: “Las asignaturas pendientes de la reforma constitucional”, documento de trabajo citado con autorización del autor.
- DAHL, Robert: *¿Es democrática la Constitución de los Estados Unidos?*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2003.
- FERNÁNDEZ, Miguel Ángel: “Los derechos fundamentales en 25 años de jurisprudencia del tribunal Constitucional”, *Cuadernos del Tribunal Constitucional* n.º 33, Santiago, 2006.
- GARGARELLA, Roberto: *¿Es democrática la Constitución de los Estados Unidos?*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2003, pp. 83-105.
- GRIMM, Dieter: *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, 2006.
- HAURIOU, Maurice: *Principios de derecho público y constitucional*, 2.ª ed., Madrid: Reus, 1928.
- HABERMAS, Jürgen: *La necesidad de la revisión de la izquierda*, Madrid, Editorial Tecnos, 1991.
- IHERING, Rudolf von: *Jurisprudencia en broma y en serio*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1933.
- SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos: *El Poder Constituyente. Origen y formación del constitucionalismo universal y especialmente argentino*, Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1957.
- VANOSI, Jorge R.: *Teoría constitucional*, Buenos Aires: Depalma, 1975, tomo I, vol. 2.

III. Derechos y garantías individuales

- Rhadis Abreu Blondet (República Dominicana)
Medio ambiente, derechos colectivos, consulta previa y ejercicio de derechos humanos por personas jurídicas
- Boris Wilson Arias López (Bolivia)
Derecho a la consulta previa, libre e informada de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y el régimen constitucional boliviano
- Têmis Limberger e Jânia Maria Lopes Saldanha (Brasil)
Cibercidadania no mundo globalizado: o desafio das novas tecnologias e a concretização dos direitos humanos nas democracias contemporâneas
- Rodrigo Santos Neves (Brasil)
O ativismo judicial no licenciamento de atividade petrolífera
- Alan E. Vargas Lima (Bolivia)
El derecho al medio ambiente en la Nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia

Rhadys Abreu Blondet (República Dominicana)*

Medio ambiente, derechos colectivos, consulta previa y ejercicio de derechos humanos por personas jurídicas

RESUMEN

El presente artículo analiza los principales criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en torno a derechos de las comunidades indígenas y pueblos tribales, como el desarrollo económico, el aprovechamiento de los recursos naturales, la consulta previa y el reconocimiento de la personalidad jurídica. En este sentido, expone las medidas especiales de protección de los pueblos indígenas y tribales para garantizar el ejercicio pleno de sus derechos y su supervivencia física y cultural, y revisa los elementos que el tribunal interamericano ha considerado frente al derecho a la propiedad, la consulta previa y la obtención de beneficios compartidos del desarrollo económico en sus territorios. Los aportes finales del texto examinan los criterios jurisprudenciales sobre el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y presentan ejemplos de las medidas de reparación que ha emitido el tribunal en casos de comunidades indígenas y pueblos tribales.

Palabras clave: jurisprudencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, derecho de los indígenas a la tierra, regulación jurídica, responsabilidad del Estado, América

ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Beitrag untersucht die grundlegenden Rechtsprechungskriterien des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte bezüglich der Rechte von indigenen Gemeinden und Stammesvölkern, etwa auf wirtschaftliche Entwicklung, Nutzung natürlicher Ressourcen, auf vorherige Anhörung und Anerkennung juristischer Persönlichkeit. Aus dieser Perspektive stellt er die besonderen Maßnahmen zum Schutz der indigenen Gemeinden und Stammesvölker zur Gewährleistung der uneingeschränkten Ausübung ihrer Rechte und ihres physischen und kulturellen Überlebens dar und geht auf die vom Interamerikanischen Gerichtshof in Betracht gezogenen Elemente hinsichtlich des Rechts auf Eigentum, vorherige Anhörung und Gewinnbeteiligung am wirtschaftlichen

* Jueza de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Wachstum in ihren Gebieten ein. Abschließend befasst sich der Text mit den Rechtsprechungskriterien zum Recht auf Anerkennung der juristischen Persönlichkeit und stellt Beispiele von Wiedergutmachungsleistungen vor, die das Gericht im Falle von indigenen Gemeinden und Stammesvölkern verfügt hat.

Schlagwörter: Rechtsprechung, Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, Recht auf Land der indigenen Bevölkerung, rechtliche Regelung, Verantwortung des Staates, Amerika

ABSTRACT

This article analyzes the main case law criteria of the Inter-American Court of Human Rights regarding the human rights of indigenous communities and tribal groups, such as economic development, use of natural resources, prior consultation and the recognition of legal status. In this respect, it sets out the special protection measures for indigenous and tribal communities to ensure the full availability of their rights as well as their physical and cultural survival, and it reviews the elements that the Inter-American Court has taken into consideration when dealing with the right to property, prior consultation and the sharing of benefits from economic development within their territories. The final contributions of this paper will examine the criteria in case law concerning the right to recognition of legal status and will show examples of reparation measures decided by the Court for indigenous communities and tribal groups.

Keywords: case law, Inter-American Court of Human Rights, indigenous people's rights over the land, legal regulation, responsibility of the State, America.

1. Introducción

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene una extensa y sólida jurisprudencia respecto a casos relacionados con comunidades indígenas, a través de los cuales ha abordado diversos temas tales como derechos de propiedad, derechos colectivos, derecho a la vida, derecho a la integridad personal, derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, derecho al debido proceso y garantías judiciales, derechos políticos y derecho a la no discriminación, entre otros.

A continuación presentaré una serie de elementos y lineamientos fundamentales que ha establecido la Corte Interamericana a través de su jurisprudencia, en relación con derechos individuales y colectivos de las comunidades indígenas y pueblos tribales, su derecho al desarrollo económico y al aprovechamiento de sus recursos naturales, derechos de propiedad de estas comunidades, así como el reconocimiento de su personalidad jurídica. Expondré los principales criterios adoptados por la Corte y formularé algunos planteamientos que permitan definir su utilidad en el ámbito interno de los Estados americanos, particularmente aquellos vinculados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pero no solo ellos. Puede sostenerse que, en conjunto, los criterios del tribunal interamericano reflejan el estado actual de evolución de los mecanismos

internacionales de protección de los derechos de los pueblos indígenas y constituyen un aporte significativo, en la medida en que no solo reconocen derechos específicos sino también obligaciones para los Estados.

Primeramente abordaré el tema de las medidas especiales de protección a las que tienen derecho estos pueblos y comunidades. Posteriormente analizaré su derecho a la propiedad privada y comunal, tomando en consideración los elementos que la componen y haciendo especial referencia al derecho de ser consultados y obtener su consentimiento, así como al derecho de obtener beneficios compartidos del desarrollo económico que se lleve a cabo en sus territorios. Seguidamente examinaré la jurisprudencia de la Corte en relación con el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de dichas comunidades. Estudiaré luego algunos ejemplos sobre las principales medidas de reparación que ha emitido el tribunal en casos de comunidades indígenas y pueblos tribales, para finalizar con algunas conclusiones sobre la materia.

2. Medidas especiales de protección

En primer lugar cabe aclarar que existe una diferencia entre una comunidad indígena y un pueblo tribal. Los primeros son originarios de la zona geográfica en la cual se ubican, mientras que los segundos son un pueblo que no es indígena a la región pero que comparte características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones.

La Corte ha sostenido anteriormente, con base en el artículo 1.1 de la Convención, que los miembros de los pueblos indígenas y tribales precisan ciertas medidas especiales para garantizar el ejercicio pleno de sus derechos, en especial respecto del goce de sus derechos de propiedad, a fin de garantizar su supervivencia física y cultural.¹ Particularmente, en el caso de la *Comunidad Moiwana contra Suriname*, la Corte determinó que una comunidad tribal tenía “una relación profunda y abarcativa respecto de sus tierras ancestrales” que no se centraba “en el individuo, sino en la comunidad en su conjunto”.² Esta relación especial con la tierra, así como su concepto comunal de propiedad, conllevó a que la Corte aplicara a la comunidad *Moiwana* su jurisprudencia en relación con las comunidades indígenas y sus derechos a la propiedad comunal, de conformidad con el artículo 21 de la Convención.³

¹ Corte IDH, caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 31 de agosto de 2001, serie C, n.º 79, § 148-149, 151; caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa contra Paraguay. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 29 de marzo de 2006, serie C, n.º 146, § 118-121, y 131, y caso de la *Comunidad Indígena Yakye Axa contra Paraguay. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 17 de junio de 2005, serie C, n.º 125, § 124, 131, 135-137 y 154.

² Corte IDH, caso de la *Comunidad Moiwana contra Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 15 de junio de 2005, serie C, n.º 124, § 132-133.

³ *Ibidem*, § 133.

En esencia, conforme al artículo 21 de la Convención, los Estados deben respetar la especial relación que los miembros de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio a fin de garantizar su supervivencia social, cultural y económica.⁴ Dicha protección de la propiedad en los términos del artículo 21 de la Convención, leído en conjunto con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, les asigna a los Estados la obligación positiva de adoptar medidas especiales para garantizar a los integrantes de los pueblos indígenas y tribales el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente.

En el caso de la *Comunidad Indígena Yakye Axa*, la Corte señaló que, en lo que respecta a pueblos indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres.⁵

3. Derecho a la propiedad privada o comunal

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado, a través de su jurisprudencia constante, un concepto amplio de propiedad que constituye un parámetro general que resulta relevante en el contexto del continente, no solo por tratarse de casos contenciosos contra Estados americanos, sino también por la importancia creciente de la jurisprudencia internacional en el ámbito interno de los Estados y en la interpretación de los derechos reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos, en general, y de aquellos previstos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en particular.

Al analizar el contenido y el alcance del derecho a la propiedad privada (previsto en el artículo 21 de la CADH) en relación con la propiedad comunitaria de los miembros de comunidades indígenas, la Corte ha considerado la estrecha vinculación de los integrantes de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, por lo que tales vínculos deben ser salvaguardados. En consecuencia, en diferentes casos ha determinado la responsabilidad internacional de los Estados involucrados por la violación, entre otros, de este precepto. Tales criterios se incorporan al conjunto de iniciativas, prácticas e instrumentos internacionales que, dentro del *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos, contribuyen a la conformación de un régimen internacional específico de protección de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas.

Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención —que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos—, la Corte ha considerado que el artículo 21 de la Convención

⁴ Caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, § 148-149 y 151; caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, § 118-121, y caso de la *Comunidad Indígena Yakye Axa*, § 124, 131, 135 y 154.

⁵ Caso de la *Comunidad Indígena Yakye Axa*.

protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en muchas de las constituciones políticas latinoamericanas.

El tribunal ha considerado que la estrecha vinculación de los integrantes de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana.⁶ La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituida a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no solo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural.⁷

Al respecto, en el caso *Mayagna (Sumo) Awas Tingni* la Corte señaló que entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de esta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su misma existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.⁸

De igual manera, en el caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaya* la Corte consideró “que los conceptos de propiedad y posesión en las comunidades indígenas pueden tener una significación colectiva, en el sentido de que la pertenencia de esta ‘no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad’”.⁹ Además, en el caso *Yakye Axa* el tribunal señaló que “tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención Americana”.¹⁰ Las decisiones de la Corte al respecto se han basado en la relación especial que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, y en la necesidad de proteger su derecho a ese territorio a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dichos pueblos.

El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro.¹¹

⁶ *Ibidem*, § 131 f, y caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, § 149.

⁷ Caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaya*.

⁸ Caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*.

⁹ Caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, § 120, y caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, § 149.

¹⁰ Caso de la *Comunidad Indígena Yakye Axa*, § 143.

¹¹ Caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*.

En relación con el derecho de los integrantes de las comunidades indígenas y tribales a usar y gozar de los recursos naturales que se encuentran dentro y sobre las tierras que tradicionalmente han poseído, la Corte ha sostenido¹² que la subsistencia cultural y económica de los pueblos indígenas y tribales, y por lo tanto de sus integrantes, depende del acceso y el uso a los recursos naturales de su territorio “que están relacionados con su cultura y que se encuentran allí”, y que el artículo 21 protege el derecho a dichos recursos naturales.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte según lo establecido en los casos *Yakye Axa* y *Sawhoyamaxa*, los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos. Sin ellos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo.¹³ De allí la necesidad de proteger las tierras y los recursos que han usado tradicionalmente: se trata de prevenir su extinción como pueblo. Es decir, el objetivo y el fin de las medidas requeridas en nombre de los miembros de los pueblos indígenas y tribales es garantizar que podrán continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados.

Debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, es necesaria la protección del derecho a la propiedad sobre este, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, para garantizar su supervivencia. De este modo, el derecho a usar y gozar del territorio, en el contexto de los miembros de los pueblos indígenas y tribales, carecería de sentido si no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio. Por ello, el reclamo por la titularidad de las tierras de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y el uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez mantiene ese estilo de vida. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales necesarios para su supervivencia física y cultural es exactamente lo que se precisa proteger, conforme al artículo 21 de la Convención, para garantizar a los miembros de los pueblos indígenas y tribales el uso y goce de su propiedad. De este análisis se entiende que los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas y tribales que están protegidos en los términos del artículo 21 son aquellos recursos que esos pueblos han usado tradicionalmente y resultan necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida.¹⁴

Si bien la Corte ha reconocido la interconexión entre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales al uso y goce de sus tierras y el derecho a esos recursos necesarios para su supervivencia, dichos derechos a la propiedad, como muchos otros de los derechos reconocidos en la Convención, están sujetos a ciertos límites y restricciones.

¹² Caso de la *Comunidad Indígena Yakye Axa*, § 137, y caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, § 118.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Caso de la *Comunidad Indígena Yakye Axa*, § 124 y 137, y caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, § 118 y 121.

En este sentido, el artículo 21 de la Convención establece que la ley podrá subordinar el uso y goce de los bienes a los intereses de la sociedad. Por ello, la Corte ha sostenido en varias ocasiones que, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, el Estado podrá restringir el uso y goce del derecho a la propiedad siempre que las restricciones a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) proporcionales y d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.¹⁵ En consonancia con esta disposición, el Estado podrá restringir, en ciertas condiciones, los derechos de los integrantes de dichos pueblos a la propiedad, incluidos sus derechos sobre los recursos naturales que se encuentren en el territorio.

Adicionalmente, respecto de las restricciones sobre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales, en especial al uso y goce de las tierras y los recursos naturales que han poseído tradicionalmente, un factor crucial que considerar es también si la restricción implica una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes. Es decir, conforme al artículo 21 de la Convención, el Estado podrá restringir el derecho al uso y goce de los pueblos indígenas y tribales respecto de las tierras de las que tradicionalmente son titulares y los recursos naturales que se encuentren en éstas, únicamente cuando dicha restricción cumpla con los requisitos señalados anteriormente y, además, cuando no implique una denegación de su subsistencia como pueblo tribal.

4. Derecho a recibir beneficios compartidos

La segunda garantía que el Estado debe cumplir al considerar los planes de desarrollo dentro de un territorio de una comunidad indígena o tribal es aquella de compartir, razonablemente, los beneficios del proyecto con dicho pueblo o comunidad. Se puede decir que el concepto de compartir los beneficios, el cual puede encontrarse en varios instrumentos internacionales respecto de los derechos de los pueblos indígenas y tribales,¹⁶ es inherente al derecho de indemnización reconocido en el artículo 21.2 de la Convención, el cual establece:

Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

¹⁵ Caso de la *Comunidad Indígena Yakye Axa*, § 144-145.

¹⁶ Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 32.2 (“Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”). Véase también OIT, *Convenio n.º 169*, artículo 15(2) (“Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”).

La Corte ha considerado que el derecho a recibir el pago de una indemnización conforme al artículo 21.2 de la Convención se extiende no solo a la total privación de un título de propiedad por medio de una expropiación por el Estado, por ejemplo, sino que también comprende la privación del uso y goce regular de dicha propiedad. En el caso *Saramaka*, el derecho a obtener el pago de una “indemnización justa”, conforme al artículo 21.2 de la Convención, se traduce en el derecho de los miembros de dicho pueblo a participar, en forma razonable, de los beneficios derivados de la restricción o privación del derecho al uso y goce de sus tierras tradicionales y de aquellos recursos naturales necesarios para su supervivencia.

En este sentido, el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial ha recomendado no solo que se debe obtener el consentimiento previo e informado de las comunidades cuando existen planes para llevar a cabo grandes actividades de explotación en territorios indígenas, sino también “garantizar que se compartan los beneficios derivados de dicha explotación de manera equitativa”.¹⁷ Del mismo modo, el relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas sugirió que, a fin de garantizar “los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo, [los Estados deben garantizar] una participación mutuamente aceptable en los beneficios [...]”.¹⁸ En este contexto, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención, se puede entender la participación en los beneficios como una forma de indemnización razonable y en equidad que deriva de la explotación de las tierras y recursos naturales necesarios para la supervivencia de las comunidades indígenas y pueblos tribales.

Como se mencionó, el artículo 21 de la Convención no prohíbe *per se* la emisión de concesiones para la exploración o explotación de los recursos naturales en territorios indígenas o tribales. Sin embargo, si el Estado quisiera restringir, legítimamente, los derechos a la propiedad comunal de los miembros de un pueblo tribal o comunidad indígena, debe consultar con las comunidades afectadas respecto de los proyectos de desarrollo que se lleven a cabo en los territorios ocupados tradicionalmente, compartir los beneficios razonables con ellas y realizar evaluaciones previas de impacto ambiental y social.

En el caso *Saramaka* la Corte concluyó lo siguiente: primero, que los integrantes de dicho pueblo tienen el derecho a usar y gozar de los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio que ocupan tradicionalmente y que sean necesarios para su supervivencia; segundo, que el Estado puede restringir dicho derecho mediante el otorgamiento de concesiones para exploración y extracción de recursos naturales que se hallan dentro de su territorio solo si el Estado garantiza la participación efectiva y los beneficios del pueblo, si realiza o supervisa evaluaciones previas de impacto ambiental o social y si implementa medidas y mecanismos adecuados a fin de asegurar que estas actividades no produzcan una afectación mayor a las tierras tradicionales y a sus recursos naturales.

¹⁷ Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Consideraciones de los informes presentados por los Estados Partes conforme al artículo 9 de la Convención. Observaciones finales respecto del Ecuador*, § 16.

¹⁸ ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas*, § 66.

5. Derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica

La Corte ha analizado el derecho de personas particulares a obtener el reconocimiento de su personalidad jurídica conforme al artículo 3 de la Convención Americana.¹⁹ De este modo, la Corte lo ha definido como el derecho a ser reconocido legalmente como sujeto de derechos y obligaciones.²⁰ Es decir, el “derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica representa un parámetro para determinar si una persona es titular o no de los derechos de que se trate, y si los puede ejercer”.²¹ El tribunal también ha manifestado que la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular y gozar de esos derechos y obligaciones,²² lo cual pone al individuo en una posición vulnerable en relación con el Estado o con terceros.²³ En especial, la Corte ha observado:

[...] el Estado se encuentra obligado a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley.²⁴

La Corte ha tratado en varias ocasiones el tema del derecho a la personalidad jurídica en el contexto de las comunidades indígenas y ha sostenido que los Estados tienen el deber de procurar los medios y las condiciones jurídicas en general necesarias para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido por sus titulares.²⁵ El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica representa un parámetro para determinar si una persona es titular o no de los derechos de que se trate, y si los puede ejercer. La violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y contraer obligaciones,²⁶ y hace al individuo vulnerable frente a la no observancia de aquellos por parte del Estado o de particulares.²⁷ Es deber del Estado procurar los medios y las condiciones jurídicas en general para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido por sus titulares. En especial, el Estado se encuentra obligado a garantizar a aquellas personas

¹⁹ Este derecho también está reconocido en otros instrumentos internacionales. Véanse, *inter alia*, Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 6; PIDCP, artículo 16; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo xvii, y Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, artículo 5.

²⁰ Corte IDH, caso *Bámaca Velásquez contra Guatemala*. Fondo, sentencia del 25 de noviembre de 2000, serie C, n.º 70, § 179; caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, § 188, y caso de las *Niñas Yean y Bosico contra República Dominicana*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 8 de septiembre de 2005, serie C, n.º 130, § 177.

²¹ Caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, § 188.

²² Caso *Bámaca Velásquez*, § 179; Corte IDH, caso *La Cantuta contra Perú*. Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de noviembre de 2006, serie C, n.º 162, § 120, y caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, § 188.

²³ Caso de las *Niñas Yean y Bosico*, § 179, y caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, § 188.

²⁴ Caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, § 189

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Caso *Bámaca Velásquez*, § 179.

²⁷ Caso de las *Niñas Yean y Bosico*, § 178; caso *Bámaca Velásquez*, § 179.

en situación de vulnerabilidad, marginación y discriminación las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley.

En el caso de los pueblos tribales, la Corte señaló que el reconocimiento del derecho a la personalidad jurídica de dichos pueblos como un conjunto ayudaría a evitar violaciones a sus derechos humanos, ya que los representantes verdaderos de la personalidad jurídica serían elegidos conforme a sus propias tradiciones y autoridades locales, y las decisiones que afecten la propiedad sería la responsabilidad de aquellas autoridades y no la de los miembros individuales. El reconocimiento de su personalidad jurídica es un modo, aunque no sea el único, de asegurar que la comunidad en su conjunto podrá gozar y ejercer plenamente el derecho a la propiedad, de conformidad con su sistema de propiedad comunal, así como el derecho a igual protección judicial contra toda violación de dicho derecho.²⁸

La Corte ha considerado que el derecho a que el Estado reconozca su personalidad jurídica es una de las medidas especiales que se deben proporcionar a los grupos indígenas y tribales a fin de garantizar que puedan gozar de sus territorios según sus tradiciones. Esta es la consecuencia natural del reconocimiento del derecho que tienen los miembros de los grupos indígenas y tribales a gozar de ciertos derechos de forma comunitaria.

6. Reparaciones

Asimismo, en estos casos la Corte Interamericana ha debido ser especialmente creativa en lo que a las reparaciones se refiere. El tribunal ha debido reparar a las víctimas desde una perspectiva individual, social y colectiva, tomando en cuenta no solo la respectiva indemnización por los daños causados, sino además la satisfacción de las víctimas, sus familiares y la colectividad a la que pertenecen. En cuanto a las medidas de satisfacción, puede considerarse que ellas incluyen el reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado, la justicia y la garantía de no repetición. Todos estos factores, individualmente y combinados, contribuyen a la reparación integral por el Estado de la violación de sus obligaciones internacionales.

En los casos de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*²⁹ contra Nicaragua y *Comunidad Moiwana*³⁰ contra Suriname, la Corte ordenó una serie de medidas de reparación, entre las cuales destaca el deber de adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole necesarias para asegurar a los miembros de dichas comunidades su derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales y, por lo tanto, asegurar el uso y goce de esos territorios. Estas medidas deberán incluir la creación de un mecanismo efectivo para delimitar, demarcar y titular dichos territorios tradicionales, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de las

²⁸ Corte IDH, caso del *Pueblo Saramaka contra Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 28 de noviembre de 2007, serie C, n.º 172.

²⁹ Caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*.

³⁰ Caso de la *Comunidad Moiwana*.

comunidades. Además, en el caso *Mayagna* el Estado debió invertir, por concepto de reparación del daño inmaterial, en obras o servicios de interés colectivo en beneficio de la Comunidad Mayagna Awas Tingni

Por su parte, en el caso *Yakye Axa*³¹ contra Paraguay, la Corte dispuso que el Estado debe identificar el territorio tradicional de los miembros de la comunidad indígena Yakye Axa y entregárselo de manera gratuita, crear un fondo destinado exclusivamente a la adquisición de las tierras que se entregarán a los miembros de la comunidad Yakye Axa, implementar un programa y un fondo de desarrollo comunitario y adoptar en su derecho interno las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para garantizar el efectivo goce del derecho a la propiedad de los miembros de los pueblos indígenas. Asimismo, en el caso *Sawhoyamaxa*,³² también contra Paraguay, la Corte dispuso que el Estado debe adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole necesarias para entregar física y formalmente a los miembros de dicha comunidad sus tierras tradicionales, así como la implementar un fondo de desarrollo en beneficio de la comunidad.

En el caso *Saramaka contra Suriname*,³³ la Corte fue un poco más allá y dispuso, entre otras medidas, que el Estado debe delimitar, demarcar y otorgar título colectivo del territorio de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con su derecho consuetudinario, y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el pueblo Saramaka, sin perjuicio de otras comunidades indígenas y tribales; otorgar a los miembros del pueblo el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad que ellos integran, con el propósito de garantizarles el ejercicio y el goce pleno de su derecho a la propiedad de carácter comunal, así como el acceso a la justicia como comunidad, de conformidad con su derecho consuetudinario y tradiciones; eliminar o modificar las disposiciones legales que impiden la protección del derecho a la propiedad de los miembros del pueblo Saramaka y adoptar, en su legislación interna y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el pueblo Saramaka, medidas legislativas o de otra índole necesarias a fin de reconocer, proteger, garantizar y hacer efectivo el derecho de sus integrantes a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado, el cual incluye las tierras y los recursos naturales necesarios para su subsistencia social, cultural y económica, así como administrar, distribuir y controlar efectivamente dicho territorio de conformidad con su derecho consuetudinario y sistema de propiedad comunal, y sin perjuicio de otras comunidades indígenas y tribales.

Asimismo, en cuanto al derecho a ser consultado, la Corte ordenó al Estado adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o, en su caso, el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio, y a compartir, razonablemente, los beneficios

³¹ Corte IDH, caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa.

³² Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa.

³³ Caso del Pueblo Saramaka.

derivados de esos proyectos con el pueblo Saramaka; asegurar que se realicen estudios de impacto ambiental y social mediante entidades técnicamente capacitadas e independientes y antes de otorgar concesiones relacionadas con proyectos de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, e implementar medidas y mecanismos adecuados a fin de minimizar el perjuicio que puedan tener dichos proyectos en la capacidad de supervivencia social, económica y cultural del pueblo Saramaka, y adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole necesarias para proporcionar a los integrantes del pueblo los recursos efectivos y adecuados contra actos que violan su derecho al uso y goce de la propiedad de conformidad con su sistema de propiedad comunal.

De igual manera, en el caso de la *Comunidad Indígena Xákmok Kásek*,³⁴ la Corte obliga al Estado paraguayo a adoptar una serie de medidas, entre las cuales destacan: devolver a los miembros de la comunidad Xákmok Kásek las tierras reclamadas por esta y titularlas debidamente; velar inmediatamente por que el territorio reclamado por la comunidad no se vea menoscabado por acciones del propio Estado o de terceros particulares; establecer un puesto de salud permanente y con las medicinas e insumos necesarios para una atención en salud adecuada; adoptar en su derecho interno las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un sistema eficaz de reclamación de tierras ancestrales o tradicionales de los pueblos indígenas que posibilite la concreción de su derecho de propiedad, y crear un fondo de desarrollo comunitario en favor de dicha comunidad.

7. Conclusiones

Los criterios generales de interpretación establecidos por la Corte desde el caso *Mayagna (Sumo) Awás Tingni* (2001) y que irradian al conjunto de su jurisprudencia hasta llegar al caso *Xákmok Kásek* (2010) parten de reconocer la estrecha vinculación de los integrantes de los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentran, así como del hecho de que entre los indígenas “existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra”. El vínculo entre los miembros de la colectividad y la tierra que tradicionalmente ocupan no es solo una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual que se debe respetar y preservar.

En conjunto, la jurisprudencia de la Corte ha destacado que el derecho a la propiedad previsto en el artículo 21 de la Convención Americana supone el derecho al reconocimiento de la propiedad sobre las tierras, territorios y recursos naturales tradicionales, a su delimitación y demarcación; a su devolución o restitución; a una indemnización por pérdida o traslado, así como derechos de consulta previa, de información y de participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales de sus territorios.

El derecho a la propiedad protege tanto las tierras de las comunidades indígenas o tribales como los recursos naturales que en ellas se encuentran, que han usado

³⁴ Corte IDH, caso de la *Comunidad Indígena Xákmok Kásek contra Paraguay. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 24 de agosto de 2010, serie C, n.º 214.

tradicionalmente dentro de su territorio y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dichos pueblos.

La posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado. Por tanto, la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro.

El Estado tiene el deber de establecer los procedimientos efectivos para el reconocimiento, la demarcación, la reivindicación y la restitución de las tierras y los territorios indígenas.

El Estado tiene la obligación de consultar a los pueblos indígenas, de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y desde las primeras etapas, respecto de programas de desarrollo que los involucren y, por tanto, debe brindar la información necesaria a fin de que acepten con conocimiento y de forma voluntaria el plan de desarrollo o inversión propuesto.

Cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio, el Estado no solo tiene la obligación de consultar a los pueblos involucrados, “sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones”. Por otra parte, y no obstante su importancia, la Corte ha reiterado que el derecho de propiedad no es un derecho absoluto y, por consiguiente, puede sujetarse a ciertas restricciones permitidas, así como al denominado *juicio de ponderación o proporcionalidad* en caso de colisión de derechos. En este contexto, al analizarse las restricciones sobre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales, debe considerarse si implican una denegación de las tradiciones y costumbres “de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes”, lo que supondría privar al derecho de su contenido esencial.

De esta forma, el Estado podrá restringir a los miembros de los pueblos indígenas el derecho al uso y goce respecto de las tierras y los recursos naturales de los que tradicionalmente son titulares, únicamente cuando la restricción se encuentre prevista por ley, sea idónea para alcanzar el fin legítimo que persiga (compatibilidad de fines e idoneidad de medios), sea necesaria y afecte en la menor medida posible el derecho en cuestión y proporcional respecto de los fines que se pretende alcanzar con la medida.

En este sentido, “los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado”, y que al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros.

En ciertos casos, la restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares podría ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana, y proporcional, si se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados.

Tratándose de intereses estatales, a fin de garantizar que las restricciones impuestas a los pueblos indígenas respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio no impliquen una denegación de su subsistencia como tal, el Estado debe cumplir las siguientes tres garantías, que es preciso incluir como elementos para

evaluar la proporcionalidad de la restricción: a) asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción que se lleve a cabo dentro de su territorio; b) garantizar que los miembros del pueblo se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio y c) garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro de dicho territorio a menos y hasta que realice un estudio previo de impacto social y ambiental. Con ello se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo indígena o tribal tienen con su territorio, la cual a su vez asegura su subsistencia como pueblo.

De lo anterior se desprende el derecho de los pueblos a ser consultados de conformidad con sus costumbres y tradiciones y, en su caso, la obligación de obtener consentimiento libre cuando esté en juego la supervivencia de la comunidad por proyectos de desarrollo a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio.

Todo lo anterior supone un innegable avance en la consideración y el alcance de los derechos de los miembros de pueblos y comunidades indígenas y tribales. Un avance impulsado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir de sus propios desarrollos jurisprudenciales, así como de los criterios adoptados por otros órganos internacionales.

Boris Wilson Arias López (Bolivia)*

Derecho a la consulta previa, libre e informada de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y el régimen constitucional boliviano

RESUMEN

La Constitución del año 2009 reconoce una variedad de derechos indígenas sustentados en la pluralidad y el pluralismo, entre ellos el derecho a la consulta previa, libre e informada en el marco del denominado diálogo intercultural. Sin embargo, todavía falta concretar las promesas de una Constitución que no fue consultada a los indígenas en el procedimiento legislativo, que puedan llevar en el futuro al reconocimiento y la efectivización del derecho al consentimiento previo, libre e informado.

Palabras clave: derecho originario campesino, Constitución Política; consulta y consentimiento previo, libre e informado; control constitucional; Perú; Bolivia.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Verfassung des Jahres 2009 erkennt eine Reihe auf der Grundlage von Pluralität und Pluralismus beruhender indigener Rechte an, darunter das Recht auf vorherige, freie und informierte Anhörung im Rahmen des sogenannten interkulturellen Dialogs. Bislang steht jedoch weiterhin die Umsetzung des Versprechens einer Verfassung aus, die der indigenen Bevölkerung im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens nicht zur Anhörung vorgelegt wurde, welches aber den Weg zur künftigen Anerkennung und Umsetzung des Rechts auf vorherige, freie und informierte Zustimmung ebnen würde.

Schlagwörter: Ursprüngliches Campesino-Recht; Staatsverfassung; vorherige, freie und informierte Anhörung und Zustimmung; Verfassungskontrolle; Peru; Bolivien.

* Magíster en Derecho Constitucional de la Universidad Andina Simón Bolívar. Docente universitario de pregrado y posgrado. Doctorando en Derecho Constitucional y Penal de la Universidad Mayor de San Andrés. <borisito5@hotmail.com>

ABSTRACT

The Constitution of 2009 recognizes a variety of rights for indigenous people, based on plurality and pluralism, and one of them is the right to prior, free and informed consultation to be carried out within the framework of the so-called intercultural dialogue. However, the Constitution itself was not the object of a consultation with the native people during its process of creation, and the promises contained in it are still awaiting implementation in order to lead to the effective recognition of the right to prior, free and informed consultation.

Keywords: native peasant law; political Constitution; prior, free and informed consultation and consent; constitutional control; judicial review; Peru; Bolivia.

1. Configuración de la consulta previa, libre e informada en la Constitución de 2009

En Bolivia los derechos colectivos de las *naciones y pueblos indígena originario campesinos*¹ —o, a efectos del presente trabajo, simplemente *indígenas*— son en general consecuencia directa del reconocimiento a la dignidad del ser humano que involucra el derecho a ser diferente o distinto, incluso a las mayorías poblacionales del país² —derecho a la identidad cultural y, en el caso de pueblos indígenas, a la identidad étnica—,³ lo que se traduce en el mero reconocimiento por el Estado boliviano de la “pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrado del país”,⁴ aspectos que se constituyen en una garantía a favor de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, entre otros grupos sociales.

Por otra parte, por la deuda histórica y la situación de vulnerabilidad de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, que pueden, según el caso, no solo constituirse en una minoría poblacional (cuantitativa) sino cultural (cualitativa), en el marco constitucional boliviano se constituyen en “sujetos colectivos de protección especial reforzada”, no solo por la cantidad de veces que el texto constitucional refiere la palabra *indígena* en diferentes contextos,⁵ sino por la amplitud de la regulación con la que cuentan en materia territorial al reconocérseles autonomía, por la enumeración abierta y flexible de sus

¹ A partir del artículo 1, literal *b*, del Convenio 169 de la OIT que establece su alcance (“a los pueblos en países independientes considerados indígenas [...] cualquiera que sea su situación jurídica”), se tiene que la denominación de los pueblos indígenas y tribales puede variar de Estado a Estado; así la Constitución boliviana refiere en casi todo su texto a las “naciones y pueblos indígena originario campesinos”.

² La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en su preámbulo refiere al derecho “a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales”.

³ En el expediente 0006-2008-P1/TC el Tribunal Constitucional peruano sostuvo: “[...] el derecho a la identidad étnica es una especie del derecho a la identidad cultural [...]”.

⁴ Bolivia, Constitución Política del Estado, 2009, artículo 1.

⁵ La Constitución Política del Estado de Bolivia al menos hace referencia 130 veces a la palabra *indígena*.

derechos⁶ y, en general, por el reconocimiento de “libre determinación en el marco de la unidad del Estado”,⁷ que se constituye en el reconocimiento de su preexistencia al Estado boliviano.⁸

En este contexto, la garantía de la consulta previa, libre e informada emerge sobre los siguientes fundamentos jurídicos y políticos constitucionales:

El artículo 30, numeral 15, de la Constitución boliviana propugna como derecho de las naciones y pueblos indígena originario campesinos el “ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles”, y reconoce varias veces en diferentes contextos “la integralidad del territorio indígena originario campesino, que incluye [...] la consulta previa e informada”,⁹ y que la “explotación de recursos naturales en determinado territorio estará sujeta a un proceso de consulta a la población afectada [...] En las naciones y pueblos indígena originario campesinos, la consulta tendrá lugar respetando sus normas y procedimientos propios”,¹⁰ lo que, relacionado con el reconocimiento ya referido de la pluralidad étnica en Bolivia, permite se constituya en un derecho frente a las mayorías incluso indígenas que busca evitar toda política o medida asimilacionista (que propenda a su aniquilación) o integracionista (que implique la pérdida de costumbres, idioma, valores, etc.) con el propósito de evitar el denominado *etnocidio*.

El texto constitucional boliviano reconoce que los tratados de derechos humanos “integran” el bloque de constitucionalidad, y que dicha integración puede ser:

- *Normativa*,¹¹ es decir, que dichos tratados integran materialmente el texto constitucional¹² y se convierten en parámetro de control de constitucionalidad, de donde se tiene que la consulta previa, libre e informada se sustenta, además del texto constitucional, en el Convenio 169 de la OIT,¹³ cuyo artículo 6, numeral 1, inciso a, establece la obligación del Estado boliviano de “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente...”,¹⁴ y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas,¹⁵ cuyo artículo 18 reconoce el derecho de los pueblos indígenas a “participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos

⁶ Cf. Bolivia, Constitución Política del Estado, 2009, artículo 32.

⁷ *Ibidem*, artículo 2.

⁸ La Sala Constitucional Cuarta de la Corte Suprema de Costa Rica, en su voto 1786-93, sostuvo que los derechos indígenas son anteriores a la propia Constitución.

⁹ Bolivia, Constitución Política del Estado, 2009, artículo 403, párrafo I.

¹⁰ *Ibidem*, artículo 352.

¹¹ Cf. *ibidem*, artículo 352, párrafo II.

¹² El artículo 13-II de la Constitución boliviana sostiene: “Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados”, similar al artículo 35 de la Constitución Política del Estado, a partir del cual el Tribunal Constitucional entendió, en la SC 1662/2003-R, que los derechos humanos se integran al texto constitucional.

¹³ Aprobado por ley 1257, del 11 de julio de 1991.

¹⁴ Concordante con el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT.

¹⁵ Aprobado por ley 3760, del 7 de noviembre de 2007.

por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones¹⁶

- *Interpretativa*, referida a que los tratados de derechos humanos deben utilizarse para determinar interpretativamente el contenido de las normas formales de la Constitución,¹⁷ además del deber de utilizar la jurisprudencia y la doctrina internacional autorizada a dicho efecto.¹⁸ La consulta previa, libre e informada encuentra sustento, entre otros, en la observación general 23 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de 1994, la recomendación general 23 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, de 1997, que llamó a los Estados a garantizar a los pueblos indígenas “que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado”,¹⁹ y en el fallo del caso del *Pueblo Saramaka contra Surinam*, donde se sostuvo que los Estados debían garantizar la participación efectiva de los pueblos indígenas:

[...] en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones [...] Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo [...] se debe consultar [...] de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si este fuera el caso.²⁰

Dentro de lo que la Constitución llama “directa y participativa”²¹ se constituye en un mecanismo de participación específico para pueblos indígenas,²² vinculado, de acuerdo a sus características especiales, a otros derechos, como el derecho al acceso a la información pública o el derecho a la petición, cuya finalidad básica consiste en el resguardo de la integridad étnica (creencias, instituciones, territorios, idioma y todo otro elemento que permita mantener su cohesión social), los derechos colectivos indígenas,²³ promover el diálogo intercultural,²⁴ prevenir conflictos sociales y de esta forma otorgar seguridad a las inversiones que puedan efectuarse en los territorios indígenas.

¹⁶ Concordante con los artículos 19, 28, 30, 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

¹⁷ Cf. Bolivia, Constitución Política del Estado, 2009, artículos 13-IV y 256.

¹⁸ Bolivia, Tribunal Constitucional, sentencia 110/2010-R.

¹⁹ Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: *Observación general 23, relativa a los pueblos indígenas*, CERD/C/51/Misc. 13/Rev.4, 1997.

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del *Pueblo Saramaka contra Surinam*. *Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, sentencia del 28 de noviembre de 2007, serie C, n.º 172.

²¹ Cf. Bolivia, Constitución Política del Estado, 2009, artículo 11, párrafo II, numeral 1.

²² La Ley del Régimen Electoral (n.º 026, de 30 de junio de 2010), en su artículo 4, inciso 1, sostiene: “El ejercicio de los derechos políticos en el marco de la democracia intercultural y con equivalencia de condiciones entre mujeres y hombres, comprende: [...] El ejercicio de consulta previa, libre e informada por parte de las naciones y pueblos indígena originario campesinos”.

²³ Cf. Bolivia, Constitución Política del Estado, 2009, artículo 30, párrafo II.

²⁴ Cf. *ibídem*, artículo 11, numeral 2.

Asimismo, la consulta previa, libre e informada es una figura inherente a la *autonomía indígena*²⁵ entendida como una garantía institucional para tomar decisiones sin injerencia foránea en el ámbito reconocido por la Constitución, que a su vez implica el desarrollo de la *libre determinación* referida por el artículo de 2 la Constitución y que debe entenderse como la suma de facultades y competencias que la Constitución —en definitiva, el bloque de constitucionalidad— y las leyes marco reconocen a las naciones y pueblos indígenas originario campesinos en Bolivia.

2. Diferencia entre la participación *latu sensu*, la consulta y el consentimiento previo, libre e informado

A partir del texto constitucional, los tratados de derechos humanos, la doctrina y jurisprudencia internacional debe diferenciarse entre el derecho a la participación *latu sensu*, la consulta y el consentimiento previo, libre e informado.

El *derecho a la participación latu sensu*, referido a todos los/as ciudadanos/as, las entidades autónomas y a la población en general —por ejemplo, en materia medioambiental—²⁶ se distingue del derecho a la consulta previa, libre e informada en que solo atinge a las colectividades indígenas, por sus especiales y particulares características culturales y en definitiva étnicas. Es decir, existe una relación entre género —derecho a participar *latu sensu*— y especie —derecho a la consulta previa libre e informada—.

En cambio, por el derecho al *consentimiento previo, libre e informado*, el Estado “no solo está obligado a hacer una consulta o garantizar la participación indígena en caso de políticas, planes, programas o medidas, sino que, dado el derecho en juego (existencia, integridad), *no puede adoptar una decisión sin el expreso consentimiento de los pueblos*”;²⁷ aspecto requerido ante:

- El traslado de un grupo indígena fuera de sus tierras tradicionales. Al respecto, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas sostiene: “Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados [...]”²⁸
- El almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras indígenas. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas obliga a los Estados adoptar “medidas eficaces para garantizar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado”²⁹

²⁵ Cf. *ibidem*, artículo 289.

²⁶ Cf. *ibidem*, artículo 343.

²⁷ Raquel Yrigoyen Fajardo: “El derecho a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento”, en dolegalnexo.com.ar/files/Yrigoyen%20de%20la%20tutela%20index.pdf (visitado el 2 de agosto de 2011).

²⁸ Naciones Unidas, Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 10 y concordante con el artículo 16.2 del Convenio 169 de la OIT.

²⁹ *Ibidem*, artículo 29-2.

- La implementación de *planes de desarrollo o de inversión a gran escala* en territorios indígenas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del *Pueblo Saramaka contra Surinam* sostuvo: “[...] cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de estos, según sus costumbres y tradiciones”.³⁰

En cambio cuando la materia únicamente está resguardada por el derecho a la consulta previa, libre e informada, agotada la consulta de buena fe y siempre y cuando exista de por medio un interés superior al principio de diversidad étnica y cultural³¹ —aspecto que debe estar debidamente fundamentado y puede controlarse por el órgano judicial—, los Estados pueden llevar adelante las medidas en razón a que el derecho a la consulta previa, libre e informada no es equivalente a un derecho a veto —como la mayoría de los derechos, no es absoluto—. Sin embargo, en todo caso, “la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena”³² reconociéndose en todo caso una apropiada indemnización³³ y participación en las ganancias de la medida finalmente impuesta.

3. Características de la consulta previa, libre e informada

La consulta previa, libre e informada en Bolivia es un derecho de las naciones y pueblos indígena originario campesinos que se traduce en una obligación del Estado y que presenta las siguientes características:

Se constituye en un *derecho de carácter constitucional y a la vez en un derecho humano* que resguarda el resto de los derechos indígenas, por lo que en su aplicación se debe considerar el artículo 11, numeral 2, de la Constitución, que establece como uno de los fines del Estado el de “garantizar el bienestar, el desarrollo, la seguridad y la protección e *igual dignidad de las personas, las naciones, los pueblos y las comunidades*, y fomentar el respeto mutuo y el diálogo intracultural, intercultural y plurilingüe”.

Tiene *carácter instrumental* con relación al resto de los derechos reconocidos a las colectividades indígenas en la medida en que asegura su eficacia, además de permitir que las naciones y pueblos indígena originario campesinos puedan controlar su forma de vida, determinar sus prioridades, mejorar sus condiciones de vida y resguardar su integridad cultural y más precisamente étnica, entre otros —no es una formalidad considerada como un fin en sí misma—, por lo que, al decir de Raquel Yrigoyen, se debe perder de vista su objeto, es decir:

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del *Pueblo Saramaka contra Surinam*.

³¹ Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-811/04.

³² Colombia, Corte Constitucional, sentencia SU-039/97.

³³ Cf. OIT, Convenio 169, artículo 16, numeral 4.

No solo velar por los aspectos procesales (la verificación de la realización o no de la consulta) sino también la verificación de su objetivo sustantivo (si los planes consultados, por ejemplo, tienen como prioridad el mejoramiento de las condiciones de vida de los pueblos, o si respetan sus prioridades de desarrollo, etc.).³⁴

En el marco del artículo 109-1 de la Constitución, que dispone que “todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables”, la consulta previa, libre e informada goza de una *presunción de operatividad*, por lo que no requiere de reglamentación previa para su exigibilidad, tal como lo manifestó la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-891 de 2002.

Es plenamente *justiciable mediante la interposición de la acción de amparo constitucional* cuando dicho derecho se afecta por actos u omisiones ilegales o indebidas, conforme sucedió en la sentencia del Tribunal Constitucional boliviano 2003/2010-R, por la acción de inconstitucionalidad abstracta o concreta cuando refiere a actos normativos, e incluso mediante la acción popular cuando se afecten derechos colectivos o difusos, pero en todo caso deben considerarse en la admisión y tramitación las particularidades de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, de forma que no se requieren abogados y se tiende a la flexibilización de requisitos.

En cuanto al procedimiento de la consulta, conforme el artículo 6, numeral 1, literal a, del Convenio 169 de la OIT esta debe efectuarse “mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas”,³⁵ es decir, debe caracterizarse por su *flexibilidad* en razón de la diversidad de naciones y pueblos indígena originario campesinos que existen en Bolivia,³⁶ lo que impide contar con un procedimiento uniforme. Asimismo, la consulta debe efectuarse en los territorios indígenas con la participación de todos los actores involucrados con poder de decisión (indígenas, el Estado, municipios, empresas privadas, etc.) y “deberá estar precedid[a] de una consulta acerca de cómo se efectuará el proceso consultivo”.³⁷

La consulta debe efectuarse de *buena fe*; es decir, debe llevarse a cabo “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”,³⁸ de forma que “si no se llega al consentimiento, existe una fuerte presunción de que el proyecto no debería realizarse”.³⁹ En este sentido, las partes deben estar dispuestas a ceder en sus posiciones y cumplir los acuerdos a los cuales se haya arribado. Para ello la consulta debe ser:

- *Previa*, es decir, anterior al debate de la medida, de forma que permita la efectiva participación indígena —lo contrario provocaría que fuera meramente

³⁴ Yrigoyen Fajardo: o. cit.

³⁵ Concordante con el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

³⁶ Piénsese por ejemplo que el artículo 5 de la Constitución boliviana reconoce 36 idiomas cooficiales conjuntamente con el castellano.

³⁷ Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-030/08.

³⁸ OIT, Convenio 169, artículo 6, numeral 2, concordante con el artículo 9 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

³⁹ Patricia Urteaga Crovetto: “Fundamentación jurídica del derecho a la consulta y consentimiento libre, previo e informado en el marco del Convenio 169 de la OIT. El caso de Perú”, ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotrdro40/od40-patricia.pdf (visitado el 2 de agosto de 2011).

informativa—. Por esta razón debe efectuarse con la suficiente antelación de acuerdo a la complejidad de la medida, el asesoramiento adecuado que requieran los pueblos indígenas, la obtención de información suficiente y considerando los tiempos que cada comunidad indígena requiere. Cuando el proyecto es de largo alcance debe consultarse periódicamente e incluso de forma permanente, máxime cuando es posible que las condiciones iniciales hayan variado, aspecto que puede suceder, por ejemplo, con la explotación petrolera.

- *Libre*, es decir “*debe implicar que no hay coerción, intimidación ni manipulación*”⁴⁰ y “*evitar toda táctica de ‘dividir para conquistar’, amenazas o de represalias implícitas si la decisión final es un ‘no’*”,⁴¹ por lo tanto, resulta inaceptable toda intervención en la organización interna de las comunidades.
- *Informada*, que implica se brinde a los pueblos indígena originario campesinos información completa y en su idioma de las medidas propuestas y las consecuencias de su implementación, y estos pueden pedir complementación o aclaraciones.

4. Configuración básica de la consulta previa en Perú y Colombia

La Constitución peruana de 1993 “reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación”⁴² y “respeto la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas”. El Tribunal Constitucional entiende que existe un derecho a la identidad étnica y cultural que surge del reconocimiento a la “tolerancia a la diversidad”⁴³ y la diferencia, “el derecho a la identidad étnica [...] [como] una especie del derecho a la identidad cultural”.⁴⁴

Por otra parte, el Tribunal Constitucional peruano le reconoce al Convenio 169 de la OIT rango constitucional⁴⁵ y sostiene que la consulta previa se aplica únicamente cuando la medida afecte “directamente” a los pueblos indígenas,⁴⁶ aunque aclara que “en abstracto es imposible reducir a una fórmula clara y precisa cuándo una medida ‘afecta’ directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas”.⁴⁷ Así por ejemplo:

[...] cuando el Convenio se refiere a los “pueblos interesados”, tal categoría comprende no solo a las comunidades directamente afectadas o establecidas en los territorios objeto de exploración, sino que *también involucra a las comunidades colindantes*, a sus organizaciones, y desde luego, a sus autoridades más representativas.⁴⁸

⁴⁰ OIT, Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, a través de las Directrices sobre los Asuntos de los Pueblos Indígenas, 2009, p. 63.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Perú, Constitución, artículo 2, numeral 19.

⁴³ Perú, Tribunal Constitucional, expediente 3343-2007-PA/TC.

⁴⁴ Perú, Tribunal Constitucional, expediente 0006-2008-PI/TC.

⁴⁵ Cf. Perú, Tribunal Constitucional, expediente 0025-2005-PI/TC.

⁴⁶ Cf. Perú, Tribunal Constitucional, expediente 0027-2009-PI/TC.

⁴⁷ Perú, Tribunal Constitucional, expediente 0025-2009-PI/TC.

⁴⁸ Perú, Tribunal Constitucional, expediente 6316-2008-PA/TC.

El Tribunal Constitucional peruano sostuvo que las posiciones iusfundamentales que rigen el derecho a la consulta previa, libre e informada son:

(a) el derecho colectivo a ser consultados ante medidas estatales que afecten directamente sus derechos e intereses grupales. En particular, los que estén vinculados con su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo colectivo; (b) el derecho a que la consulta se realice de manera previa y bajo la observancia de los principios de buena fe, flexibilidad, transparencia, respeto e interculturalidad; y (c) el derecho a que se cumplan los acuerdos arribados en el proceso de consulta, encontrándose excluido de este programa normativo del derecho a la consulta, lo que coloquialmente se ha venido en denominar “derecho al veto”.⁴⁹

La Constitución colombiana de 1991 reconoce ampliamente las particularidades indígenas al prever dos senadores indígenas,⁵⁰ entidades territoriales indígenas⁵¹ a las que reconoce jurisdicción⁵² y, en definitiva, derecho a la “integridad cultural, social y económica”.⁵³ En este contexto normativo tan amplio, la Corte Constitucional sostuvo que los pueblos indígenas “pueden hablar por sí mismos [...], tienen derecho a participar en el proceso de toma de decisiones que los afectan y [...] su contribución, además, será beneficiosa para el país en que habitan”.⁵⁴ Al respecto distinguió dos tipos de participación:⁵⁵ uno general, que corresponde a todos los colombianos, incluidas las colectividades indígenas mediante iniciativa legislativa, referéndum, etc., y otro particular, traducido fundamentalmente en la consulta previa, que se instituye como una “garantía de efectividad y realización del derecho fundamental a la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas”.⁵⁶ Esta alcanza a las medidas que las puedan afectar *directamente*,⁵⁷ garantía que además incluye a las comunidades negras en la medida en que se adecuen al concepto de *tribales* contenido en el Convenio 169 de la OIT.⁵⁸

En su sentencia SU-039/97, la Corte Constitucional de Colombia sostuvo que la consulta previa, libre e informada busca:

a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución. b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia

⁴⁹ Perú, Tribunal Constitucional, expediente 0022-2009-PI/TC.

⁵⁰ Cf. Colombia, Constitución, artículo 171.

⁵¹ Cf. Colombia, Constitución, artículo 329.

⁵² Cf. Colombia, Constitución, artículo 246.

⁵³ Colombia, Constitución, artículo 330.

⁵⁴ Colombia, Corte Constitucional, sentencia SU-383 de 2003.

⁵⁵ Cf. Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-175/09.

⁵⁶ Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-418 de 2002.

⁵⁷ Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-027/11.

⁵⁸ Cf. Colombia, Corte Constitucional, sentencia T-955/03.

como grupo humano con características singulares. c) Que se le de la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo.

5. Luces y sombras en la configuración de la consulta previa, libre e informada en Bolivia

En 1990 la Confederación de Pueblos Indígenas de Bolivia (CIDOB) efectuó la denominada *Marcha por el territorio y la dignidad*, desde la ciudad de Trinidad hasta la ciudad de La Paz, solicitando el reconocimiento a los derechos de los pueblos indígenas. Ese movimiento provocó la ratificación, en 1991, del Convenio 169 de la OIT, normativa que influyó notablemente en la reforma constitucional de 1994, la cual reconoció al Estado boliviano como “multiétnico” y “pluricultural”⁵⁹ y reconoció además a las autoridades indígenas, sus formas de organización y su administración de justicia.⁶⁰

La consulta previa resulta exigible desde la ratificación del Convenio 169 de la OIT, mediante ley n.º 1257, del 11 de julio de 1991, y la ratificación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, mediante ley n.º 3760, del 7 de noviembre de 2007. Dichas normas se desarrollaron en la Ley de Hidrocarburos, que sostiene que la consulta:

[...] Se efectuará de buena fe, con principios de veracidad, transparencia, información y oportunidad. Deberá ser realizada por las autoridades competentes del Gobierno Boliviano y con procedimientos apropiados y de acuerdo a las circunstancias y características de cada pueblo indígena, para determinar en qué medida serían afectados y con la finalidad de llegar a un acuerdo... La Consulta tiene carácter obligatorio y las decisiones resultantes del proceso de Consulta deben ser respetadas. En todos los casos, la Consulta se realizará en dos momentos:

- a) Previamente a la licitación, autorización, contratación, convocatoria y aprobación de las medidas, obras o proyectos hidrocarburíferos, siendo condición necesaria para ello; y,
- b) Previamente a la aprobación de los Estudios de Evaluación de Impacto Ambiental [...].⁶¹

Por su parte, la Ley del Régimen Electoral incongruentemente sostiene:

⁵⁹ Bolivia, Constitución Política del Estado abrogada, 1967, artículo 1.

⁶⁰ Cf. Boris Wilson Arias López: *Teoría constitucional y nueva Constitución Política del Estado*, San José: El Original, 2010.

⁶¹ Bolivia, Ley de Hidrocarburos (n.º 3058), de 17 de mayo de 2005, artículo 115, concordante con los artículos 116-121, 127-137 desarrollados por el decreto supremo 29033, de 16 de febrero de 2007, concordante con el Código de Minería (ley n.º 1777), de 17 de marzo de 1997, en su artículo 15.

La Consulta Previa es un mecanismo constitucional de democracia directa y participativa, convocada por el Estado Plurinacional de forma obligatoria con anterioridad a la toma de decisiones respecto a la realización de proyectos, obras o actividades relativas a la explotación de recursos naturales. La población involucrada participará de forma libre, previa e informada.

En el caso de la participación de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, la consulta tendrá lugar respetando sus normas y procedimientos propios.

Las conclusiones, acuerdos o decisiones tomadas en el marco de la consulta previa *no tienen carácter vinculante*, pero deberán ser considerados por las autoridades y representantes en los niveles de decisión que corresponda⁶² -aspecto último que notoriamente contraría la finalidad y esencia del derecho a la consulta previa, libre e informada-.

La Constitución del año 2009, *que no fue consultada*, establece diferentes mecanismos específicos de participación de las naciones y pueblos indígena originaria campesinos en el manejo del Estado; por ejemplo, mediante la creación de circunscripciones especiales indígena originario campesinas definidas por ley, en las cuales “no deberán ser considerados como criterios condicionales la densidad poblacional, ni la continuidad geográfica”.⁶³ Esas circunscripciones aseguran la presencia de indígena originario campesinos en la Asamblea Legislativa Plurinacional⁶⁴ o la presencia de al menos dos magistrados indígena originario campesinos en el Tribunal Constitucional Plurinacional,⁶⁵ figuras que, si bien concretan la representación indígena en instituciones decisionales, no pueden sustituir a la consulta previa, libre e informado en razón de que:

- No puede exigirse lealtad incondicionada a los magistrados indígenas, pues estos, por la naturaleza de la función que desarrollan, deben conducirse con independencia e imparcialidad.
- Los diputados elegidos en circunscripción especial indígena originario campesina pueden ser parte de partidos políticos que no necesariamente reflejen los intereses indígenas.

En materia jurisprudencial se tiene que el Tribunal Constitucional boliviano, en la sentencia constitucional 0045/2006, referida a una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley de Hidrocarburos, determinó que el Convenio 169 de la OIT integraba el denominado *bloque de constitucionalidad*, lo que significaba un gran avance. Sin embargo, declaró inconstitucional el artículo 115 de la Ley de Hidrocarburos, en la frase “o lograr el consentimiento de las comunidades y los pueblos indígenas y originarios”, sosteniendo que los hidrocarburos son del Estado, por lo que la consulta de ninguna manera podía impedir su explotación. Al respecto el Tribunal sostuvo:

⁶² Bolivia, Ley del Régimen Electoral, artículo 39.

⁶³ Bolivia, Constitución Política del Estado, 2009, artículo 147, párrafo III.

⁶⁴ Bolivia, Constitución Política del Estado, 2009, artículo 146, párrafo VII.

⁶⁵ El artículo 13, numeral 2, de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional sostiene: “Al menos dos Magistradas y Magistrados provendrán del sistema indígena originario campesino, por auto-identificación personal”.

En conclusión, lo que la norma analizada impone es una obligación al Estado para consultar la existencia de afectación a los intereses de pueblos indígenas y tribales, atendiendo las particulares circunstancias sociológicas de estos; y no que dicha consulta sea con carácter determinativo o definitivo para conseguir la aquiescencia de dichos pueblos, sin la cual no sea posible explotar los recursos del subsuelo que son propiedad del Estado, sino que más bien la norma analizada impone el deber de consultar cuál el daño que pueden sufrir sus intereses, para que sea debida y equitativamente indemnizado; por tanto, la consulta no puede ser entendida como la solicitud de una autorización, sino como un acto efectivo de consultar a los pueblos indígenas y tribales asentados en los territorios objeto de la explotación sobre la cuantificación del daño a sus intereses, que sufrirán como efecto de dicha extracción; y mucho menos puede ser entendida como una facultad para impedir la explotación de la riqueza del subsuelo que pertenece al Estado, pues por encima de los intereses de grupo de cualquier índole, se encuentra el supremo interés de la mayoría, expresado por las autoridades del Estado.⁶⁶

Dicho fallo prácticamente negó la existencia del derecho al consentimiento previo, libre e informado contenido en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y en el caso del *Pueblo Saramaka contra Surinam*, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este caso refiere a situaciones extremas de traslado de grupos indígenas fuera de sus territorios, el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en tierras indígenas, la implementación de *planes de desarrollo o de inversión a gran escala* en territorios indígenas, las actividades de extracción de recursos naturales en territorios indígenas con impactos sociales, culturales y ambientales significativos.

Posteriormente se emitió la sentencia constitucional 2003/2010-R correspondiente a un amparo constitucional, en la que se sostiene como *obiter dictum* la existencia del derecho al consentimiento previo, libre e informado. Pese a denegarse la tutela, se dispuso:

[...] EXHORTAR a los órganos del poder público e instituciones estatales al cumplimiento de las normas internacionales y constitucionales referidas a los derechos de los pueblos indígenas, específicamente:

a. Al Órgano Ejecutivo, a través de los Ministerios correspondientes, de manera coordinada a cumplir con el Informe de la Comisión Interamericana antes referido, adoptando políticas y planes integrales para la reconstitución territorial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, en especial, del pueblo Guaraní. Así mismo, a través de los mecanismos pertinentes, efectivizar el derecho a la consulta de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, de conformidad a los fundamentos de esta Sentencia”.

Por otra parte, ni la Constitución ni los reglamentos de debates de las cámaras de Diputados y Senadores de la Asamblea Legislativa Plurinacional prevén la consulta previa en el procedimiento legislativo, aunque “en el caso de la promulgación de leyes, la consulta previa debe darse antes y durante el proceso de presentación de proyectos y debate legislativo

⁶⁶ Bolivia, Tribunal Constitucional, sentencia constitucional 0045/2006.

en el seno de la Asamblea Nacional; esto incluye además la fase de sanción u objeción, en razón de que el Ejecutivo es colegislador”.⁶⁷ Para la Corte Constitucional de Colombia este “es un vicio de inconstitucionalidad que concurre con anterioridad al trámite legislativo y que se proyecta sobre el contenido material de la norma objeto de examen”.⁶⁸

Probablemente uno de los más graves conflictos recientes que muestra Bolivia en cuanto a la falta de consulta previa, libre e informada ha sido la construcción del tramo II de la carretera Villa Tunari-San Ignacio de Moxos, adjudicada por la Administradora Boliviana de Carreteras (ABC) a la empresa brasileña OAS por un monto de 415 millones de dólares financiados por el Brasil a través del Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécore (TIPNIS), ubicado entre los departamentos de Beni y Cochabamba, que posee doble categoría de protección: desde 1965 como parque nacional y desde la *Marcha por el territorio y la dignidad*, en 1990, como territorio indígena en el cual habitan los pueblos moxeño, yuracaré y chimane en 64 comunidades con una población aproximada de 6000 personas.

La determinación de la construcción de la carretera se efectuó sin consulta previa, libre e informada y provocó una marcha indígena que alegaba fundamentalmente esa falta de consulta, la afectación ecológica del lugar,⁶⁹ que se facilitaría el ingreso de las empresas madereras y de colonizadores autoidentificados como *pueblos interculturales*.⁷⁰ El gobierno, que alegaba intereses nacionales de integración, negoció con los disidentes indígenas, propuso efectuar la consulta con todo el país e intervino la marcha, para luego recién frenar el proyecto ante las protestas sociales.

6. Conclusiones

La Constitución boliviana también contiene una Constitución *cultural* y más precisamente *étnica*, considerada al momento de hacer referencia a las *naciones y pueblos indígena originario campesinos*, que garantiza a los individuos y a las colectividades el goce de su cultura,⁷¹ la cual incluye lengua, vestimenta, cosmovisión, costumbres, etc. Esa Cons-

⁶⁷ Naciones Unidas, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, S. James Anaya. *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales incluido el derecho al desarrollo*, Consejo de Derechos Humanos, Adición Informe sobre la situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en el Brasil, A/HRC/12/34/add.2, 26 de agosto de 2009, citado en “Consulta previa en el Ecuador”, en <www.cdesobserva.8xdi.com/.472-analisis-de-la-consulta-previa-libre-e-informada.html> (visitado el 10 de agosto de 2011).

⁶⁸ Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-175/09.

⁶⁹ Comprende alrededor del 40% del patrimonio biológico de Bolivia, 1700 especies de vertebrados que corresponden a casi el 50% del total del país. Citado en “El TIPNIS y la conflictividad”, en *Diariocrítico Bolivia*, <www.diariocritico.com/bolivia/2011/.analisis-tipnis-unirprint.html> (visitado el 2 de agosto de 2011).

⁷⁰ El TIPNIS nació con una extensión de 1.225.347 hectáreas que actualmente se redujeron a 1.091.656. *Ibidem*.

⁷¹ La sentencia constitucional 1091/2010-R del Tribunal Constitucional boliviano refirió al derecho a la cultura, y la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del caso *Yanomami contra Brasil* refirió al derecho a disfrutar de la propia cultura.

titución convierte al Estado en garante de la diversidad étnica y cultural, en cuyo marco la consulta previa, libre e informada llega a constituirse en un fin del Estado en la medida en que garantiza el “diálogo [...] intercultural y plurilingüe”⁷² de naciones y pueblos iguales en dignidad y merecedores del mismo respeto.

Si bien el reconocimiento de derechos colectivos a las naciones y pueblos indígena originario campesinos en la Constitución y los tratados de derechos humanos los convierte en *sujetos colectivos de derecho*, en Bolivia todavía no se ha implementado el derecho al consentimiento previo, libre e informado, y en la realidad continúa la llamada *brecha de implementación*.⁷³ Esta refiere a la distancia entre la teoría contenida en dichas normas y su efectivización mediante medios reales de garantía —relación entre el deber ser y el ser—, lo que permite que muchas veces incluso las propias acciones constitucionales se utilicen para cercenar los derechos de estas naciones y pueblos,⁷⁴ se invoquen derechos de las mayorías para menoscabarlos, e incluso se niegue la vinculatoriedad de los acuerdos celebrados.⁷⁵

Bibliografía

- ARIAS LÓPEZ, Boris Wilson: *Teoría constitucional y nueva Constitución Política del Estado*, San José: El Original, 2010.
- Bolivia, Constitución Política del Estado, 2009.
- NACIONES UNIDAS: Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por ley n.º 3760, del 7 de noviembre de 2007.
- NACIONES UNIDAS, COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL: *Observación general relativa a los pueblos indígenas*, n.º 23, CERD/C/51/Misc. 13/Rev.4, 1997.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: *Convenio 169*, aprobado en Bolivia por ley n.º 1257, del 11 de julio de 1991.
- URTEAGA CROVETTO, Patricia: “Fundamentación jurídica del derecho a la consulta y consentimiento libre, previo e informado en el marco del Convenio 169 de la OIT. El caso de Perú”, en ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/od/elotdr040/od40-patricia.pdf (visitado el 2 de agosto de 2011).
- YRIGOYEN FAJARDO, Raquel: “El derecho a la libre determinación del desarrollo, la participación, la consulta y el consentimiento”, en dolegalnexo.com.ar/files/Yrigoyen%20de%20la%20tutela%20index.pdf (visitado el 2 de agosto de 2011).

⁷² Bolivia, Constitución Política del Estado, 2009, artículo 11, numeral 2.

⁷³ Rodolfo Stavenhagen: “Los pueblos indígenas y sus derechos”, citado en redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/598/59811148012.pdf (visitado el 10 de agosto de 2011).

⁷⁴ Cf. Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional Cuarta, voto 2017-93.

⁷⁵ Cf. Bolivia, Ley del Régimen Electoral, artículo 39.

Têmis Limberger* e Jânia Maria Lopes Saldanha**

***Cibercidadania* no mundo globalizado: o desafio das novas tecnologias e a concretização dos direitos humanos nas democracias contemporâneas**

RESUMO

O presente artigo busca analisar a mudança que se operou no conceito da cidadania, a partir da globalização. Para tanto, traça-se um breve panorama histórico acerca das mudanças jurídicas que ocorreram, após a 2ª Guerra Mundial para contextualizar a atual concepção de cidadania eletrônica, também denominada *cibercidadania*. Sob essa perspectiva, verifica-se que a divulgação eletrônica dos gastos públicos compõem o alicerce de uma Administração Pública transparente. A internet pode desempenhar um papel importante para exercício da cidadania, e, portanto, de democratização das relações. Após, desenvolve-se a temática do princípio da transparência – conjugação entre os princípios da publicidade e o democrático – como possibilidade de exercer o controle social sobre os atos de gestão pública. Assim, confere-se às novas tecnologias a possibilidade de atuarem no combate à corrupção, viabilizando a aplicação correta do dinheiro público e, por conseguinte, concretizando os direitos sociais.

Palavras-chave: globalização econômica, cibercidadania, direito à informação, responsabilidade do Estado, direitos humanos, Estado democrático de direito, Brasil.

ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Beitrag beabsichtigt eine Analyse der Veränderung des Staatsbürgerschaftskonzepts unter dem Einfluss der Globalisierung. Dazu werden in einem kurzen historischen Abriss zunächst die rechtlichen Veränderungen nach dem Zweiten Weltkrieg vorgestellt, um die auch unter der Bezeichnung *digital citizenship* bekannte aktuelle Konzeption der elektronischen Staatsbürgerschaft zu kontextualisieren. Aus dieser Perspektive lässt sich feststellen, dass die elektronische Verbreitung der öffentlichen Ausgaben die

* Doutora em Direito pela Universidade Pompeu Fabra em Barcelona, Mestre pela UFRGS, Professora do PPG em Direito unisinos e Procuradora de Justiça do MP/RS. <temis@via-rs.net>

** Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestre em Integração Latino-Americana pela UFSM. Professora do PPG em Direito UNISINOS. Professora do Curso de Direito UFSM. Advogada. <janiasaldanha@gmail.com>

Grundlage einer transparenten öffentlichen Verwaltung bildet. Das Internet kann eine bedeutende Rolle bei der Ausübung der Staatsbürgerschaft und damit auch bei der Demokratisierung der Beziehungen spielen. Anschließend wird auf das Transparenzprinzip – das Zusammenspiel von Öffentlichkeits – und Demokratieprinzip – als Möglichkeit zur Ausübung der gesellschaftlichen Kontrolle von öffentlichen Verwaltungsakten eingegangen. Dabei können die neuen Technologien bei der Korruptionsbekämpfung zum Einsatz kommen und somit die korrekte Verwendung öffentlicher Mittel und damit auch die Konkretisierung sozialer Rechte gewährleisten.

Schlagwörter: Wirtschaftliche Globalisierung, *Cyber Citizenship*, Recht auf Information, Verantwortung des Staates, Menschenrechte, demokratischer Rechtsstaat, Brasilien.

ABSTRACT

This article seeks to analyze the changes that occurred in the concept of citizenship as a consequence of globalization. To this end, we make a brief historical overview of the legal changes that occurred after World War II as a context for the current concept of electronic or cyber citizenship. From this perspective, it appears that the electronic disclosure of public spending constitutes the foundation of transparent public administration. The Internet can play an important role in the exercise of citizenship, and therefore, in the democratization of relations. We then study the principle of transparency – an interplay between the principles of publicity and democracy – as an opportunity for exercising social control over public administration. Thus, we understand that new technologies can play an important role in the fight against corruption, enabling the correct allocation of public funds and therefore the fulfillment of social rights.

Keywords: economic globalization, cyber citizenship, right to information, responsibility of the State, human rights, democratic rule of law, Brazil.

1. Introdução

“Somente uma cidadania democrática, que não se encerre no particularismo poderá encontrar caminho rumo a uma cidadania mundial. [...] A cidadania estatal e a mundial aproximam-se visivelmente”, no dizer de Habermas.¹ O conceito de cidadania que era vinculado ao Estado-nação se modificou com o mundo globalizado e precisa ser revisito, para democratizar os direitos humanos. Os acontecimentos transcendem as fronteiras dos países e os fenômenos não ocorrem mais isoladamente, porém globalmente. As crises políticas e econômicas não atingem somente um país, mas repercutem mundialmente. Neste contexto, os meios eletrônicos, que transmitem a velocidade nunca antes conhecida pela história da humanidade, podem cumprir um papel importante, qual seja: a democratização. A internet pode ser utilizada para compras e operações bancárias,

¹ Jürgen Habermas: *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge: Polity, 1996.

configurando relações de consumidores, ou para denunciar importantes violações de direitos humanos, como ocorreu recentemente no mundo árabe. Vejam-se, a propósito, os acontecimentos em países como Egito, Tunísia, Iêmen, Jordânia e Argélia.²

Outra possibilidade é o compartilhamento de informação de uma maneira crítica e praticamente sem custo, como com a questão da morte do Bin Laden,³ em que, o falecimento proferido pelos Estados Unidos, foi imediatamente contestado como uma imensa montagem logo após o seu anúncio. Deste modo, os acontecimentos divulgados pela imprensa oficial puderam rapidamente ser contestados na rede mundial.

Outro exemplo que pode ser citado é o movimento conhecido como “Indignados”,⁴ que iniciou na Espanha e se propagou por diversos países, sem que por trás estivesse algum partido político, movimento sindical ou associativo. Foi por meio da internet que a juventude se organizou pacificamente. Protestaram contra o modelo político europeu existente, que, por vezes, é indiferente, não respeitando a pauta dos direitos humanos. Por estas razões, as políticas governamentais têm conduzido a altas taxas de desemprego, principalmente entre os mais jovens.

Quando a Internet surgiu, a lista de *web sites* mais populares era liderada pelos domínios “.edu”. Com o passar dos tempos, os endereços eletrônicos comerciais foram os que mais cresceram. Em 2000, havia cerca de 25.000.000 de sites “.com”, que resultava muito mais significativo que os 6.000.000 de sites “.edu”; e, por último, um número inferior a 800.000 de consultas aos sites “.gov”.⁵

O conceito de cidadão é completamente distinto do de consumidor. Em países com a economia emergente como o Brasil, é muito festejado o ingresso de cerca de 19 milhões de brasileiros, que ascenderam da classe D à classe C, que passou a ser a maior do país, com 101 milhões de pessoas, representando 53 % da população. Isto não significa que sejam cidadãos na complexidade do termo, qual seja: acesso à educação, cultura e saúde. O Brasil possui cerca de 190.000.000 de habitantes,⁶ dos quais metade integram a classe C (num abecedário de A a E), aí estando a relação dos mais abastados aos excluídos sociais. Estes números, porém, conduzem a um aumento de renda, sem que se traduza na efetividade de direitos humanos como saúde e educação. Considerando-se a saúde preventiva – saneamento básico – tem-se que 32,9 % da população não têm acesso ao saneamento básico e 11,6 % utilizam a fossa séptica. Apenas 55,4 % dos domicílios estão ligados

² As manifestações que levaram a população de países árabes às ruas contra regimes autoritários tiveram destaque na rede mundial de computadores. Para deter as manifestações, o Governo do Egito derrubou a internet, cortou a telefonia celular e ocupou estações de rádio e TV, decretando toque de recolher. Não adiantou. Os protestos continuaram e repercutiram ainda mais pelo mundo virtual. Extraído de: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/o,EMI206605-15227,00-O+GRITO+ARABE+PELA+DEMOCRACIA.html>> (10/8/2011).

³ Agências de notícias do mundo inteiro manifestaram-se no sentido de que a foto publicada com a face de Bin Laden seria uma farsa. Extraído de: <<http://juizofinal.wordpress.com/2011/05/02/morte-de-osama-bin-laden-mais-uma-farsa-da-elite-global-entenda>> (10/8/2011).

⁴ Stéphane Hessel: *¡Indignaos! Un alegato contra la indiferencia y a favor de la insurrección pacífica*, Barcelona: Destino, 2011.

⁵ Cass R. Sunstein: *República.com. Internet, democracia y libertad*, Barcelona: Paidós Ibérica, 2003, p. 116.

⁶ Extraído de: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default.shtm>> (9/8/2011).

à rede de esgoto.⁷ Com relação à educação, os números não são melhores. Denominados analfabetos funcionais,⁸ que assinam o nome mas não compreendem um texto. A educação vem se ampliando sob o aspecto quantitativo, mas perdendo em qualidade.

Daí se pode extrair que globalização da economia não significa globalização dos direitos. Há um caminho a ser trilhado para a efetividade dos direitos humanos num contexto democrático. Desta maneira, é importante que as novas tecnologias sirvam para transparência dos gastos públicos, a fim de que direitos sociais possam ser concretizados.

A imprensa veicula constantemente novos escândalos que relatam enormes quantias de dinheiro público que são desviadas nas mais diversas Instituições. Todos os episódios têm em comum, no mínimo, dois aspectos: o fato de haver o desvio de vultosas verbas públicas que não têm o emprego adequado com a finalidade pública que lhe era imposta, e, recentemente, valer-se das novas tecnologias como forma da resolução do problema, a partir da divulgação das informações por meio eletrônico.

Despiciendo dizer que estas quantias apropriadas indevidamente pertencem ao contribuinte, que em última análise representa o dinheiro de todos nós, cidadãos. A corrupção assola diversos países, porém em alguns países estes níveis são mais elevados. A sanção não dá conta de coibir todas as condutas de ilícito.⁹ Por isso, a prevenção representa um aspecto importante. A corrupção é um problema em todos os países, porém naqueles de modernidade tardia¹⁰ a situação se agrava ainda mais, porque ainda não se alcançou um nível adequado e homogêneo com relação a direitos que são prioritários como: educação, saúde, moradia e previdência. Assim, a malversação de enormes quantias monetárias compromete o investimento na implementação dos direitos sociais, pois os serviços não são realizados ou têm um nível insatisfatório de prestação. Esses episódios repercutem socialmente e são nefastos, uma vez que sangram os cofres públicos e comprometem o investimento em demandas prioritárias, causando um descrédito nas instituições públicas. O único aspecto positivo que deve ser ressaltado é a divulgação do fato, visando à tomada de providências.

No Brasil, após os escândalos, percebe-se algo que é sempre apontado como fator para restabelecer a moralidade pública: a divulgação das contas pela Internet. Depois da notícia do caixa dois das campanhas políticas, agora os candidatos são obrigados a

⁷ Extraído de: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/908789-brasil-ainda-sofre-com-falta-de-saneamento-basico-aponta-ibge.shtml>> (9/8/2011).

⁸ A UNESCO define analfabeto funcional como toda pessoa que sabe escrever seu próprio nome, assim como lê e escreve frases simples, efetua cálculos básicos, porém é incapaz de interpretar o que lê e de usar a leitura e a escrita em atividades cotidianas, impossibilitando seu desenvolvimento pessoal e profissional. Ou seja, o analfabeto funcional não consegue extrair o sentido das palavras, colocar ideias no papel por meio da escrita, nem fazer operações matemáticas mais elaboradas. [...] No Brasil, 75 % das pessoas entre 15 e 64 anos não conseguem ler, escrever e calcular plenamente. Esse número inclui os 68 % considerados analfabetos funcionais e os 7 % considerados analfabetos absolutos, sem qualquer habilidade de leitura ou escrita. Apenas 1 entre 4 brasileiros consegue ler, escrever e utilizar essas habilidades para continuar aprendendo. Extraído de: <<http://www.planetaeducacao.com.br/portal/artigo.asp?artigo=700>> (9/8/2011).

⁹ Nicolás Rodríguez García; Eduardo A. Fabián Caparrós: *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinario*, Salamanca: Ratio Legis, 2004, p. 25.

¹⁰ Lenio Streck: *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 122.

apresentar a declaração dos valores recebidos, para que seja possível a fiscalização pelo eleitor da movimentação financeira dos candidatos, por meio do site do Tribunal Superior Eleitoral. Da mesma forma, após problemas de apropriações indevidas em licitações, a alternativa que se apresenta é o pregão eletrônico, para que todo o cidadão possa ter acesso a essa informação.

Os municípios brasileiros, diante do modelo federativo do contexto constitucional de 1988, foram brindados com atribuições em áreas prioritárias para o desenvolvimento do país, como saúde e educação, sem que lhes fosse concedida a contrapartida na receita tributária. Isto leva a um descompasso entre as tarefas que deverão ser realizadas e a (in) capacidade financeira.

Visando equilibrar os gastos com a despesa de pessoal, a Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF – estabeleceu limitadores de gastos com relação aos entes federativos. A lei inovou, também, ao estatuir que houvesse transparência nas contas públicas, isto é: a divulgação pelos meios eletrônicos dos relatórios de gestão fiscal. A informação é básica quando se trata de poder gerenciar recursos visando a efetivar os direitos sociais.

O direito de informar e de ser informado é eixo central no Estado democrático de direito. O Tribunal de Contas do Estado disponibiliza os balanços das prefeituras, apresentando as contas municipais disponíveis em meio eletrônico. A LRF, em seus artigos 48 e 49, aponta o orçamento e a lei de diretrizes orçamentárias como sendo peças necessárias à divulgação da população. As contas deixam de ser uma caixa preta com números facilmente manipuláveis, em que se deslocam verbas de um setor para outro, e são publicadas ao cidadão para que este possa acompanhar as movimentações financeiras, uma vez que ele é o destinatário do uso dos recursos públicos. Ora, desde já se constata um elemento comum, que é a disponibilidade da informação por meio eletrônico.

Percebe-se, contudo, que a qualidade da informação deve ser avaliada. Além de simplesmente divulgar números da execução orçamentária, é necessário que os *sites* contenham informações que expliquem esses dados administrativos. Nesse sentido, a ONG Contas Abertas publicou a primeira edição do Índice de Transparência. O índice, que objetiva incentivar a competição por maior transparência administrativa entre os Estados e municípios com mais de 100 mil habitantes, examina desde a frequência das atualizações até a facilidade de interação com o internauta. Constata-se que a informação, por vezes, está disponível, mas não esclarece o cidadão a respeito dos dados da gestão fiscal.¹¹ Por isso, é importante a iniciativa do setor público, no sentido de conferir acessibilidade às informações. Recentemente, o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul dedicou uma área em seu site para explicitar os gastos em educação que os municípios realizam.¹²

¹¹ Lista das Contas Abertas. *Zero Hora*, Porto Alegre, 15/07/2010. Política. p.14.

¹² A consulta é realizada com base nos gastos de cada Município na Função Educação, com destaque para as suas Subfunções típicas, nos termos da Portaria MOG nº 42, de 14 de abril de 1999. Os valores apresentados correspondem ao total da despesa liquidada no exercício, ou seja, foram considerados os valores liquidados no exercício consultado, independentemente do exercício em que as despesas foram empenhadas. Destaca-se que as informações apresentadas, com exceção das que constam na aba “MDE”, são oriundas do Sistema de Informações para Auditoria e Prestação de Contas - SIAPC e não foram analisadas pelo TCE, sendo, assim, de responsabilidade exclusiva de cada Entidade. Extraído de: <<http://www1.tce.rs.gov.br/aplicprod/f?p=20000:61:268164463974660::9/8/2011>>.

Deste modo, percebe-se que a informação se torna acessível à sociedade e, portanto, mais democrática. Assim, diante da clássica pergunta da ciência política: quem controla o controlador?, pode-se responder da seguinte forma: o indivíduo, por meio da divulgação eletrônica das contas públicas, encontra um novo espaço para o exercício da cidadania.

2. A importância da informação na sociedade tecnológica

A história da humanidade experimentou importantes mudanças devido a algumas descobertas que permitiram o desenvolvimento da civilização. Uma das primeiras a serem consideradas é a escrita, que propiciou às pessoas evoluir de uma comunicação oral a uma comunicação gráfica. Com o advento da escrita, a informação pôde ser guardada e levada a outros lugares, bem como ser armazenada para outras gerações.

Outra conquista significativa na matéria de possibilidades de interação foi a descoberta da máquina a vapor, que significou o nascimento da indústria, do trem e da eletricidade. Uma das consequências que daí advêm para o século xx foi a popularização dos livros, devido à diminuição dos custos, e da imprensa.

Atualmente, o acesso de um maior número de pessoas à informática representa um avanço para a comunicação, uma vez que o computador não é somente uma máquina, com seu aspecto tecnológico de última geração, mas também leva consigo a possibilidade de transmitir a informação de uma forma muito veloz. Hoje em dia os computadores não estão mais isolados, mas interligados em redes, em conexão com outros computadores. Isso faz com que seus efeitos saiam de um âmbito restrito e sejam transmitidos globalmente e com uma velocidade ímpar, combinando os fatores de tempo e espaço.

A telemática, diferentemente da eletricidade, não transmite uma corrente inerte, mas veicula informação, e, quando corretamente utilizada, significa poder.¹³ Pode-se dizer que isso apresenta dois lados: primeiramente, uma vantagem propiciada pela informática, no sentido de armazenar o conhecimento e transmiti-lo de uma maneira veloz. Por outro lado, há o risco de que as liberdades sejam violadas, e tal possibilidade exige a intervenção do poder público, como forma de proteção dos indivíduos.

Uma das características do mundo contemporâneo, destaca Frosini,¹⁴ é a produção, a circulação e o consumo de informação, que, por suas dimensões, não encontra precedentes em outras épocas. Esse autor assevera que a história da informação humana passa por quatro fases.¹⁵ A primeira é caracterizada pela comunicação oral dos povos primitivos.

¹³ Conforme Simon Nora; Alain Minc: *Informe Nora-Minc - La informatización de la sociedad*, Madri: [s. n.], 1982. p. 18. (Colección Popular).

¹⁴ Vittorio Frosini: "Diritto alla riservatezza e calcolatori elettronici", em Guido Alpa e Mario Bessone: *Banche dati telematica e diritti della persona*, QDC, Padova: Cedam, 1984. p.30.

¹⁵ Vittorio Frosini: *Cibernética, Derecho y Sociedad*, Madri: Tecnos, 1982. p. 173 *et seq.* Neste livro, ao tratar dos problemas jurídicos do desenvolvimento da informática e da informação, o autor aponta fases na história da comunicação. Uma primeira seria a palavra oral, a linguagem fonética, em caráter complementar aos gestos. Uma segunda surge com a palavra escrita. Em terceiro lugar, a linguagem matemática, que se complementa com a eletrônica, como um conjunto de sinais simbólicos de palavras e símbolos, por meio das máquinas, configurando-se uma linguagem artificial. A informática representa uma conquista que permite a multiplicação de conhecimento por meio do desenvolvimento científico

A segunda surge com o alfabeto, que permite a transmissão do conhecimento para outras gerações. A terceira é marcada pela imprensa, que possibilita que a informação seja difundida mais rapidamente a um grande número de pessoas. Já a quarta ocorre com os meios de comunicação de massa, como o rádio, o cinema, a televisão e os computadores.

Todos esses aparelhos modernos hoje integram a nossa vida cotidiana e caracterizam a denominada sociedade de massa, de onde surge o direito à informação, que apresenta um duplo aspecto: informar e ser informado.

O progresso tecnológico e o direito à informação vão trazer implicações no mundo jurídico em muitos aspectos; *in casu*, o uso das novas tecnologias vai propiciar uma maneira diferente de publicizar os atos da administração, tornando-os mais acessíveis à população.

3. Transformações do Estado: a denominada fuga do direito administrativo em direção ao direito privado

Após a 2ª Guerra Mundial, os Estados começaram a promover um ajuste fiscal por meio do corte de serviços públicos até então prestados. Consequentemente, muitas tarefas que eram realizadas pelo setor público passaram a ser desempenhadas pelo setor privado. Deste modo, todo o direito administrativo que tinha se desenvolvido a partir da noção de serviço público, no século XIX, apresenta uma mudança súbita de perfil, sem que novos mecanismos eficientes de fiscalização tenham sido criados. É o que Fritz Fleiner¹⁶ denominou uma fuga do direito administrativo em direção ao direito privado.

Deste modo, saúde, educação, segurança e previdência – somente para citar algumas áreas prioritárias em termos de prestação social – são desempenhadas pela iniciativa privada. Ressalte-se, porém, que o setor que é passado à iniciativa privada é o que apresenta a possibilidade de lucro, enquanto que os setores deficitários são desempenhados pelo setor público. Somente para exemplificar: no setor da saúde no Brasil, 74,2 % dos brasileiros são usuários do SUS.¹⁷ Deste modo, as pessoas mais necessitadas têm de fazer uso do sistema de saúde pública, enquanto a fatia de 25,8 % que tem condições de pagar recorre a um plano de saúde particular. Assim, é falacioso o argumento de que a iniciativa privada se interessa pela prestação do serviço; o que deseja, em realidade, é o serviço com o qual pode auferir lucro, não se interessando com os demais setores que mais necessitam da prestação, mas que não têm condições de pagá-la. Tal fenômeno se repete com relação às

e social. Tal conhecimento conduz a uma nova forma de poder. O fenômeno do desenvolvimento da informática é comparável com a civilização antes e depois da escrita.

¹⁶ Fritz Fleiner: *Institutionem des Verwaltungsrechts*, 8ª ed., 1928, p. 326, *apud* Puigpelat: *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, Madri: Civitas, 2004, p. 158.

¹⁷ De acordo com a pesquisa mundial sobre saúde, desenvolvida pela OMS e coordenada no país pelo Centro de Informação Científica Tecnológica (CICT) da Fiocruz, em estudo que avalia os sistemas de saúde de 71 nações, consigna que os brasileiros dispõem em média 19 % da renda domiciliar mensal com saúde, da parcela da população (25,8 %) que tem acesso aos planos de saúde privados, enquanto a maioria (74,2 %) conta com os serviços do Sistema Único de Saúde – SUS. Disponível em: <<http://www.ministeriodasaude.gov.br>> (25/11/2004).

demais áreas; veja-se a segurança: enquanto o Estado fica com a tarefa árdua da segurança pública em geral, muitas empresas hoje lucram com a vigilância privada, venda de equipamentos de segurança, tais como cerca elétrica, alarmes, etc. Isso faz com que o cidadão gaste enormes quantias com estes utensílios para adquirir uma sensação de segurança, e na maioria das vezes a criminalidade se sofisticada, pois, ao invés de voltar a violência contra o patrimônio, direciona-a contra a pessoa.

A submissão parcial ao direito privado de administrações encarregadas de funções tipicamente administrativas tem por finalidade liberá-la de rígidos procedimentos administrativos de contratação, de gestão patrimonial, de controle dos gastos e seleção de pessoal, propiciando, assim, uma atuação supostamente mais eficiente. Tal argumento também é falacioso, pois quando se conhece o regime dos funcionários públicos se sabe que aí não estão os super-salários, mas que eles decorrem de servidores fora do quadro que acumulam inúmeras vantagens e benefícios.

4. O redimensionamento dos controles clássicos do Estado e a denominada cidadania eletrônica ou *cibercidadania*

Neste contexto, os típicos elementos do Estado:¹⁸ povo, território e poder (soberano), não subsistem. A Internet muda o clássico conceito de território, permitindo que as limitações geográficas sejam superadas no *cíber* espaço. A noção de soberania também perde sua importância, diante da economia globalizada e dos tratados internacionais.

Pode-se, então, revelar as bases de uma nova concepção de cidadania, que não estará fundada no pertencimento exclusivo a uma comunidade territorial, senão em normas e princípios gerais que podem considerar-se e utilizar-se em diversos âmbitos; no dizer de Held,¹⁹ uma cidadania em múltiplos níveis. Para que muitas das formas de poder atuais se façam responsáveis e muitos dos complexos problemas que afetam aos cidadãos nos âmbitos local, regional, nacional e global se regulem democraticamente, as pessoas devem ter acesso a diversas comunidades políticas e pertencer a elas.

Nesta linha, merecem ser apontados novos mecanismos de controle. A democracia participativa decorre do Estado democrático de direito, que a partir do art. 1º da CF permite uma participação mais direta dos cidadãos nas estruturas de poder.²⁰ Como consequência, alguns mecanismos são, desde logo, instituídos: os mecanismos do art. 14 da CF (plebiscito, referendo e iniciativa popular); caráter democrático da gestão da seguridade social, art. 194, VII, da CF; participação da comunidade nas diretrizes do sistema único de saúde, art. 198, III, da CF; participação da população no controle das ações de assistência social e gestão democrática do ensino público, art. 206, VI, da CF.

¹⁸ Georg Jellinek: *Teoría General del Estado*, 2. ed. [reimpr. de la segunda edición alemana (1905) editada por el Editorial Albatros en el año 1954), Buenos Aires: Julio César Faira Ed., 2005, pp. 495-625.

¹⁹ David Held: *Un pacto global*, Madri: Santillana, 2005, p. 152.

²⁰ Sobre o tema da participação política vide Diogo de Figueiredo Moreira Neto: *Direito da participação política legislativa, administrativa, judicial (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade)*, Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

Visando estabelecer o equilíbrio das contas públicas brasileiras, a Lei de Responsabilidade Fiscal veio disciplinar os gastos do administrador público e, ainda, divulgar a ideia de transparência na gestão fiscal, como forma de conferir efetividade ao princípio da publicidade, norteador da administração pública. Há a conjugação dos princípios da participação popular e publicidade, podendo ser denominado controle social.²¹

Contextualizando a problemática, uma das características da sociedade da informação é a tecnologia, que propicia a transmissão do conhecimento para muitos lugares e de uma maneira muito célere. As administrações públicas são detentoras de um grande número de dados;²² necessário, portanto, que dentro de critérios legais, esta informação seja acessível à população. Por isso, com muita propriedade Pérez Luño²³ afirma que as relações de cidadania e dos entes públicos sofreram uma profunda transformação devido às novas tecnologias da informação e comunicação; por isso o conceito de cidadania reclama uma redefinição.

A Lei de Responsabilidade Fiscal se pauta pela transparência como norteadora do direito financeiro. Os artigos 48²⁴ e 49 compõem o capítulo da transparência, controle e fiscalização da gestão fiscal. A inspiração do texto legal foi concebida a partir da noção de *accountability*,²⁵ do direito anglo-saxão. A experiência de direito comparado²⁶ aponta no sentido de que os países com informação mais transparente são os que apresentam menores índices de corrupção. Deste modo, valendo-se dos mecanismos de divulgação eletrônica os dados estarão disponíveis à população. “A busca pela transparência é a busca pela legitimidade.” Assim, o reforço na legitimação democrática da administração veio, principalmente, da crescente descentralização político-administrativa e da importância que nos últimos anos adquiriram a publicidade dos atos administrativos e a participação dos cidadãos na atuação da administração. Os objetivos perseguidos pela lei de responsabilidade fiscal são: reduzir a dívida pública, adotar uma política tributária nacional, preservar o patrimônio público e promover a transparência da gestão fiscal.

²¹ Juarez Freitas: “O princípio da democracia e o controle do orçamento público brasileiro” em *Revista de Interesse Público*, v. 4, N. Esp, Porto Alegre, 2002. p. 11-23.

²² Emilio Guichot: *Datos personales y Administración Pública*, Navarra: Aranzadi, 2005.

²³ Antonio-Enrique Pérez Luño: *¿Ciberciudadanía@ o Ciudadanía@.com?* Barcelona: Gedisa, 2004. p. 11.

²⁴ João Henrique Pederiva: “Accountability, Constituição e contabilidade”, em *Revista de Informação Legislativa*, v. 140, Brasília, 1998. p. 18.

²⁵ A Finlândia é um dos países com menor índice de corrupção do mundo. Em um estudo realizado pela organização não governamental Transparency Internacional, foram analisados 159 países em 2005. Os países são classificados numa escala de zero a dez. Quanto menor a nota recebida, maior é o índice de corrupção. Desta forma, a Finlândia ficou em 2º lugar (9.6) e o Brasil em 63º (3.7), Disponível em: <<http://www.transparency.org>> (24/4/2006). Neste país muita informação está disponível na Internet. Até mesmo os dados fiscais não são considerados privados, mas de interesse público; assim é possível a consulta por todos os cidadãos, segundo conferência proferida por Ahti Saarenpää no dia 7 set. 2004, das 11h35min. às 12h05min. (Ahti Saarenpää: “From the Information Society to the legal Network Society, ID-card and electronic services” em *X Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática*, Santiago do Chile, 6-9/9/2004).

²⁶ Exemplificativamente, há mais linhas telefônicas na ilha de Manhattan (Nova Iorque) que em todo o continente africano. Na época, sem a linha telefônica não era possível acessar a Internet. Pérez Luño, p. 91, apud Ramonet I: “¡Nos han robado una esperanza!”, em: “Internet, ¿un bien o una maldición?”, *El País Digital – Debates*, 25/2/1997.

Um dos grandes objetivos das democracias da atualidade é possibilitar uma rede de comunicação direta entre a administração e os administrados, que resulte em um aprofundamento democrático e em uma maior transparência e eficiência da atividade administrativa.

Constitui-se em um desafio, porque muitos dos cidadãos não têm acesso à internet,²⁷ ou os que têm não se interessam em buscar a informação disponível. Por isso, Pérez Luño²⁸ assinala a importância do exercício de uma cidadania eletrônica, ou cibercidadania, responsável e eticamente comprometida com a utilização das novas tecnologias que trabalhe para a construção de uma sociedade mais solidária, justa e democrática. Neste contexto, as novas tecnologias podem exercer um papel fundamental na democratização da informação.

5. A transparência como decorrência do princípio da publicidade e do direito à informação relacionada ao princípio democrático

A discussão de esfera pública e privada é algo que remonta à Antiguidade, com as especificidades próprias.²⁹ O Digesto³⁰ inicia explicando que existem duas posições no estudo da justiça e do direito: a do público e do privado, afirmando que direito público é o que diz respeito ao estado da república, e o direito privado o que diz respeito aos particulares e estatui a respeito das coisas com utilidades pública e/ou particular (Digesto, 1,1,1). Nesta perspectiva, esta diferenciação tem como objetivo estatuir a supremacia do público com relação ao privado (Digesto, 2,14,32).

Para os gregos, o vocábulo utilizado para expressar o privado é *ídiôn*,³¹ em contraste com *koinón*, que designava o elemento comum. O primeiro vocábulo designa uma existência incompleta e imperfeita com relação à comunidade. Daí deriva o vocábulo *idiótes*,³² que se referia a um homem vulgar, ignorante e sem valor, que somente se interessava por si mesmo. Neste sentido pejorativo, a palavra idiota³³ permaneceu entre nós para expressar uma pessoa pouco inteligente, ignorante, estúpida, sendo que a associação com a preocupação individual desapareceu.

Da lição dos povos antigos pode-se extrair que a *res publica*, de longa data, traz em si a noção de que a esfera pública deve publicizar os seus atos. Desta ideia conclui-se a importância de o cidadão informar-se. Como decorrência, tem-se a in-formação como

²⁷ Antonio-Enrique Pérez Luño: *¿Cibercidadanía@ o ciudadanía.com?* Barcelona: Gedisa, 2004. p.101.

²⁸ Giovanni Sartori: *Teoria democracia*, vol.2, 1ª reimp. da 1ª ed., Madri: Alianza Ed, 1997. p. 363. No sentido que a liberdade dos antigos é diferente da liberdade dos modernos.

²⁹ Celso Lafer: *A reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, São Paulo: Cia das Letras, 1988. p. 243.

³⁰ Giovanni Sartori, o. cit., p. 353.

³¹ José Pedro Machado: *Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa*, vol. III, 8ª ed., Lisboa: Livros Horizonte, 2003, p. 258. A etimologia de Idiota, do grego “*idiótes*, particular, em oposição a rei, homem público, homem de estado, [...]”.

³² Aurélio Buarque de Holanda Ferreira: *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 21ª reimp. da 2ª ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 914.

³³ Hannah Arendt: *A condição humana*, 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 59.

elemento formador da opinião pública. Quando esta não ocorre, há a des-informação e o não cumprimento do princípio democrático.

Hannah Arendt,³⁴ ao discutir a esfera do público, inicia reconhecendo que o termo público designa dois fenômenos relacionados: a) o de tudo aquilo que vem a público e pode ser visto e ouvido por todos; e b) o mundo comum a todos, que para ela não se reduz à natureza, mas ressalta o artefato humano, constituído por coisas criadas que se inserem entre a natureza dos homens, unindo-os e separando-os num *habitat* humano. O primeiro significado é o que compõe a transparência; extrai-se, então, a consequência de que a esfera pública, comum a todos, deve vir a público, isto é: ao conhecimento de todos.

Norberto Bobbio,³⁵ ao tratar das relações da democracia com o poder invisível, estatui que a publicidade é entendida como uma categoria tipicamente iluminista na medida em que representa um dos aspectos da batalha de quem se considera chamado a derrotar o reino das trevas. Utiliza-se, por isso, da metáfora da luz, do clareamento, para contrastar o poder visível do invisível. A visibilidade vai fornecer a acessibilidade e a possibilidade de controle dos atos públicos. Daí se origina a polêmica do iluminismo contra o Estado absoluto, a exigência da publicidade com relação aos atos do monarca fundados no poder divino. O triunfo dos iluministas tem como resultado o art. 15 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão,³⁶ que prevê o direito da sociedade de pedir contas a todo o agente público incumbido da administração. Este direito evolui e vem consolidado na Carta dos direitos fundamentais da União Europeia,³⁷ que no art. 41 prevê o direito a uma boa administração.

Quem contribuiu para esclarecer o nexos entre opinião pública e publicidade do poder foi Kant,³⁸ que pode ser considerado o ponto de partida de todo o discurso sobre a necessidade da visibilidade do poder. No segundo Apêndice à Paz Perpétua, intitulado “Do acordo entre a política e a moral segundo o conceito transcendental de direito público”, Kant estatui o seguinte princípio: “Todas as ações relativas ao direito de outros homens, cuja máxima não é suscetível de se tornar pública, são injustas”. Kant³⁹ pretende, a partir deste enunciado, garantir a uniformidade da política e da moral mediante a publicidade.

Bobbio⁴⁰ pergunta: o que se constitui em um escândalo, quando este nasce? Para responder que o momento em que nasce o escândalo é o momento em que se torna público um ato ou uma série de atos mantidos em segredo ou ocultos, na medida em que poderiam ser tornados públicos, pois, caso o fossem, não poderiam ser concretizados. Nenhuma administração confiaria um cargo a um servidor que fosse praticar o crime de peculato, concussão, etc.

³⁴ Norberto Bobbio: *O futuro da democracia*, 7ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 103.

³⁵ Stéphane Rials: *Que sais-je? Textes constitutionnels français*, 11e édition, Paris: Presses Universitaires de France, 1995, p. 5.

³⁶ Disponível em <<http://www.european-convention.eu.in/>> (31/8/2006).

³⁷ Kant *apud* Bobbio, o. cit., p. 103.

³⁸ Kant *apud* Rudolf Smend: *Constitución y derecho constitucional*, Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, p. 277. No capítulo V, Smend discorre “sobre el problema de lo público y la cosa pública”.

³⁹ Bobbio, o. cit., p. 105.

⁴⁰ Ignacio Villaverde Menéndez: *Estado democrático e información: El derecho a ser informado y la Constitución Española de 1978*, Junta General del Principado de Asturias: Oviedo, 1994, pp. 33-35.

Assim, o que distingue o poder democrático do poder autocrático é que apenas o primeiro, por meio da livre crítica, pode desenvolver em si mesmo os anticorpos e permitir formas de desocultamento. A democracia como poder visível, que permite ao cidadão o controle por parte de quem detém o poder.

A informação possui uma nota distinta no Estado democrático de direito, se comparado ao modelo liberal. Para este último, é uma consequência política do exercício de certas liberdades individuais. Nos Estados democráticos, a livre discussão é um componente jurídico prévio à tomada de decisão que afeta à coletividade e é imprescindível para sua legitimação. Por isso, para Ignácio Villaverde Menéndez⁴¹ no Estado democrático a informação é credora de uma atenção particular por sua importância na participação do cidadão no controle e na crítica dos assuntos públicos. Não se protege somente a difusão, como sucedia no Estado liberal, mas se assegura a própria informação, porque o processo de comunicação é essencial à democracia. O ordenamento jurídico no Estado democrático se assenta no princípio geral da publicidade, devendo o sigilo ser excepcional e justificado. Esse preceito é extraído com base no princípio da publicidade e do direito a ser informado do cidadão.

O enunciado proferido pela Lei de Responsabilidade Fiscal não é de publicidade, mas de transparência. A partir daí pode-se perguntar o fundamento da transparência. A primeira tentação a que se submete o jurista é no sentido de dizer que se trata de um novo princípio. Porém, a Constituição, em seu art. 37, “caput”, não foi econômica ao enunciar os princípios que regem a administração pública. Ao contrário: poder-se-ia dizer que foi minudente. Embora a transparência não seja expressa dentre os princípios que regem a administração pública, pode-se extrair a partir dos já enunciados. Desta forma, a transparência demonstra ser uma integração do princípio da publicidade conjugado com o direito à informação (art. 5º, XXXIII) e o princípio democrático. A publicidade visa, por meio da divulgação do fato, assegurar que o ato foi praticado de acordo com a legalidade, moralidade e os demais preceitos que regem a administração. A publicidade dos atos emanados do Estado faz-se, ainda, tradicionalmente nos diários oficiais do Estado, com destinatários muito específicos, e à grande maioria de pessoas é algo estranho e pouco atrativo. Deste modo, os dados veiculados pelos órgãos públicos por meio eletrônico fazem com que não apenas os agentes que trabalham na burocracia do Estado, mas muitos outros cidadãos, se interessem por acessar o conteúdo da informação.

Da publicidade e da informação decorre uma forma de o cidadão poder controlar os atos emanados do Estado, e aí reside, também, a participação popular. No dizer de Diogo,⁴² a publicidade “é um instituto polivalente da participação política, de amplo espectro subjetivo, pois se estende a toda a sociedade, visando tanto à legalidade quanto à legitimidade, mediante a qual, pela divulgação dos atos do poder público se reconhece o direito ao conhecimento formal ou informal das suas tendências, decisões, manifestações e avaliações oficiais”.

A realização do princípio da publicidade se constitui num dever da administração e se complementa com o direito à informação do cidadão. Desta conjugação, tem-se a

⁴¹ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o. cit., p. 103.

⁴² Alberto Carlos Almeida: *A cabeça do brasileiro*, Rio de Janeiro: Record, 2007. p. 25.

satisfação dos demais princípios que regem a administração pública. Constata-se que a administração agiu ao amparo da legalidade, busca-se a moralidade e é satisfeita a efetividade, princípios estes todos que servem à realização do Estado democrático de direito.

Em uma pesquisa realizada nas Câmaras de Vereadores dos municípios do Vale do Rio dos Sinos, constatou-se que os municípios grandes possuem, algumas vezes, maiores informações a respeito da LRF no site do município, e têm maior demanda dos eleitores com relação aos gastos públicos. Em outro ângulo de análise, é a associação do nível de escolaridade que se demonstrou maior (superior completo e incompleto) nos municípios de grande porte que nos de médio e pequeno contingente populacional. Ou seja: a formação universitária qualifica a informação.

Portanto, a questão do nível de escolaridade foi classificada como um elemento chave no conhecimento da lei, cerne para a operacionalização das políticas públicas. Na obra *A cabeça do brasileiro*, Alberto Carlos Almeida demonstra de maneira concisa a importância da formação cultural no Brasil. O autor chega a afirmar que “entre os fatores que determinam esse abismo entre brasileiros, um dos mais importantes é a escolaridade. É a educação que comanda a mentalidade”.⁴³ Por isso, Pérez Luño,⁴⁴ ao traçar considerações a respeito dos direitos humanos e constitucionalismo e referir a situação atual e as perspectivas para o século XXI, coloca a educação como elemento fundamental nesta relação dialética e complementar. Assim, “a adesão cívica aos direitos humanos e ao constitucionalismo não se produz de forma espontânea: requer um processo de ensino e aprendizagem, isto é: uma *Paideia*. Somente a educação nos valores e princípios que informam as liberdades e as normas constitucionais pode assegurar sua vivência e vigência”.⁴⁵

A *Paideia*⁴⁶ é uma palavra grega que vai além de expressões modernas como civilização, cultura, tradição, literatura ou educação. Nenhuma delas, porém, coincide com o que os gregos entendiam por *Paideia*. Cada um dos significados se limita a exprimir um aspecto daquele conceito global, e para abranger o campo total do conceito grego ter-se-ia de empregá-los todos de uma só vez. Deste conjunto de expressões unido pela palavra grega *Paideia* decorre a formação do homem grego, que não é uma teoria formal ou abstrata, mas valores que para os gregos se concretizavam na literatura, expressão de toda a cultura superior.

Em outro ponto de análise da pesquisa, verificou-se que, com relação à acessibilidade dos dados em Internet, o percentual negativo foi elevado, o que confirma que esta disponibilidade dos números da LRF não redundava em uma consulta aos mesmos. O acesso à internet foi significativo nos municípios de porte grande (havendo todos três obtido a faixa dos 66 %), o que demonstra que nestes há uma maior disponibilidade dos dados na página do município ou da Câmara Municipal de Vereadores.

Pretendia-se averiguar a relação entre pessoas com a idade mais avançada e a resistência aos meios de inovação tecnológica, por isto se escolheu pessoas de mais e menos idade, sendo estas, em tese, mais propícias ao uso da Internet. Pelo cotejo da idade e a

⁴³ Antonio Enrique Pérez Luño: *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 8ª ed., Madrid: Tecnos, 2003, p. 618/9.

⁴⁴ Pérez Luño, o. cit., p. 619.

⁴⁵ Werner Jaeger: *Paidéia – A formação do homem grego*, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁴⁶ Antonio-Enrique Pérez Luño: *¿Ciberciudadanía@ o ciudadanía.com?* Barcelona: Gedisa, 2004, p. 99.

questão do acesso não se conseguiu demonstrar, pois mesmo os mais jovens muitas vezes não acessam estes dados. Porém, quando estes são consultados, a página da Câmara Municipal foi a que recebeu mais consultas, como forma de indicar a importância de computadores conectados na Internet, nos espaços públicos.

Um dos grandes objetivos das democracias atuais é possibilitar uma rede de comunicação direta entre a Administração e os administrados, que redunde em um aprofundamento democrático e em uma maior transparência e eficiência na atividade pública. É o que Pérez Luño⁴⁷ denomina de *cibercidadanía@* ou *ciudadanía.com*. A sociedade democrática reivindica o pluralismo informativo, o livre acesso e a circulação de informações.

6. Conclusões

O conceito de cidadania que se estruturou a partir do Estado-nação não mais responde às exigências atuais. O mundo globalizado precisa ser revisto. A internet pode contribuir para democratizar a informação. Surge, então, a denominada cidadania eletrônica ou *cibercidadania*.

O direito classicamente atua depois do fato ocorrido, ou seja: é estruturado a partir do aspecto repressivo. Essa não é a melhor alternativa, pois o descumprimento da lei já ocorreu, com consequências, na maioria das vezes, irreparáveis. A malversação dos recursos públicos não foge ao tema, pois se corre atrás do prejuízo. Por isso, ressalta-se o aspecto preventivo com que pode ser atacado o problema mediante a divulgação dos dados públicos pelos meios eletrônicos. O controle social é uma importante ferramenta de fiscalização da gestão pública, que propiciará a efetividade dos direitos humanos.

No Brasil, aos poucos se desenvolve a consciência sobre a importância da preocupação com o orçamento, que existe há muito tempo em outros Estados, como por exemplo, Inglaterra e EUA. O fato de a informação estar mais disponível faz com que haja um maior cuidado com o trato do dinheiro público. Saliente-se, outrossim, que os Estados em que há maior transparência na informação são aqueles em que o nível de corrupção é menor.

A partir da pesquisa realizada pode-se concluir, primeiramente, que os entes federativos municipais com maior porte e estrutura oferecem maiores condições de disponibilidade dos dados fiscais. Atualmente, o Brasil conta com 5.560 municípios. As diferenças entre eles são enormes com relação ao grau de desenvolvimento. A lei foi pensada para os municípios maiores e com melhor estrutura, com possibilidade de informatização. É importante que os organismos públicos disponibilizem a informação de uma maneira acessível aos usuários.

Merece destaque, também, que a formação cultural se define como fator importante para o conhecimento dos gastos públicos. Volta-se à ideia de cultura constitucional. A discussão e o controle das despesas do Estado é instrumento para se conseguir a concretização dos direitos sociais, de implementação urgente no contexto brasileiro.

⁴⁷ Disponível em: <http://www1.ibge.gov.br> (30/8/2007).

A transparência é uma via de mão dupla: de um lado, a administração tem o dever de dar publicidade aos seus atos; e, por outro, o cidadão tem o direito a ser informado. Deste modo, por meio da informação disponível por meio eletrônico, desenvolve-se um controle preventivo, estimula-se a participação popular e se torna o exercício do poder mais transparente e, portanto, mais democrático. Evita-se que o cidadão desinformado dos assuntos públicos se constitua num *idiótes* (conforme a nomenclatura dos gregos). Com a diminuição dos desvios de dinheiro gerados pela corrupção é possível viabilizar a melhoria das prestações sociais que podem ser oferecidas à população; ou seja: concretizam-se direitos. A *internet* propicia um espaço democrático que pode cunhar um novo conceito de cidadania, ou seja: a *cibercidadania*, neste mundo globalizado, e, assim, assegurar a pauta dos direitos humanos. No ensinamento de Edgar Morin: “Podemos não chegar ao melhor dos mundos, mas a um mundo melhor”.

Referências bibliográficas

- ALMEIDA, Alberto Carlos: *A cabeça do brasileiro*, Rio de Janeiro: Record, 2007.
- ARENDRT, Hannah: *A condição humana*, 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- BOBBIO, Norberto: *O futuro da democracia*, 7ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda: *Novo dicionário da língua portuguesa*, 21ª reimpr. da 2ª ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.
- FREITAS, Juarez: “O princípio da democracia e o controle do orçamento público brasileiro”, em *Revista de Interesse Público*, v. 4, N. Esp, Porto Alegre, 2002.
- FROSINI, Vittorio: *Cibernética, derecho y sociedad*, Madri: Tecnos, 1982.
- “Diritto alla riservatezza e calcolatori elettronici”, em Guido ALPA; Mario BESSONE: *Banche dati telematica e diritti della persona*, QDC, Pádua: Cedam, 1984.
- GUICHOT, Emilio: *Datos personales y administración pública*, Navarra: Aranzadi, 2005.
- HABERMAS, Jürgen: *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge: Polity, 1996.
- HESSEL, Stéphane: *¡Indignaos! Un alegato contra la indiferencia y a favor de la insurrección pacífica*, Barcelona: Destino, 2011.
- JAEGER, Werner: *Paidéia – A formação do homem grego*, São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- JELLINEK, Georg, *Teoría General del Estado*, 2.ª ed. [reimpr. de la segunda edición alemana (1905) editada por el editorial Albatros en el año 1954], Buenos Aires: Julio César Faira Ed., 2005.
- LAFER, Celso: *A reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, São Paulo: Cia. das Letras, 1988.
- MACHADO, José Pedro: *Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa*, vol. III, 8ª ed. Lisboa: Livros Horizonte, 2003.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo: *Direito da participação política legislativa, administrativa, judicial (fundamentos e técnicas constitucionais da legitimidade)*, Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- NORA, Simón; Alain MINC: *Informe Nora-Minc. La informatización de la sociedad*, Madri: [s. n.], 1982.
- PEDERIVA, João Henrique: “Accountability, Constituição e contabilidade”, em *Revista de Informação Legislativa*, v. 140, Brasília, 1998.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 8ªed, Madri: Tecnos, 2003.

- *Ciberciudadanía@ o ciudadanía.com?* Barcelona: Gedisa, 2004.
- PUIGPELAT: *Globalización, Estado y derecho. Las transformaciones recientes del derecho administrativo*, Madri: Civitas, 2004.
- RIALS, Stéphane: *Que sais-je? Textes constitutionnels français*, 11e édition, Paris: Presses Universitaires de France, 1995.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás; Eduardo A. FABIÁN CAPARRÓS: *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinario*, Salamanca: Ratio Legis, 2004.
- SARTORI, Giovanni: *Teoría de la democracia*, v. 2, Madri: Alianza, 1997.
- SMEND, Rudolf: *Constitución y derecho constitucional*, Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- STRECK, Lênio: *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SUNSTEIN, Cass R.: *República.com. Internet, democracia y libertad*, Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 2003.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio: *Estado democrático e información: El derecho a ser informado y la Constitución Española de 1978*, Junta General del Principado de Asturias: Oviedo, 1994.
- Zero Hora, “Lista das contas abertas”, “Política”, Porto Alegre, 15/7/2010, p. 14.

Rodrigo Santos Neves (Brasil)*

O ativismo judicial no licenciamento de atividade petrolífera

RESUMO

O Poder Judiciário tem sido cada vez mais atuante na tomada de decisões políticas em nosso país. São diversos os exemplos de interferência do Judiciário nas questões administrativas, tais como direito à saúde, a gestão de políticas públicas, na educação e no direito ambiental, dentre outros setores. A referida atuação tem preocupado os estudiosos do Direito, diante da possibilidade de transgressão ao princípio da separação de poderes. No que se refere à atividade petrolífera e seus possíveis impactos no meio ambiente, este trabalho discute as possibilidades de interferência do Poder Judiciário na tomada de decisões dos órgãos e entidades que possuem competência ambiental.

Palavras-chave: sistema judiciário, separação de poderes, meio ambiente, atividade petrolífera, administração pública, controle jurisdicional, poder discricional, jurisprudência, Brasil.

ZUSAMMENFASSUNG

Die rechtsprechende Gewalt schaltet sich in unserem Land zunehmend in den politischen Entscheidungsprozess ein. Zahlreiche Beispiele belegen ihren Eingriff in Verwaltungsfragen auf Gebieten wie Recht auf Gesundheit, Management der öffentlichen Hand innerhalb der politischen Zielsetzung, Bildungswesen und Umweltrecht. Die angesprochene Vorgehensweise hat angesichts der Gefahr einer Verletzung des Gewaltenteilungsgrundsatzes bei Rechtswissenschaftlern Besorgnis ausgelöst. Im Hinblick auf die Erdölförderung und die möglicherweise dadurch entstehenden Umweltbelastungen befasst sich der Beitrag mit den Möglichkeiten der rechtsprechenden Gewalt zur Beeinflussung der Entscheidungen der für Umweltfragen zuständigen Behörden.

Schlagwörter: Justizsystem, Gewaltenteilung, Umwelt, Ölförderung, öffentliche Verwaltung, Gerichtsbarkeitkontrolle, Ermessensspielraum, Rechtsprechung, Brasilien.

* Mestre em Direito pela UCAM-RJ, professor da UVV-ES, bolsista da FUNADESP. <profrsneves@yahoo.com.br>

ABSTRACT

The Judiciary has been increasingly active in making policy decisions in our country. There are several examples of judicial interference in administrative matters, in fields such as the right to health, public policy management, education and environmental law, among others. This intervention has been a cause of concern for legal scholars, due to the possible infringement of the principle of separation of powers. With regard to the oil industry and its possible impacts on the environment, this paper discusses the possible intervention of the Judiciary in the decisions of bodies and agencies with authority in environmental matters.

Keywords: judicial system, separation of powers, environment, oil industry, public administration, judicial review, discretionary power, case law, Brazil.

1. Introdução

O Estado brasileiro, como Estado democrático de direito, vive em um sistema político regido pela representação da vontade majoritária de seu povo, a qual é legitimada pelas eleições diretas, que elevam ao poder os representantes da sociedade.

Nesse sistema político, é de se esperar que os representantes da sociedade promovam os interesses de seus representados, por meio de ações e de produção legislativa capaz de suprir as necessidades e anseios daqueles que são os titulares do poder soberano (art. 1º, CR/88).

No entanto, nem sempre o interesse da maioria política é compatível com os interesses da minoria, que fica à mercê da vontade da maioria. E é exatamente para garantir que a maioria não oprima a minoria política em uma espécie de “autoritarismo da maioria democrática”, que os direitos fundamentais têm importância.

Como esses direitos surgiram para garantir o indivíduo da ação estatal, criando-se uma esfera privada de direitos subjetivos intangível pelo Estado, o Poder Judiciário teve extrema relevância na garantia desses direitos, para limitar o poder estatal. Daí a necessidade de se discutir sobre a separação de poderes, prevista na Constituição da República (CR/88), em seu art. 2º, uma vez que a atuação do Judiciário na tutela dos direitos fundamentais pode ser caracterizada como usurpação das funções do Poder Executivo.

O presente artigo tem por finalidade colocar em discussão os limites da intervenção do Poder Judiciário na concessão – ou não – de licença ambiental.

2. A separação de Poderes e a atuação do Judiciário

2.1. Aspectos dos “poderes” no Estado Liberal

Quando o Estado ainda vivia no regime absolutista, todo o desejo popular foi a redução do poder dos governantes para que os direitos individuais dos cidadãos fossem

respeitados, uma vez que a finalidade da criação do Estado é a proteção desses direitos. Ao ponto de Rousseau¹ dizer que a lei que não vem da vontade popular, mas do governante: é ato arbitrário.

Por isso Montesquieu, sensível aos anseios sociais e ao funcionamento da máquina estatal, nos alerta para o perigo do poder político: “Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder”.² Como forma de limitar o poder estatal Montesquieu sistematizou a teoria da separação de poderes, afirmando que: “Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares”.³

Inspirada no pensamento de Montesquieu, a *Virginia Bill of Rights* de 12 de junho de 1776 foi a primeira constituição que inseriu em seu conteúdo o princípio da separação de poderes ao estabelecer que os poderes legislativo e executivo do Estado devem ser separados e distintos do Poder Judiciário. Importante é lembrar que o contexto histórico em que viviam os Estados Unidos era a opressão que a Inglaterra exercia com alta carga tributária e o julgamento de crimes contra a coroa inglesa em território britânico. Posteriormente, em 1789, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu artigo 16, ao estabelecer que: “Toda sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”, decretando, assim, a vitória do liberalismo sobre o regime absolutista monárquico. Em 1791, na Constituição Francesa também foi consagrado esse princípio, e em todas as Constituições do Brasil.

Embora houvesse a vitória da Revolução Francesa com a derrota do absolutismo e, com ele, do Estado mercantilista, um dos aliados que ajudou na conquista do poder ficou para trás, para que subisse ao poder o terceiro estado: o povo. Então quem venceu, na verdade, foi apenas o liberalismo, ficando a democracia em segundo plano, uma vez que se estabeleceu na *nova sociedade francesa* o voto censitário.

A burguesia precisava de liberdade, não para todos, mas apenas para si mesma. Uma liberdade econômica que a manteria no poder, em face das outras classes sociais. Para alcançar seus objetivos necessitaria de um mecanismo para que houvesse a redução do poder estatal, que se mostrava na visão liberal o inimigo número um do indivíduo.

A teoria da separação de poderes passou a ser a pedra angular da construção do liberalismo, que chegou ao exagero de estabelecê-la essencial para a existência de uma constituição (art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789), diluindo o poder do soberano, e estabelecendo poderes distintos que deveriam ser exercidos por pessoas diferentes, conseguindo com isso duas coisas: a redução do poder do monarca e sua participação direta na vida política da nação.

Outra coisa também foi alcançada pelo liberalismo, por meio da separação dos poderes: o estreitamento dos fins do Estado, criando o *Estado mínimo*.

¹ *O contrato social*, o. cit. p. 47, 48.

² Montesquieu: *O espírito das leis*, 2ª ed. 2ª tir., São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 166.

³ *Ibidem*, p. 168.

A burguesia precisava da liberdade, e o Estado liberal-democrático, assentado naquele formalismo jurídico do qual Kant era a sua formulação mais acabada, era um Estado destituído de conteúdo, neutralizado para todo ato de intervenção que pudesse embaraçar a livre iniciativa material e espiritual do indivíduo, o qual, como soberano, cingira a Coroa de todas as responsabilidades sociais.⁴

Ainda em relação à separação dos poderes do Estado, necessárias se fazem algumas ponderações de ordem epistemológica.

A chamada teoria da separação de poderes encontra um problema epistemológico desde sua denominação, quando pressupõe que exista uma pluralidade de poderes. Desde a construção de Rousseau, percebe-se que não há poderes estatais e sim poder soberano.⁵ O autor demonstra que aqueles que acreditam na divisão do poder soberano confundem poder com as formas de exteriorização deste. Assim, em determinados momentos o poder se manifesta na edição de normas que regulam a vida social (aspecto legislativo); em outras situações o poder soberano é exercido para dar o fiel cumprimento àquelas normas preestabelecidas; em outras circunstâncias, ele (o poder soberano) se manifesta na solução de conflitos entre os indivíduos, decorrentes daquelas normas (aspecto jurisdicional).

Podemos apreender do ensinamento de Karl Loewenstein que não devemos nos ater ao enfoque dogmático de que a separação das funções do poder do Estado deva necessariamente ser exercida por entes distintos, quando diz que: “[...] é necessário ter bem claro que o princípio da necessária separação das funções estatais segundo diversos elementos substanciais e sua distribuição entre diferentes detentores, não é nem essencial para o exercício do poder político, nem se apresenta como uma verdade evidente e válida para todo o tempo”.⁶

Destarte, o poder soberano é uno, devendo ser exercido de forma a atender a vontade geral da sociedade, que vai se utilizar, para isso, daquelas funções do poder soberano supracitadas: a função legislativa, com a criação de normas, chamada usualmente de poder Legislativo; a função administrativa, que dá o fiel cumprimento das normas criadas (Executivo); e, por último, a função jurisdicional, aquela em que o poder estatal atua na solução de conflitos entre seus súditos ou entre os súditos e o próprio Estado (Judiciário).

2.2. A divisão do trabalho social e a separação de funções do poder

Além da limitação do poder estatal frente ao indivíduo, a teoria da *separação de funções do Estado* provocou um efeito subjacente. O que devemos ter em mente é que sempre existe a distinção de funções sem que se considerem os órgãos que as exercem (em um sentido subjetivo). A distinção de funções é, na verdade, uma especialização das tarefas

⁴ Paulo Bonavides: Do estado liberal ao estado social, o. cit., p. 68.

⁵ Jean-Jacques Rousseau: *O contrato social*. o. cit., p. 35, 36.

⁶ *Teoría de la Constitución*, tradução por Alfredo Gallego Anabitarte, Ariel, 1986, p. 56. apud Alexandre Santos de Aragão: “O poder normativo das agências reguladoras independentes e o estado democrático de directo”, em *Revista de informação legislativa*, Brasília: Senado, 2000. n.º 148. p. 281.

governamentais.⁷ Assim, o órgão legislativo se especializa na elaboração de leis, obtendo o conhecimento necessário para tanto, além de apreender os anseios populares na formulação de políticas públicas. O órgão executivo, ou Administração Pública, adquirirá especialização necessária para a implementação das políticas públicas formuladas, bem como para o aprimoramento da máquina administrativa, visando a realização do bem estar social no exercício da função executiva. E, no exercício da função jurisdicional, o órgão Judiciário irá se especializar nos conhecimentos técnico-jurídicos para a aplicação das normas na solução de conflitos entre os particulares ou entre estes e o Estado.

Émile Durkeim, ao desenvolver a solidariedade social, contribuiu de forma ímpar para o desenvolvimento da ciência humana. O sociólogo disse que a solidariedade social pode se dar pela divisão do trabalho social – ou solidariedade orgânica –, que reparte o trabalho necessário à sociedade, isto é, as tarefas importantes para aquela entre seus membros, com o objetivo de a coletividade se beneficiar do trabalho de cada indivíduo. No campo das ciências isso se tornou claro, haja vista que na história os filósofos eram os grandes sábios e detentores de praticamente todo o conhecimento humano.⁸

Com o passar do tempo se percebeu o desenvolvimento das ciências, o que impediu que uma única pessoa pudesse deter tanto conhecimento de tantas áreas diversas. O sociólogo bem se refere aos benefícios dessa solidariedade pela divisão do trabalho, ao afirmar que “a individualidade do todo cresce ao mesmo tempo em que a das partes; a sociedade torna-se mais capaz de mover-se como conjunto, ao mesmo tempo em que cada um de seus elementos tem mais movimentos próprios”.⁹

Com o crescimento do Estado podemos perceber que o princípio da separação das funções do Estado (executiva, legislativa e jurisdicional), o processo de descentralização da atividade estatal, bem como a criação de agências reguladoras, podem ser consideradas frutos daquela divisão do trabalho social, desenvolvida por Durkeim. Sensível às grandes e rápidas transformações no mercado, Floriano Azevedo Marques Neto aborda a especialidade das agências reguladoras como fator importantíssimo, no contexto atual, de delegação de atividades econômicas especiais e serviços públicos à iniciativa privada: “A especialidade, a complexidade, a multiplicidade e a velocidade de surgimento das *questões regulatórias* determinam que parcela significativa da regulação estatal seja delegada ao órgão regulador (para este trabalho melhor seria a expressão *ente regulador*)”.¹⁰ Esta especialidade torna a agência capaz de dar soluções técnicas mais adequadas, tendo em vista seu amplo conhecimento no setor regulado.¹¹

As agências são entidades estatais especialistas em seus respectivos setores regulados, devendo cuidar da regulação desses setores, sem a interferência externa

⁷ José Afonso da Silva: *Curso de direito constitucional positivo*, 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000. p. 112.

⁸ Fazemos referência aqui a Sócrates, Platão e tantos outros que eram, ao mesmo tempo, físicos, matemáticos, químicos, astrônomos, médicos etc.

⁹ “Da divisão do trabalho social”, em *Os pensadores*, v. XXXIII. São Paulo: Abril Cultural, 1973. p. 372.

¹⁰ “A nova regulação estatal e as agências independentes”, em Carlos Ari Sundfeld (coord.): *Direito administrativo econômico*, São Paulo: Malheiros, 2000. p. 82.

¹¹ No mesmo sentido Ruy Santacruz: “Fundamentos (econômicos) da regulação pública dos mercados”, em *Arché: Interdisciplinar*, v. 10, n.º 29, Rio de Janeiro: UCAM – Ipanema, 2001. p. 96.

de outros órgãos que exercem outras funções naquela divisão do trabalho social, para que o todo, isto é, a coletividade se beneficie da utilidade de ter entidades especialistas em determinada matéria, garantindo-se assim a eficiência da agência, que é princípio constitucionalmente estabelecido¹² o qual toda a Administração Pública deve seguir.¹³

O alargamento cada vez mais crescente das funções estatais, em nome do povo, por meio das conquistas de direitos e garantias mínimas, tais como a dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho, a legislação trabalhista, a proibição da exclusão social da qual ainda tanto sofrem muitos brasileiros, a tutela ambiental, fez com que uma nova hermenêutica constitucional se formasse, sem todo aquele formalismo característico do constitucionalismo clássico, mas acrescentando conteúdo e sentido à Constituição.

Esse movimento fez com que aquela figura do Estado mínimo não mais fosse compatível com as realidades sociais. O Estado Social surge das reivindicações de um povo que foi nos últimos três séculos massacrado e oprimido pelo poder econômico. Este poder, que adveio da concentração de capitais que não era prevista pelos idealizadores do Liberalismo, é o mesmo que faz pressão contra os novos anseios da sociedade, que fomenta o desmatamento e a poluição em todas as suas dimensões.

O Estado mínimo foi idealizado em um momento em que havia um capitalismo concorrencial, isto é, entre agentes com igual poder de mercado,¹⁴ o que não corresponde à realidade atual. A concentração empresarial – que a cada dia possibilitou que empresas comprassem seus concorrentes para se tornarem, se não isoladas no mercado, um pequeno número de grandes empresas – provocou desemprego, miséria, opressão do consumidor e estagnação do mercado, sem falar na impossibilidade da sustentabilidade ambiental, em um processo de autofagia do mercado e do meio ambiente. Além disso, a revolução eletrônica provocou mais desemprego, miséria e estagnação.¹⁵

Essa nova realidade social, dinamizada pela tecnologia e acelerada pelas rápidas mudanças no mercado, faz com que o Estado tenha que intervir na economia, utilizando-se de novos mecanismos para regular essas conjunturas mercadológicas e atendendo aos seus fins: promover o bem estar social, garantir direitos mínimos aos cidadãos e o meio ambiente equilibrado (art. 170, c/c art. 225, CR/88).

Novos mecanismos não são compatíveis com a ideia de separação de poderes (em um sentido subjetivo), mas perfeitamente compatíveis com a separação de funções do Estado (em seu sentido objetivo). Essa interferência do Estado na economia se dá pela *intervenção por direção*, nas palavras de Eros Roberto Grau, que ocorre por pressões sobre a economia, utilizando-se de mecanismos e normas de comportamento para os agentes

¹² Art. 37, caput, da CR.

¹³ Rodrigo Santos Neves: *Função normativa e agências reguladoras*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 97. No mesmo sentido: Diogo de Figueiredo Moreira Neto: *Direito regulatório*, o. cit., p. 153.

¹⁴ Clèmerson Merlin Clève: *Atividade legislativa do poder ejecutivo*, 2ª ed., São Paulo: RT, 2000, p. 43.

¹⁵ Não estamos propondo que voltemos à Idade da Pedra nem ao colonialismo. Desenvolvimento econômico e progresso são importantes, mas se não por controlado pode se tornar uma arma contra a sociedade.

econômicos,¹⁶ para corrigir as falhas do mercado, bem como a má utilização dos recursos naturais.

Como o mercado tem a característica da instabilidade e das mudanças rápidas, o Estado deve possuir mecanismos eficientes que consigam manter um relativo equilíbrio na economia, de forma que consiga implementar as políticas públicas previamente estabelecidas, em que os mecanismos normativos tradicionais (leis) não são satisfatórios para a regulação da economia.

[...] o emergir da *capacidade normativa de conjuntura*, via da qual se pretende conferir resposta à exigência de produção imediata de textos normativos, que as flutuações da conjuntura econômica estão, a todo o tempo, a impor. [...] Evidente que esse poder-dever há de ser ativado em coerência não apenas com as linhas fundamentais e objetivos determinados no nível constitucional, mas também com o que dispuser, a propósito do seu desempenho, a lei.¹⁷

É de se frisar que a defesa de uma separação de poderes ignora uma série de situações de caráter técnico que, diante da dinâmica mercadológica acelerada, torna o Legislativo obsoleto para a regulação, tanto da economia quanto do meio ambiente.¹⁸ A função normativa do Poder Executivo¹⁹ é necessária à realidade atual e não fere o princípio da separação de funções do poder estatal,²⁰ que foi consagrado em nossa Constituição. Podem-se mencionar as resoluções do CONAMA e do IBAMA, que visam regular as atividades potencialmente poluidoras.

Nossa Carta Magna estabelece em seu art. 2º que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. No entanto, essa independência não pode ser vista como absoluta, uma vez que os órgãos do Estado, no exercício das suas respectivas funções, não devem ser colocados em situação estanque. Por isso se diz que são harmônicas essas funções.

Nosso sistema jurídico criou um sistema de freios e contrapesos, com a mesma essência dos *checks and balances*, nos Estados Unidos da América do Norte. Esse sistema foi criado em busca de um relativo equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para se evitar o arbítrio de um órgão em detrimento do outro. Essa visão de equilíbrio e não de separação parece estar implícita no pensamento de Montesquieu ao afirmar que:

Eis então a constituição fundamental do governo de que falamos. O corpo legislativo sendo composto de duas partes, uma prende a outra por

¹⁶ Eros Roberto Grau: *O direito posto e o direito pressuposto*. o. cit., p. 231.

¹⁷ Idem, *ibidem*. p. 232.

¹⁸ Idem, *ibidem*. p. 233.

¹⁹ Aqui entendido em seu sentido subjetivo.

²⁰ Devemos levar em consideração, ao falarmos em separação de funções do poder estatal, seu sentido objetivo. Há uma separação de funções (Legislativa, Executiva e Jurisdicional), independentemente de quem as irá exercer, se um, dois ou três entes distintos.

sua mútua faculdade de impedir. Ambas estarão presas ao poder executivo, que o estará ele mesmo preso ao legislativo.

Estes três poderes deveriam formar um repouso ou uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, eles são obrigados a avançar, serão obrigados a avançar concertadamente.²¹

Exemplo disso é a participação do Chefe do Executivo no processo legislativo, que pode ser pela iniciativa legislativa ou pelo veto (art. 66, § 1º). O veto do Presidente da República poderá ser rejeitado pela maioria absoluta dos deputados e senadores (§ 4º). E se o Presidente se silenciar na promulgação da lei, o Congresso pode fazê-lo através do Presidente do Congresso (§ 7º). Outro exemplo é o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos da Administração Pública.

A divisão de funções do poder se fundamenta em dois elementos: (a) a especialização funcional, em que cada órgão realiza a sua respectiva função; e (b) independência²² orgânica, isto é: cada órgão deve ser independente um do outro. Mas como conseguir uma independência, *v. g.*, se os Tribunais não pudessem nomear os seus magistrados, estabelecer o seu número necessário nem dispor sobre sua organização interna? Ou se o Executivo não pudesse estabelecer normas para a organização da Administração Pública? Ambos os poderes estariam dependentes e à mercê do Poder Legislativo para estabelecer normas para seu funcionamento, o que acabaria com o primado da independência.

Se tomarmos o exemplo das Agências reguladoras como entidades da Administração Pública, isto é, integrantes do Poder Executivo – pois são autarquias em regime especial – além de exercerem a função executiva exercem a função normativa, ou quase-legislativa. O que há não é uma infração do princípio da separação de poderes, mas uma consequência daquela especialização acima exposta.²³ Sem a atribuição da função normativa às agências não seria possível a regulação desejada, pois, como já vimos, o processo legislativo é lento, ineficaz e sem especialização diante das transformações do Estado, da sociedade e, principalmente, do mercado. Destarte, se às agências fosse atribuída apenas a função executiva, estas não conseguiriam regular o mercado, nem a prestação de serviços públicos, pois estariam dependentes da vontade e da disposição do Poder Legislativo em produzir normas para só então atuarem na sociedade, em seu setor regulado.

Assim como o Judiciário e o Executivo podem expedir normas e regulamentos sobre sua organização, também as agências devem ter essa atribuição para garantir a validade de sua existência. Diferentemente dos dois primeiros casos, as agências produzem normas que extrapolam o âmbito interno das entidades, atingindo os agentes econômicos no mercado.

Ante as razões apresentadas pode-se dizer que o princípio da separação de poderes, sistematizado por Montesquieu com o fim de limitar o poder despótico dos monarcas,

²¹ Montesquieu: *O espírito das leis*, o. cit., p. 176.

²² Tal independência não pode ser vista como absoluta, pois deve sempre ser compatibilizada com a harmonia entre as funções políticas (legislativa, executiva e judiciária).

²³ Rodrigo Santos Neves: *Função normativa e agências reguladoras*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 101.

garante, a um só tempo, a liberdade individual e a participação da burguesia na vida política.

Quando da sua sistematização, o capitalismo era concorrencial, isto é, competição entre agentes com poder econômico igual ou semelhante, o que não justificava a intervenção do Estado na esfera privada. No entanto, com o processo de concentração econômica, as pequenas empresas se tornaram grandes grupos econômicos, provocando no mercado distorções que a *mão invisível* não poderia dissipar.

Com esse processo, grandes problemas sociais foram gerados, o que provocou um acúmulo crescente de ações governamentais com as quais o princípio da separação de poderes não seria compatível, fazendo-se necessária uma distinção entre função e poder, desde uma perspectiva rousseauiana de poder, formulando críticas à separação de poderes até se chegar à separação de funções do poder estatal.

Assim, por diversas vezes, o Poder Judiciário, no uso de sua função jurisdicional, estabelece regras concretas que interferem na atividade da Administração Pública, ao ponto de colocar à prova a separação de poderes consagrada no art. 2º da CR/88. Isso porque, se o Judiciário, em sua atividade fim, que é a prestação jurisdicional, começa a atuar como administrador público ao criar e implementar políticas públicas – ao menos aparentemente –, ele usurpa as funções do Executivo e coloca em risco a harmonia entre os Poderes.

Essa atividade do Judiciário que extrapola suas atribuições ordinárias é chamada de *Ativismo Judicial* e será tratada mais adiante. No entanto, trataremos nas linhas seguintes sobre o controle do Judiciário sobre a Administração Pública.

3. O dogma do mérito administrativo e o Poder Judiciário

A Administração Pública age, ou pelo menos deveria agir, em conformidade com o interesse público que, conforme Diogo de Figueiredo Moreira Neto,²⁴ pode ser dividido em *interesse público primário* (aquele afeto aos anseios sociais, à vontade e à necessidade da sociedade em geral) e em *interesse público derivado* (aquele inerente aos interesses da Administração Pública). Sendo assim, toda a atuação do Estado deve ser pautada no interesse público primário, mas sempre se levando em consideração o interesse público derivado.

A noção de interesse público²⁵ deve ficar bem sedimentada para que não provoque eventuais equívocos. Não se pode entender por interesse público o somatório de todos os interesses individuais dos cidadãos, ou dos grupos que compõem a sociedade, mas o somatório de interesses que sejam benéficos ao corpo social, ao corpo político, que deve estar sempre embasado em dois pilares: a *legitimidade* e a *legalidade*. A primeira

²⁴ *Curso de direito administrativo*, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 429.

²⁵ Ainda Diogo de Figueiredo Moreira Neto traz um conceito de interesse público como “interesses coletivos gerais que a sociedade comete ao Estado para que ele os satisfaça, através de ação política juridicamente embasada ou através de ação jurídica politicamente fundada”. *Legitimidade e discricionariedade*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 13.

corresponde à captação dos interesses da sociedade e à sua satisfação por aqueles que exercem o poder político. Assim, sempre que os interesses da sociedade são perseguidos por agente competente para tal, este ato é provido de legitimidade. A legalidade²⁶ diz respeito à cristalização, por meio de normas jurídicas, daqueles interesses da sociedade, isto é: realizando a institucionalização da sociedade por meio de normas jurídicas.

Por essa razão, há que se estabelecer mecanismos de controle sobre a atuação dos órgãos e entidades da Administração Pública, o que não compromete a autonomia desses entes. Por mais autônoma que uma pessoa seja, ela necessita de limites, de formas de controle; e é sobre este assunto que este item tratará.

3.1. Da discricionariedade

Quando se faz uma referência ao controle sobre a Administração Pública, em especial aos atos administrativos, a questão que se coloca diante do estudioso do Direito é a discricionariedade dos atos administrativos. A questão é relevante, uma vez que os atos de concessão ou não de licença ambiental, dentre outros, são atos administrativos.

Em relação à liberdade de decisão do administrador, pode-se dizer que há atos administrativos que são provenientes de uma certa margem de liberdade, ao menos em abstrato, na apreciação do mérito do ato. Há, também, atos que são produzidos sem essa margem de liberdade na sua apreciação, devendo o administrador executar exatamente o que foi estabelecido na lei. No primeiro caso, diz-se que o administrador agiu com um poder discricionário; no segundo, por outro lado, o administrador agiu no exercício do poder vinculado.

A discricionariedade surge como uma consequência do princípio da legalidade administrativa, isto é: a Administração somente pode agir em virtude de lei. No entanto, o âmbito da legalidade é muito inferior ao da legitimidade, isto é, a Administração Pública sempre que perseguir o interesse público agirá com legitimidade. Mas, legitimidade e legalidade, como já observado, não são coincidentes, pois a Administração pode agir com legitimidade na ilegalidade – quando pratica ato no interesse público, mas não autorizado por lei – e pode agir na legalidade, mas ilegitimamente – quando o ato é praticado conforme a lei, mas contra o interesse público, ou contrário ao objetivo legal.

Surge a discricionariedade porque não é possível enervar o mesmo tempo que o legislador preveja todas as hipóteses fáticas e traga para elas uma solução. Muitas vezes o legislador se omite em determinadas matérias para que o administrador encontre a solução mais adequada diante do caso concreto, pois receia que não seja adequado estabelecer, antecipadamente, uma solução em abstrato.

Ao dar uma certa liberdade na apreciação do caso concreto ao administrador, o legislador não estabelece uma liberdade absoluta à Administração Pública, mas assim o faz com o fim de se proteger o interesse público sempre que se reconhece que na análise do caso concreto o administrador poderá encontrar uma solução que satisfaça melhor o interesse público, preservando-se a finalidade do Estado.

²⁶ A legalidade deve ser vista, neste trabalho, não em sentido de lei formal, mas como um conceito de juridicidade, isto é: atuação conforme as normas jurídicas, sejam leis ou normas de outra forma.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto conceitua a discricionariedade como: “[...] a qualidade da competência cometida por lei à Administração Pública para definir, abstrata ou concretamente, o resíduo de legitimidade necessário para integrar a definição de elementos essenciais à prática de atos de execução voltados ao atendimento de um interesse público específico”.²⁷

Ou pode ser conceituado como o poder que “o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo”.²⁸ Da doutrina espanhola podem-se extrair os ensinamentos de Enterría e Fernández:

[...] la inclusión en el proceso aplicativo de la Ley de una estimación subjetiva de la propia Administración con la que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido particular. Ha de notarse, sin embargo, que esa estimación subjetiva no es una facultad extra-legal, que surja de un supuesto poder originario de la Administración, anterior o marginal al Derecho; es, por el contrario, una estimación cuya relevancia viene de haber sido llamada expresamente por la Ley que ha configurado la potestad y que se la ha atribuido a la administración justamente con ese carácter.²⁹

No magistério de Agustín A. Gordillo há discricionariedade “cuando el orden jurídico le otorgue cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera”.³⁰

Ensina Celso Antônio Bandeira de Melo³¹ que a discricionariedade é:

[...] a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.

²⁷ Diogo de Figueiredo Moreira Neto: *Legitimidade e discricionariedade*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 33.

²⁸ Hely Lopes Meirelles: *Direito administrativo Brasileiro*, 20ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995. p. 102. No mesmo sentido Maria Sylvia Zanella di Pietro: *Direito administrativo*, 13ª ed., São Paulo: Atlas, 2001. p.197, quando afirma que a discricionariedade é quando a atuação da “Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito”.

²⁹ Tradução livre: “[...] a inclusão no processo aplicativo da lei de uma estimação subjetiva da própria Administração com a que se completa o quadro legal que condiciona o exercício do poder ou seu conteúdo particular. Há de se notar, no entanto, que essa estimação subjetiva não é uma faculdade extra-legal, que surge de um suposto poder originário da Administração, anterior ou marginal ao Direito; é, pelo contrário, uma estimação cuja relevância deve ter sido chamada expressamente pela lei que configurou e atribuiu o poder à Administração, justamente com esse caráter”. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández: *Curso de derecho administrativo*, 10ª ed., v. I, Madrid: Civitas, 2001. p. 453.

³⁰ Agustín A. Gordillo: *Tratado de derecho administrativo*, 7ª ed., v. I, Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003. p. X-10.

³¹ Celso Antônio Bandeira de Mello: *Discricionariedade e controle jurisdiccional*, 2ª ed., 5ª tir., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 48. (grifos do próprio autor).

No mesmo sentido preleciona Karl Engisch³² que a discricionariedade administrativa é proveniente do direito, ou mesmo da lei, que consiste em uma margem de liberdade que tem o administrador ou juiz³³ na apreciação do mérito na escolha de uma, dentre duas ou mais alternativas, chamando a atenção que a opção escolhida passa a ser a única, a mais justa ou a mais adequada opção do administrador ou juiz. Com isso, o mesmo autor chega a afirmar que exista uma *discricionariedade vinculada*,³⁴ tendo em vista que a solução que o administrador ou julgador deva encontrar deva ser a mais justa ou mais adequada ao caso concreto.

A discricionariedade, que é criticada por Lênio Streck, por sua aproximação com a arbitrariedade, deve ser ao máximo limitada e, até mesmo, limitada, para que tanto o administrador público quanto o juiz aplique a norma de acordo com a ordem jurídica, na busca da solução mais adequada ao caso concreto.³⁵

Sendo assim, poderíamos conceber a hipótese de um juiz alterar uma decisão do administrador público por entender que a escolha deste foi inadequada e que haja uma solução que atenda melhor ao interesse público?

José dos Santos Carvalho Filho ensina que a discricionariedade possui três elementos, a saber: “1) norma de previsão aberta que exija complemento de aplicação; 2) margem de livre decisão, quanto à conveniência e à oportunidade da conduta administrativa; 3) ponderação valorativa de interesses concorrentes, com prevalência do que melhor atender ao fim da norma”.³⁶

O conteúdo da discricionariedade administrativa sempre foi considerado matéria proibida para o controle do Judiciário, tendo em vista que se tratava de “mérito administrativo”. Mas, será que o mérito administrativo é intocável, ao ponto de não caber ao Judiciário e à sociedade nenhum tipo de controle?

Certo é que a consagração do dever estatal de proteção ambiental funciona como elemento limitador da discricionariedade da Administração Pública, no que se refere à oportunidade de agir,³⁷ para impor ao poder público uma adequação constante das me-

³² Karl Engisch: *Introdução ao pensamento jurídico*, trad. J. Baptista Machado, 7ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 219, 220.

³³ No direito brasileiro se percebe que há discricionariedade na apreciação do juiz, isto é, a autorização legalmente constituída para uma liberdade na apreciação do juiz dentre várias possíveis, quando se observa o caso da quantificação do dano moral, ou dos arts. 287 e 461 do CPC.

³⁴ “Aqui podemos lançar mão do conceito evanescente de ‘discricionariedade vinculada’ e dizer que a discricionariedade é vinculada no sentido de que o exercício do poder de escolha deve ir endereçado a um escopo e resultado da decisão que é o ‘único ajustado’, em rigorosa conformidade com todas as diretrizes jurídicas, e particularmente legais, que são de tomar em conta, ao mesmo tempo em que se procede a uma cuidadosa pesquisa e a uma cuidadosa consideração de todas as ‘circunstâncias do caso concreto.’” (Karl Engisch: *Introdução ao pensamento jurídico*, trad. J. Baptista Machado, 7ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 220).

³⁵ Lênio Luiz Streck: “Hermenêutica e decisão judícia: questões epistemológicas”, em Ernildo Stein, Lenio Streck (org.): *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 157-158.

³⁶ José dos Santos Carvalho Filho: *Manual de direito administrativo*, 9ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 37.

³⁷ Ingo Wolfgang Sarlet, Tiago Fensterseifer: “O papel do Poder Judiciário brasileiro na tutela e efetivação dos direitos e deveres socioambientais”, em *Revista de direito ambiental*, São Paulo, nº 52, out./dez. 2008, p. 78.

didadas efetivas para a preservação do meio ambiente, diante das atuações concretas dos agentes econômicos.

A pergunta ganha pertinência diante de situações em que se percebe que o administrador público fez uma má escolha, de modo a não atender ao interesse público. Imagine-se que o IBAMA tenha autorizado a instalação de uma atividade econômica potencialmente nociva ao meio ambiente, mesmo diante de um estudo de impacto ambiental que aconselhe a não instalação da atividade, diante dos riscos prováveis ao ecossistema. Isso integra a discricionariedade administrativa. No entanto, seria possível o Poder Judiciário intervir nesta situação, para impedir que a atividade seja instalada, em nome da preservação do meio ambiente equilibrado e, assim, garantindo melhor qualidade de vida dos moradores de determinada região? Essas questões serão discutidas nas linhas seguintes.

4. O Judiciário como arma de defesa do meio ambiente

A preservação ambiental passou a ser preocupação de todos. A missão que era apenas do Estado – pelo menos para alguns – a Constituição de 1988 a repassou para toda a coletividade: junto com o direito a ter um meio ambiente equilibrado, também o dever de preservá-lo para as presentes e as futuras gerações (art. 225, *caput*, CR/88).

Assim, o meio ambiente passou a ser considerado um direito-dever para todos. O texto constitucional, além de um capítulo próprio no art. 225, elevou a defesa do meio ambiente como princípio norteador da ordem econômica (art. 170, VI, CR/88). Destarte, toda e qualquer atividade econômica, bem como os serviços públicos, deverão sempre levar em consideração a questão ambiental, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade.

O Poder Judiciário deve atuar sempre que for provocado, quando houver uma violação do dever constitucional de preservação do meio ambiente. Não obstante a atuação preponderante do Poder Executivo na fiscalização das atividades econômicas, as partes em conflito (poder público e particulares, ou somente particulares) recorrem ao Judiciário para a solução dos conflitos, o que exige do julgador a sensibilidade aos problemas existentes, bem como exige uma atividade hermenêutica eficiente, capaz de sopesar os interesses em jogo, para dar uma solução adequada ao caso concreto.

A consagração constitucional do dever de preservação do meio ambiente impôs ao Estado uma série de medidas para a efetiva proteção do meio ambiente equilibrado, as quais podemos citar: “preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; promover a educação

ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”.

Todas essas ações devem ser realizadas pelo poder público, para que se efetive o direito ao meio ambiente equilibrado – direito fundamental da sociedade e dos indivíduos. Porém, pode ocorrer que a Administração Pública se omita na realização dessas atividades, o que poderá provocar danos ambientais e perda do patrimônio ambiental da sociedade. Nesse caso, os interessados podem provocar o Poder Judiciário para que a Administração Pública seja compelida a cumprir o seu dever. É a chamada judicialização da política.

A invasão do direito sobre o social avança na regulação dos setores mais vulneráveis, em um claro processo de substituição do Estado e dos recursos institucionais classicamente republicanos pelo judiciário, visando a dar cobertura à criança e ao adolescente, ao idoso e aos portadores de deficiência física. O juiz torna-se protagonista direto da questão social. Sem política, sem partidos ou uma vida social organizada, o cidadão volta-se para ele, mobilizando o arsenal de recursos criado pelo legislador a fim de lhe proporcionar vias alternativas para a defesa e eventuais conquistas de direitos. A nova arquitetura institucional adquire seu contorno mais forte com o exercício do controle da constitucionalidade das leis e do processo eleitoral por parte do judiciário, submetendo o poder soberano às leis que ele mesmo outorgou.³⁸

Assim, o Poder Judiciário ganhou papel fundamental na democracia brasileira. A sociedade pode exercer o controle social sobre a atuação da Administração Pública via Poder Judiciário, em ações populares, ou por meio do Ministério Público, em ações civis públicas, com o fim de tutelar o meio ambiente sempre que este estiver em perigo por causa da atuação ou da omissão da Administração.

Desta forma, a atuação dos juízes e tribunais deve tomar uma feição proativa e protetória, de modo a romper com o paradigma liberal, em que o juiz tem um papel de neutralidade, em observância à discricionariedade administrativa, passando a atuar como agente político que é, de modo a fazer valer os valores e princípios constitucionalmente protegidos.³⁹

A questão ambiental, como está diretamente vinculada ao texto constitucional traz à discussão muitos valores constitucionais que, ao menos em princípio, são antagônicos, tais como a dignidade da pessoa humana, o direito ao meio ambiente equilibrado, a propriedade privada, a função social da propriedade e a livre iniciativa. Por isso, o juiz deverá levar em consideração todos esses valores, tendo em vista que na questão ambiental é muito provável que haja colisão de direitos fundamentais. Assim, o intérprete deverá

³⁸ Luiz Werneck Vianna, Marcelo Baumann Burgos, Paula Martins Salles: “Dezessete anos de judicialização da política”, em *Tempo social*, São Paulo, vol. 19, n.º 2, nov. 2007, p. 41.

³⁹ Ingo Wolfgang Sarlet, Tiago Fensterseifer: “O papel do Poder Judiciário brasileiro na tutela e efetivação dos direitos e deveres socioambientais”, em *Revista de direito ambiental*, São Paulo, n.º 52, out./dez. 2008, p. 81-82.

fazer uso da hermenêutica constitucional, a fim de que possa apresentar em suas decisões resultados satisfatórios.

Em matéria ambiental, os tribunais têm aplicado os efeitos horizontais dos direitos fundamentais – no caso, o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, quer com a limitação aos direitos do proprietário rural para respeitar uma unidade de conservação, quer com uma área de preservação permanente, ou inclusive fazendo respeitar a reserva legal mesmo que o novo proprietário já tenha comprado o imóvel com reserva legal desmatada, em que lhe é imputado o dever de reflorestar.

O STJ decidiu que um proprietário demolisse uma construção feita dentro de uma área de preservação permanente. A construção era de um complexo hoteleiro.⁴⁰ O mesmo tribunal, em Ação Civil Pública que tinha por objeto a anulação de licença ambiental para explorar árvores mortas ou caídas de determinada área particular que, posteriormente, se tornara um Parque Nacional, por decreto de utilidade pública decidiu não apenas em função da criação do Parque e da consequente transferência de propriedade para o domínio público, mas sim em função do laudo técnico que afirmava que:

2.26 As operações de extração de madeira, com a presença de barulho de máquinas, equipe de trabalhadores e arrasto de toras, possivelmente fará com que determinadas espécies, principalmente da fauna terrestre se afastem desta agitação procurando outras áreas, podendo assim invadir áreas antropizadas ficando mais suscetíveis à caça e predação. Além do que, como citado no trabalho do engenheiro Eloi Mattei, a fauna poderia retornar à área após a operação de retirada. Porém, vale salientar que se alguma destas espécies estiver se reproduzindo no local, este deslocamento da área e posterior retorno não seria assim tão simples e talvez inviável, acarretando provavelmente na perda da prole, o que seria extremamente agravante, em se tratando de espécie com grande longevidade e baixo índice de natalidade.⁴¹

Assim, a preservação do meio ambiente deve vir em primeiro lugar, o que possibilitou a anulação da licença ambiental anteriormente concedida.

O STJ, ainda, no Resp n. 1.079.713-SC condenou uma empresa ao pagamento de indenização por danos ao meio ambiente, por queimar palha de cana, mesmo com licença ambiental para tanto, por entender que, além da existência de danos ao meio ambiente, a licença foi concedida indevidamente.

Como se vê, em diversos julgados, os tribunais têm se manifestado a respeito da questão ambiental, não obstante a concessão de licença para explorar atividades econômicas seja atribuição da Administração Pública, manifestando-se, assim, a judicialização da política.

4.1. Judicialização da política e a atividade petrolífera

Na ação ordinária tombada sob o n. 2005.50.01.007655-9, que tramitou na 6ª Vara Federal Cível, na Seção Judiciária do Espírito Santo, movida pela PETROBRÁS em face do

⁴⁰ STJ, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, MC n.º 16868 – SP, DJ 05.10.10.

⁴¹ STJ, REsp n. 1.122.909-SC, 2ª T., Rel. Min. Humberto Martins, DJ 07.12.09.

IBAMA, pleiteava-se a concessão imediata da licença prévia de produção para pesquisa no litoral do Espírito Santo, o que havia sido negado pelo IBAMA, por entender esta entidade que o requerente não havia cumprido todas as suas exigências – que no caso era a realização de uma compensação ambiental, prevista no art. 36, caput, da Lei n. 9985/2000. O fato é que o IBAMA entendeu que o empreendimento produziria significativo impacto ao meio ambiente e, portanto, seria necessária a compensação ambiental, com a criação de uma unidade de conservação, sendo sua criação e manutenção a cargo da PETROBRÁS. Como a referida empresa não concordou com a exigência, por entender que sua atividade não provocaria significativo impacto ambiental, ela ajuizou a ação ordinária, para que o Poder Judiciário determinasse a concessão da referida licença ambiental.

Trata-se de um caso concreto de judicialização da política, uma vez que o Poder Judiciário pode interferir da esfera administrativa e, talvez, tomar o lugar do administrador.

Ao analisar o caso, o juiz federal entendeu que todos os requisitos legais para a concessão da licença haviam sido preenchidos e, portanto, a negativa da concessão da licença seria ilegal, tendo em vista que a PETROBRÁS apresentou os documentos listados no art. 7º, da resolução CONAMA n. 23/97, dentre eles, o Estudo de Viabilidade Ambiental (EVA).

Assim, entendeu o magistrado que como a referida resolução não trata da compensação ambiental, ela não é aplicável ao caso concreto. Se o IBAMA quisesse exigir a compensação ambiental (art. 36, Lei n. 9985/2000), deveria ter exigido o Estudo Prévio de Impacto ambiental, conforme previsão nesse dispositivo legal.

Embora o IBAMA tenha explicitado que o nome do documento deve ser tratado de modo genérico pelo intérprete, a tese que prevaleceu foi a da PETROBRÁS, determinando o juiz a imediata concessão da licença ambiental para a pesquisa pretendida. Entretanto, algumas questões devem ser explicitadas aqui.

4.2. A natureza jurídica da licença ambiental

Há que se perguntar se a licença ambiental se trata de uma licença mesma, ou se é uma autorização administrativa para exercer uma determinada atividade econômica. Como já foi dito, quando se trata de questões ambientais a Administração Pública não age considerando apenas o direito subjetivo de exploração de qualquer atividade econômica – livre iniciativa – mas, sim, a tutela do meio ambiente, bem comum de todos, que é um direito chamado de terceira geração ou dimensão, porque extrapola a esfera individual, por ser um direito difuso.

De acordo com o princípio da prevenção⁴² e o da precaução,⁴³ a Administração Pública tem por fim assegurar que os bens ambientais sejam preservados de atividades eco-

⁴² O princípio da prevenção consiste na tomada de medidas preventivas de danos ao meio ambiente. Ao invés de a Administração Pública punir os infratores da legislação ambiental ela determina a realização de Estudo de Impacto Ambiental, dentre outras medidas, para que se evitem danos ao meio ambiente. (Antônio F. G. Beltrão: *Curso de direito ambiental*. São Paulo: Método, 2009, p. 35-36; Paulo Affonso Leme Machado: *Direito ambiental brasileiro*, 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 90-92).

⁴³ O princípio da precaução se justifica pelas incertezas que rodeiam as questões ambientais. O princípio da prevenção avalia os riscos a partir da probabilidade de danos ao meio ambiente. O princípio

nômicas danosas. Mesmo que isso signifique a obstaculização de atividades econômicas, caso não seja possível a minimização dos danos ambientais em níveis aceitáveis.

A licença administrativa deve ser entendida como o instrumento pelo qual a Administração Pública autoriza que um administrado pratique determinados atos no exercício de direitos subjetivos. Assim é a licença para dirigir veículo automotor, ou para construir, por exemplo. Uma vez preenchidos os requisitos legais, não pode a Administração Pública se recusar a fornecer ao particular a referida licença, sob pena de praticar ato abusivo, atacável por mandado de segurança. Isso, porque não há para o administrador nenhuma liberdade de escolha. Uma vez preenchidos os requisitos legais, o administrado tem o direito à expedição da licença.⁴⁴ Além disso, os atos vinculados são definitivos. Uma vez praticados, não podem ser desfeitos por ato posterior, salvo quando a própria lei estabeleça um prazo de validade do ato.⁴⁵

Para Antônio Figueiredo Guerra Beltrão⁴⁶ a licença ambiental tem natureza jurídica de licença e, portanto, vinculada, pelas seguintes razões:

a) se a licença ambiental fosse considerada uma autorização, não haveria direito subjetivo à exploração de atividades econômicas, o que colocaria o administrado à mercê da discricionariedade da Administração Pública; esse entendimento violaria nosso sistema constitucional, que garante a livre iniciativa (art. 170, *caput*, CR/88);

b) a possibilidade da não renovação, modificação, suspensão ou cancelamento da licença não significa a precariedade do ato administrativo, porque não o coloca à mercê da arbitrariedade, tendo em vista que a não renovação não pode ocorrer de modo discricionário, mas, sim, de acordo com a lei.⁴⁷

Aloísio Pereira Neto também advoga pela vinculação da licença ambiental. No entanto, se houver qualquer violação das condicionantes ou normas legais, a licença poderá ser cassada.⁴⁸

Por outro lado, a autorização “é o ato pelo qual a Administração consente que o particular exerça atividade ou utilize bem público no seu próprio interesse”.⁴⁹ A autorização é um ato discricionário da Administração e precário. Portanto, a autorização pode ser cancelada a qualquer tempo.

da precaução, ao contrário, leva em consideração até mesmo os danos que são imprevisíveis, diante da falta de conhecimento no assunto e por se tratar da vida, a qual não é possível confinar nos laboratórios. Interessante é a afirmação de François Ost a respeito do tema: “[...] quanto mais se sabe, menos se afirma. Assim, será necessário conformar-se com um saber iminentemente revisável: o grande número de variantes introduzidas, bem como a multiplicidade dos elos recursivos operando entre si, frustram qualquer previsão intangível. É a uma actualização constante dos dados e a uma revisão periódica dos modelos explicativos que obriga o saber ecológico actual. (François Ost: *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do directo*, trad. Joana Chaves, Lisboa: Piaget, 1995, p. 110).

⁴⁴ José dos Santos Carvalho Filho: *Manual de Direito administrativo*, 23ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 155.

⁴⁵ Idem, *ibidem*, p.156.

⁴⁶ Antônio F. G. Beltrão: *Curso de direito ambiental*, São Paulo: Método, 2009, p. 132.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 132-133.

⁴⁸ Aloísio Pereira: “Licenciamento ambiental: entrave ao desenvolvimento ou necessidade de preservação?”, em Edson de Oliveira Braga Filho et al. (coord.): *Advocacia ambiental: segurança jurídica para empreender*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 260.

⁴⁹ José dos Santos Carvalho Filho: *Manual de Direito administrativo*, o. cit., p. 160.

O art. 170, § 1º, CR/88 estabelece que “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de *autorização* de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. (grifo nosso).

Como a proteção ambiental está inserida no contexto da Ordem Econômica, fica claro que quando as atividades econômicas ficam submetidas ao licenciamento ambiental se está diante de uma autorização ambiental.⁵⁰ Outras razões podem ser explicitadas, como se vê a seguir.

O art. 10, § 1º, da Lei 6938/81 trata do pedido de renovação da licença como forma de manifestar que essa licença ambiental tem natureza de autorização, diante da necessidade de renovação. Se fosse licença mesmo, esta se tornaria ato definitivo. A mesma lei, ao tratar dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, trata do licenciamento e da revisão das licenças, que, no mesmo sentido, demonstra a necessidade de revisão das licenças emitidas, com um caráter temporário.

A Resolução CONAMA nº. 237/97 estabelece prazo de validade das licenças ambientais, em seu art. 18 – licença prévia, não superior a 5 anos; licença de instalação, não superior a 6 anos; e licença de operação, não superior a 10 anos. A obrigatoriedade de as licenças serem temporárias também demonstra que a licença ambiental tem natureza de autorização.

Mas, o que isso significa? As autorizações são atos administrativos precários. Não estão vinculados a direitos subjetivos dos administrados, podendo ser, a qualquer tempo, canceladas, por serem atos administrativos discricionários. Nos atos vinculados a Administração não pode se negar a praticar o ato, uma vez preenchidos os requisitos legais. No entanto, o regime jurídico dos atos administrativos vinculados não é o adequado no que se refere à licença ambiental.

A alternativa não poderia consistir senão num direito brando, puramente simbólico, desprovido de todo o efeito constrangente; ou então num direito excessivamente rígido e estável, sempre ultrapassado pelas realidades. Bem entendido, há um preço a pagar: os princípios de respeito à legalidade e da segurança jurídica não poderão sair indemnes deste embrandecimento da norma, em que a iniciativa é frequentemente delegada do legislador à administração, e cujo conteúdo é objecto de uma revisão contínua.⁵¹

Diante de tantas condicionantes e levando-se em consideração que a tutela do meio ambiente se refere a um direito difuso, de interesse de toda a sociedade, não há como se permitir que a licença ambiental permaneça presa ao regime jurídico dos atos administrativos vinculados, por ser temerário dar muitos direitos subjetivos aos indivíduos, em detrimento do restante da sociedade.

Assim, para garantir uma maior efetividade à tutela ambiental, e diante do que já foi colocado pela legislação, há que se entender que a “licença ambiental” na verdade tem a natureza jurídica de uma autorização e, portanto, é um ato administrativo discricionário.

⁵⁰ Paulo Affonso Leme Machado: *Direito ambiental brasileiro*, 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009. p. 275.

⁵¹ François Ost: *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do directo*, trad. Joana Chaves, Lisboa: Piaget, 1995, p. 115.

Isso não quer dizer que os administrados estarão sujeitos à arbitrariedade do administrador, uma vez que é possível, como já foi visto, controlar a discricionariedade da Administração.

Na decisão que se comenta neste trabalho, o julgador tratou a licença ambiental como ato vinculado. Assim, uma vez demonstrado o cumprimento das exigências legais e regulamentares, nasce um direito subjetivo do administrado à expedição da licença ambiental.

No entanto, se a Administração negou a licença ambiental é porque havia elementos que colocavam em dúvida se a atividade da empresa causaria ou não danos ao meio ambiente. Nesse caso, quando o Estado-juíz profere decisão anulando aquela decisão de não conceder licença, ele age de modo a comprometer as próprias atribuições daquela entidade (IBAMA), tomando, assim, o lugar do administrador.

5. Considerações finais

A tensão política existente entre Poder Legislativo e Poder Judiciário pode ser interpretada como a intromissão deste último na esfera de atribuições do outro Poder. Por isso, é importante investigar a separação de poderes nos dias atuais.

A clássica divisão do poder estatal em Executivo, Legislativo e Judiciário não significa a divisão do referido poder, mas tão-somente uma especialização de órgãos para o melhor desempenho das funções estatais.

Por isso é possível encontramos atividades executivas no Poder Legislativo e no Poder Judiciário e vice-versa. Essas atividades são chamadas de funções atípicas dos poderes.

No âmbito da Administração Pública, no exercício de suas funções, o administrador público pode ter uma certa liberdade na tomada de suas decisões, com o fim de alcançar as finalidades da lei. Sem embargo, essa liberdade não é sinônimo de arbitrariedade, uma vez que essa margem de liberdade conferida ao administrador pela lei obriga o administrador a encontrar a melhor solução para o caso concreto.

No que se refere ao licenciamento ambiental, a licença ambiental é um ato discricionário da Administração Pública. Por isso, não basta a juntada de documentos e das exigências legais para que uma empresa receba do poder público a licença ambiental para a exploração de atividade econômica potencialmente nociva ao meio ambiente.

Embora em um primeiro momento a revisão judiciária de um ato discricionário possa parecer intromissão no mérito administrativo, diante da necessária limitação da “liberdade” do administrador público, pode o Poder Judiciário rever um ato discricionário sempre que este violar as finalidades da lei que o autorizou.

Não obstante a divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito do tema, quanto ao enquadramento da licença ambiental como ato discricionário ou vinculado, entendemos que se trata, na verdade, de ato discricionário, razão pela qual, a Administração Pública não está obrigada a emitir a licença ambiental apenas pelo simples preenchimento de requisitos previstos na lei, como a apresentação de documentos, bem como não está vinculada ao resultado do Estudo prévio de impacto ambiental. Do mesmo modo, o Estado-juíz poderá rever estes atos administrativos quando a Administração Pública extrapole os limites da lei, para a proteção dos valores constitucionais.

Referências bibliográficas

- BELTRÃO, Antônio F. G. *Curso de direito ambiental*. São Paulo: Método, 2009.
- BORDIN, Fernando Lusa. “Justiça entre gerações e a proteção do meio ambiente: um estudo do conceito de equidade intergeracional em direito internacional ambiental”, em *Revista de direito ambiental*, São Paulo, n. 52, p. 37-61, out./dez. 2008.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito administrativo*. 23 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CARVALHO, Delton Winter de. “A sociedade do risco global e o meio ambiente como um direito personalíssimo intergeracional”, em *Revista de direito ambiental*, São Paulo, n. 52, out./dez. 2008, p. 27-35.
- CLÈVE, Clémerson Merlin: *Atividade legislativa do poder executivo*, 2ª ed. São Paulo: RT, 2000.
- CORREIA NETO, Celso de Barros. “Direito ambiental simbólico?”, em *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 53, jan./mar. 2009, p. 127-144.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella: *Direito administrativo*. 13ª ed., São Paulo: Atlas, 2001.
- ENGISCH, Karl: *Introdução ao pensamento jurídico*, trad. J. Baptista Machado, 7ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- FERREIRA, Ximena Cardozo. “A possibilidade do controle da omissão administrativa na implementação de políticas públicas relativas à defesa do meio ambiente”, em *Revista de direito ambiental*, São Paulo, n. 47, jul./set. 2007, p. 152-173.
- GORDILLO, Agustín A. *Tratado de derecho administrativo*, 7ª ed., v. I, Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003.
- LEITE, José Rubens Morato; Germana Parente Neiva MELCHIOR: “Estado de direito ambiental: uma análise da recente jurisprudência ambiental do STJ sob o enfoque da hermenêutica jurídica”, em *Revista de direito ambiental*, São Paulo, n. 56, out./dez. 2009, p. 55-92.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*, 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, cap. IV do título IV (p. 219-274), “Estudo de impacto ambiental”; cap. V do título IV (p. 275-301).
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*, 2ª ed., 2ª tir., São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- NEVES, Rodrigo Santos. *Função normativa e agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito*, trad. Joana Chaves, Lisboa: Piaget, 1995.
- PEREIRA, Aloísio. “Licenciamento ambiental: entrave ao desenvolvimento ou necessidade de preservação?”, em Edson de Oliveira BRAGA FILHO et al. (coord.): *Advocacia ambiental: segurança jurídica para empreender*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 255-266.
- SARLET, Ingo Wolfgang; Tiago FENSTERSEIFER: “O papel do Poder Judiciário brasileiro na tutela e efetivação dos direitos e deveres socioambientais”, em *Revista de direito ambiental*, São Paulo, n. 52, out./dez. 2008, p. 73-100.
- SILVA, José Afonso da: *Curso de direito constitucional positivo*, 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.
- SILVA, Maurício de Jesus Nunes da: “A revogação da licença ambiental”, em *Revista de direito ambiental*, São Paulo, n. 53, jan./mar. 2009, p. 187-222.
- STRECK, Lenio Luiz. “Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas”, em Ernildo STEIN; Lenio STRECK (orgs.): *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de Verdade e Método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 153-172.
- VIANNA, Luiz Werneck; Marcelo Baumann BURGOS; Paula Martins SALLES: “Dezessete anos de judicialização da política”, em *Tempo Social*, São Paulo, vol. 19, n. 2, nov. 2007, p. 39-85.

Alan E. Vargas Lima (Bolivia)*

El derecho al medio ambiente en la Nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia

RESUMEN

Los recientes conflictos suscitados por el proyecto de construcción de una carretera en el tramo de Villa Tunari - San Ignacio de Moxos, sumados al firme desacuerdo expresado públicamente por los pueblos indígenas originarios que viven en la zona del Territorio Indígena Parque Nacional Isiboro Sécore (TIPNIS) y al peligro inminente de grave afectación al medio ambiente y la biodiversidad del sector, hacen necesario realizar algunas precisiones sobre la jerarquía constitucional del derecho al medio ambiente en Bolivia, a través de la aprobación de la Nueva Constitución Política del Estado, y su configuración como derecho colectivo o de los pueblos, para así perfilar los mecanismos jurisdiccionales idóneos para su protección efectiva.

Palabras clave: medio ambiente, gestión del riesgo ambiental, daño ambiental, tierras indígenas, derecho originario campesino, derecho indígena, jurisdicción constitucional, jurisprudencia, Bolivia.

ZUSAMMENFASSUNG

Angesichts der vor Kurzem durch das Straßenbauvorhaben im Abschnitt Villa Tunari - San Ignacio de Moxos ausgelösten Auseinandersetzungen und der von den im Gebiet des Indigenen Territoriums Nationalpark Isidoro Sécore (TIPNIS) lebenden indigenen Völkern öffentlich zum Ausdruck gebrachten Ablehnung sowie der unmittelbaren Gefahr eines schwerwiegenden Eingriffs in die Umwelt und die Biodiversität des genannten Gebiets ist es notwendig, einige Klarstellungen zur verfassungsrechtlichen Stellung des mit der Verabschiedung der neuen Staatsverfassung verbundenen Rechts auf Umwelt in Bolivien und seiner Strukturierung als kollektives Recht der Völker vorzunehmen, um so die angemessenen Rechtsprechungsmechanismen zu ihrem effektiven Schutz herauszuarbeiten.

* Abogado especialista en Derecho Constitucional por la Universidad Mayor de San Andrés. Actualmente es asesor legal de la Dirección Jurídica del Gobierno Autónomo Municipal de La Paz. Responsable del blog jurídico *Tren Fugitivo Boliviano* (<http://alanvargas4784.blogspot.com/>). <alanvargas84@hotmail.com>

Schlagwörter: Umwelt, Management der Umweltrisiken, Umweltschaden, indigenes Land, ursprüngliches Campesino-Recht, indigenes Recht, Verfassungsgerichtsbarkeit, Rechtsprechung, Bolivien.

ABSTRACT

The project for the construction of a section of highway from Villa Tunari to San Ignacio de Moxos has recently sparked several conflicts and the native indigenous people who inhabit the indigenous territory in the Isiboro Sécure National Park (TIPNIS) in Bolivia have publicly expressed their strong disagreement. In light of the imminent danger of seriously affecting the environment and the biodiversity in the region, we feel the need to clarify the constitutional hierarchy of the right to the environment in Bolivia – through the approval of the new Political Constitution of the State – and its configuration as a collective right or a right of the indigenous people, in order to understand the proper judicial mechanisms for its effective protection.

Keywords: environment; environmental risk management; environmental damage; indigenous lands; primary rural law; indigenous law; constitutional jurisdiction; precedent; Bolivia.

1. La Constitución y los principios, valores y fines esenciales del Estado plurinacional

De acuerdo a la doctrina del derecho constitucional, el Estado democrático constitucional de derecho (que constituye la base sobre la cual se desarrolla el actual Estado Plurinacional de Bolivia) es un sistema de organización social y política basado en el imperio de la Constitución, como norma que obliga por igual a todos (gobernantes y gobernados). Esta se halla estructurada sobre la base de determinados valores supremos y principios fundamentales, según los cuales se crea y perfecciona el ordenamiento jurídico, se limita y controla el poder estatal, así como también se protegen efectivamente los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Actualmente la Nueva Constitución Política del Estado, aprobada en el 2009, tras declarar que “Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías”, dedica su capítulo segundo a establecer expresamente los *principios, valores y fines del Estado*. El artículo 8 declara que el Estado Plurinacional de Bolivia “asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural, los siguientes: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble)”; y que “se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien”.

Por su parte, el artículo 9 constitucional, en forma innovadora también dispone expresamente:

Son fines y funciones esenciales del Estado, además de los que establece la Constitución y la ley: 1. Constituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales. 2. Garantizar el bienestar, el desarrollo, la seguridad y la protección e igual dignidad de las personas, las naciones, los pueblos y las comunidades, y fomentar el respeto mutuo y el diálogo intracultural, intercultural y plurilingüe. 3. Reafirmar y consolidar la unidad del país, y preservar como patrimonio histórico y humano la diversidad plurinacional. 4. Garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución. 5. Garantizar el acceso de las personas a la educación, a la salud y al trabajo. 6. Promover y garantizar el aprovechamiento responsable y planificado de los recursos naturales, e impulsar su industrialización, a través del desarrollo y del fortalecimiento de la base productiva en sus diferentes dimensiones y niveles, así como la conservación del medio ambiente, para el bienestar de las generaciones actuales y futuras.

En este sentido, siempre en el marco de la preservación de la unidad del Estado, las naciones y pueblos indígena originario campesinos también gozan del derecho a “vivir en un medio ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas”, aspecto que ahora se encuentra constitucionalmente reconocido (artículo 30, parágrafo II, numeral 10) y que pone de manifiesto la naturaleza del derecho al medio ambiente como un derecho colectivo, además de ser un derecho fundamental de todas las personas, como se verá a continuación. Cabe hacer notar que este derecho halla su complemento en el numeral 15 del mismo artículo 30, parágrafo II, a través del cual la propia Constitución establece que las naciones y pueblos indígena originario campesinos tienen derecho:

A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan.

2. Los derechos fundamentales de la persona

De manera general, los derechos fundamentales son aquellas capacidades o facultades que tienen todos los seres humanos para hacer o dejar de hacer algo, para pedir y plantear la atención de sus necesidades y formular requerimientos a sus autoridades y/o representantes. De ahí que los derechos fundamentales se encuentren consagrados en la Nueva Constitución Política del Estado como una fuente de garantía para su efectivo cumplimiento, resguardo y protección por parte del Estado. Debe considerarse además

que su consagración e inserción en las normas jurídicas solo constituyen un reconocimiento formal que hace el Estado, por cuanto los derechos fundamentales de las personas son inherentes a la naturaleza humana y existen más allá de la norma jurídica.

Ahora bien, algunos autores estiman que los *derechos humanos* o *derechos del hombre*, llamados clásicamente *derechos naturales* y actualmente *derechos morales*, no son en realidad auténticos derechos —protegidos mediante acción procesal ante un juez—, sino criterios morales de especial relevancia para la convivencia humana, y que, en todo caso, una vez que determinados derechos humanos se positivizan, adquieren la categoría de verdaderos derechos protegidos procesalmente y se transforman en derechos fundamentales vigentes en determinado ordenamiento jurídico, lo que equivale a decir que *los derechos fundamentales son derechos humanos positivados por la legislación interna de un Estado*. En otras palabras, la expresión *derechos fundamentales* designa a los derechos garantizados y reconocidos por la Constitución, mientras que la denominación *derechos humanos* hace referencia a los derechos proclamados y garantizados por las normas y los instrumentos internacionales. Los primeros tienen como fuente de producción al legislador constituyente; los segundos, a los Estados y organismos internacionales.¹

Convencionalmente los derechos humanos se encuentran clasificados en tres grupos, de acuerdo al momento de su aparición histórica y reconocimiento positivo. Esto no importa una jerarquización, dado que todos estos derechos son aplicables en un plano de igualdad. Los tres grupos son los siguientes:

2.1. Los derechos civiles y políticos

Son aquellos que responden a la concepción liberal del hombre, considerado como sujeto particular dotado de potestades, facultades y capacidades propias, en el marco de la exaltación del valor supremo de la libertad individual. Se trata de aquellos derechos individuales de inspiración liberal que fueron proclamados de manera formal y sistematizada por primera vez en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), cuyo objetivo esencial es el reconocimiento de las facultades y capacidades inherentes a la persona humana frente a los posibles abusos del poder público.

En este grupo de derechos, de manera enunciativa y no limitativa, se pueden citar el *derecho a la vida, a la igualdad ante la ley, a la libertad física o de locomoción, a la propiedad privada, al honor y la buena imagen, a la inviolabilidad del domicilio, a la seguridad e integridad personal, a la petición, a la libertad de conciencia, a la libertad de expresión, a la libertad de elegir y ser elegido, al debido proceso, a la presunción de inocencia, y un largo* etcétera de manifestaciones.²

¹ Willman R. Durán Ribera: *Principios, derechos y garantías constitucionales*, Santa Cruz: Comunicaciones El País, 2005, pp. 99-100.

² La doctrina del derecho internacional de los derechos humanos considera que los derechos civiles y políticos constituyen obligaciones negativas para el Estado, porque demandan una actitud pasiva de este, que debe abstenerse de invadir el ámbito individual de la persona y, por lo mismo, se halla impedido de restringir o suprimir sus derechos. Dicho de otra forma, el Estado debe abstenerse de interferir en el ejercicio y el pleno goce de estos derechos por parte del ser humano, y limitarse a garantizar su efectividad mediante la creación de mecanismos jurisdiccionales de protección. Cf. José Antonio Rivera

2.2. Los derechos económicos, sociales y culturales

Conocidos también como los *derechos de segunda generación*, son aquellos que responden a una concepción del hombre como ente social, con capacidades y facultades inherentes a su desenvolvimiento en la sociedad; de ahí que, partiendo de la prevalencia del valor supremo de la igualdad frente a la libertad, se manifiestan como la expresión de la solidaridad humana, con un profundo contenido social.

Estos derechos fueron proclamados inicialmente en las Constituciones de los Estados, a partir del surgimiento del *constitucionalismo social*, es decir, entre finales de la primera guerra mundial e inicios de la segunda (período de entreguerras), y básicamente tienen la finalidad de asegurar a los seres humanos condiciones de vida fundamentadas en la dignidad humana, a través de la cual se reclama el derecho de todo ser humano a tener seguridad social y a la atención de las mínimas necesidades económicas, sociales y culturales.

En este segundo grupo de derechos, con carácter enunciativo y no limitativo, se pueden mencionar el *derecho al trabajo, a la seguridad social, a la libertad sindical, a la huelga, a la asistencia social, al descanso, a la vivienda, a la distribución equitativa de la riqueza social, a la educación, a adquirir cultura, a la familia*, además de la función social de la propiedad y otro largo etcétera de posibles manifestaciones.³

2.3. Los derechos colectivos o de los pueblos

Conocidos también como los *derechos de tercera generación*, son aquellos que corresponden al hombre en relación con su entorno (hábitat), ello en relación con el territorio, su cultura, sus costumbres y tradiciones; vale decir que son derechos inherentes a las colectividades humanas, como las minorías étnicas o políticas y los grupos religiosos, basados en la consideración del hombre como sujeto universal de derechos.

Estos derechos humanos de tercera generación se basan en la premisa de conceder o aceptar que todos los pueblos del mundo deben tener las condiciones mínimas para su desarrollo, lo que significa que el sujeto de estos derechos, más que el individuo mismo, es la colectividad, el pueblo y la humanidad entera. Sin embargo, el contenido de estos derechos no está totalmente determinado. Al igual que los de segunda generación, son producto de determinados cambios históricos de la humanidad, por lo que, consagrados en diversas convenciones e instrumentos internacionales, aún están en proceso de definición concreta.

Entre los derechos humanos colectivos o de los pueblos, con carácter enunciativo y no limitativo, se pueden nombrar el *derecho a un medio ambiente sano, a un orden ecológico*

S., Stefan Jost y otros: *La Constitución Política del Estado: comentario crítico*, 3.^a ed., actualizada con las reformas del 2004, Cochabamba: Kipus, 2005, p. 38.

³ La doctrina internacional considera que estos derechos “constituyen obligaciones positivas para el Estado, es decir, para la gestión estatal en el orden social, económico y cultural, pues el ejercicio efectivo de un derecho social requiere de la creación e implementación de las condiciones necesarias y básicas por parte del Estado, para que los seres humanos puedan tener acceso a estos derechos acorde con las condiciones económicas de cada nación.” *Ibidem*, p. 39.

equilibrado, a la identidad cultural, al uso y el respeto de la lengua materna o de origen, a la libre determinación de los pueblos, a la paz, al desarrollo humano sostenible y sustentable, al acceso a la propiedad de la tierra y al espacio público, entre muchos otros.

3. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fue adoptada en Nueva York el 13 de septiembre de 2007, durante la 61.^a sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Cabe hacer notar que, aunque una declaración de la Asamblea General no es un instrumento coercitivo del derecho internacional, representa el desarrollo internacional de las normas legales y refleja el compromiso de la Organización de las Naciones Unidas y los Estados miembros. De ahí que, para la ONU, la Declaración constituye un marco importante para el tratamiento de los pueblos indígenas del mundo y será indudablemente una herramienta significativa para eliminar las violaciones de los derechos humanos contra más de 370 millones de indígenas en el mundo, apoyándolos en su lucha contra la discriminación.

En este sentido, la Declaración precisa los derechos colectivos e individuales de los pueblos indígenas, especialmente los derechos a sus tierras, bienes, recursos vitales, territorios y recursos, a su cultura, identidad y lengua, al empleo, la salud, la educación y a determinar libremente su condición política y su desarrollo económico. Asimismo, subraya el derecho de los pueblos indígenas a mantener y fortalecer sus propias instituciones, culturas y tradiciones, y a perseguir libremente su desarrollo de acuerdo con sus propias necesidades y aspiraciones; prohíbe la discriminación contra los indígenas y promueve su plena y efectiva participación en todos los asuntos que les conciernen, y su derecho a mantener su diversidad y a bregar por su propia visión económica y social.⁴

La importancia de la Declaración radica en reconocer que el respeto de los conocimientos, las culturas y las prácticas tradicionales indígenas contribuye al desarrollo sostenible y equitativo y a la ordenación adecuada del medio ambiente. En este sentido el artículo 29, destinado a proclamar el derecho al medio ambiente, establece:

[Los pueblos indígenas] tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación.⁵

⁴ En la Asamblea General, 143 países votaron a favor, 4 en contra (Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Estados Unidos) y hubo 11 abstenciones (Azerbaiyán, Bangladés, Bután, Burundi, Colombia, Georgia, Kenia, Nigeria, Rusia, Samoa y Ucrania); 34 estados no estuvieron presentes en la votación. ¹¹

⁵ El mismo artículo 29 también dispone expresamente: “Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado. [...]”.

4. Los derechos de la Madre Tierra

A los efectos de comprender en su integridad la temática abordada en el presente ensayo, también es importante poner de relieve que el 21 de diciembre de 2010 se puso en vigencia en Bolivia la Ley de Derechos de la Madre Tierra (n.º 71), que tiene por objeto reconocer los derechos de la Madre Tierra, así como las obligaciones y deberes del Estado Plurinacional y de la sociedad para garantizar el respeto de esos derechos.

En este sentido, entre los principios de obligatorio cumplimiento (artículo 2) que rigen la referida ley sobresalen algunos principios. En virtud del *principio de bien colectivo*, “el interés de la sociedad, en el marco de los derechos de la Madre Tierra, prevalecen en toda actividad humana y por sobre cualquier derecho adquirido”.

El *principio de garantía de regeneración de la Madre Tierra* establece:

El Estado en sus diferentes niveles y la sociedad, en armonía con el interés común, deben garantizar las condiciones necesarias para que los diversos sistemas de vida de la Madre Tierra puedan absorber daños, adaptarse a las perturbaciones, y regenerarse sin alterar significativamente sus características de estructura y funcionalidad, reconociendo que los sistemas de vida tienen límites en su capacidad de regenerarse, y que la humanidad tienen límites en su capacidad de revertir sus acciones.

En complemento de lo anterior, el *principio de respeto y defensa de los Derechos de la Madre Tierra* dispone que “el Estado y cualquier persona individual o colectiva respetan, protegen y garantizan los derechos de la Madre Tierra para el Vivir Bien de las generaciones actuales y las futuras”.

Por último, a través del *principio de no mercantilización* se ha dispuesto expresamente que “no pueden ser mercantilizados los sistemas de vida, ni los procesos que sustentan, ni formar parte del patrimonio privado de nadie”.

Ahora bien, según el artículo 3 de la ley, la Madre Tierra se entiende como aquel “sistema viviente dinámico conformado por la comunidad indivisible de todos los sistemas de vida y los seres vivos, interrelacionados, interdependientes y complementarios, que comparten un destino común”; de ahí que la Madre Tierra sea “considerada sagrada, desde las cosmovisiones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos”.

Los sistemas de vida que reconoce la ley (artículo 4) son, precisamente, aquellas comunidades complejas y dinámicas de plantas, animales, microorganismos y otros seres y su entorno, en las que interactúan comunidades humanas y el resto de la naturaleza como una unidad funcional, bajo la influencia de factores climáticos, fisiográficos y geológicos, así como de las prácticas productivas, y la diversidad cultural de las bolivianas y los bolivianos, y las cosmovisiones de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, las comunidades interculturales y afrobolivianas.

En el ámbito estrictamente jurídico, debe considerarse que para efectos de la protección y tutela de sus derechos, la Madre Tierra adopta el carácter de *sujeto colectivo de interés público*, por lo que ella y todos sus componentes, incluidas las comunidades humanas, son titulares de todos los derechos inherentes reconocidos en la misma ley. Así,

la aplicación de los derechos de la Madre Tierra debe tomar en cuenta las especificidades y particularidades de sus diversos componentes. Además, los derechos establecidos en el texto no limitan la existencia de otros derechos inherentes a la Madre Tierra, según su naturaleza.

En definitiva, todas las bolivianas y bolivianos que formamos parte de la comunidad de seres que componen la Madre Tierra podemos ejercer los derechos establecidos en la mencionada ley, de forma compatible con nuestros derechos individuales y colectivos, teniendo presente que el ejercicio de los derechos individuales está limitado por el ejercicio de los derechos colectivos en los sistemas de vida de la Madre Tierra. Por ello, cualquier conflicto entre derechos debe resolverse de manera que no se afecte irreversiblemente la funcionalidad de los sistemas de vida, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 6 de la citada ley.

5. El bloque de constitucionalidad y el Convenio 169 de la OIT⁶

5.1. La teoría del bloque de constitucionalidad

La teoría del bloque de constitucionalidad surgió en Francia, más tarde se extendió a los países europeos y fue asimilada en Latinoamérica. Dicha teoría sostiene que aquellas normas que no forman parte del texto de la Constitución pueden formar parte de un conjunto de preceptos que por sus cualidades intrínsecas se deben utilizar para develar la constitucionalidad de una norma legal; así, las jurisdicciones constitucionales agregan a su Constitución, para efectuar el análisis valorativo o comparativo, normas a las que conceden ese *valor supralegal* que las convierte en parámetro de constitucionalidad.

En Bolivia, la jurisdicción constitucional ha concedido al bloque de constitucionalidad un alcance perceptible en la SC 1420/2004-R, del 6 de septiembre, que dispone:

[...] conforme ha establecido este Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia, los tratados, convenciones o declaraciones internacionales sobre derechos humanos a los que se hubiese adherido o suscrito y ratificado el Estado boliviano forman parte del bloque de constitucionalidad y los derechos consagrados forman parte del catálogo de los derechos fundamentales previstos por la Constitución.

Tal entendimiento fue ratificado en la SC 1662/2003-R, del 17 de noviembre, en la que se expresó:

[...] este Tribunal Constitucional, realizando la interpretación constitucional integradora, en el marco de la cláusula abierta prevista por el art. 35 de la

⁶ Este acápite está basado íntegramente en los fundamentos jurídicos de la jurisprudencia constitucional contenida en la sentencia constitucional 0045/2006, del 2 de junio, disponible en <<http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/>>.

Constitución, ha establecido que los tratados, las declaraciones y convenciones internacionales en materia de derechos humanos, forman parte del orden jurídico del sistema constitucional boliviano como parte del bloque de constitucionalidad, de manera que dichos instrumentos internacionales tienen carácter normativo y son de aplicación directa, por lo mismo los derechos en ellos consagrados son invocables por las personas y tutelables a través de los recursos de hábeas corpus y amparo constitucional conforme corresponda.

De la jurisprudencia glosada se deduce que el bloque de constitucionalidad en Bolivia lo conforman, además del texto de la Constitución, los tratados, las declaraciones y convenciones internacionales en materia de derechos humanos ratificados. Queda claro que no todo tratado, declaración, convención o instrumento internacional es parte del bloque de constitucionalidad, sino solo aquellos referidos a los derechos humanos. Tal comprensión es posible, como lo explica la jurisprudencia glosada, por la cláusula abierta prevista por el artículo 35 de la CPE, ya que, tal como la doctrina de otros países de la región concibe, solo es posible aceptar a las normas internacionales dentro del bloque de constitucionalidad cuando existe una permisión expresa en la Constitución.

Así, la sentencia C-401/05, del 14 de abril de 2005, de la Corte Constitucional de Colombia expresa:

[...] la incorporación de una norma al bloque de constitucionalidad debe tener fundamento expreso en la Carta. Es lo que ocurre con los tratados de derechos humanos, los cuales fueron integrados expresamente por la Constitución al bloque de constitucionalidad al señalar que sus normas prevalecen en el orden interno y al prescribir que los derechos y deberes constitucionales serán interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia [...]. Con todo, la Constitución colombiana no señala en ninguna de sus disposiciones que el conjunto de los tratados ratificados por Colombia debe ser tenido en cuenta por la Corte al examinar la constitucionalidad de las leyes. Esto significa, si se sigue el principio que permite identificar la normatividad que conforma el bloque de constitucionalidad, que no todos los tratados internacionales forman parte de él.

5.2. El Convenio n.º 169 de la OIT y su vigencia en Bolivia

El Convenio 169 de la OIT, ratificado por Bolivia mediante ley n.º 1257, del 11 de julio de 1991, forma parte del bloque de constitucionalidad boliviano porque, además de ser un convenio sobre derechos humanos, tiene como objeto promover en los países del mundo la efectiva aplicación y respeto de los derechos fundamentales de las personas mediante políticas tendientes a evitar la discriminación de los pueblos indígenas y tribales, a fin de que puedan gozar en forma efectiva de los derechos humanos consagrados para toda la humanidad.

En la Constitución boliviana reformada en 1994, las normas previstas por el artículo 171.1 reconocían en forma expresa los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional, aspecto que actualmente se encuentra regulado en los artículos citados de la Nueva Constitución Boliviana, aprobada

en enero de 2009. En este marco, el Convenio 169 de la OIT debe ser considerado una norma integrante del bloque de constitucionalidad, por cuanto consagra derechos de los pueblos indígenas y tribales, lo que lo convierte en un parámetro para verificar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley.

Uno de los derechos consagrados por el Convenio 169 de la OIT es el *derecho de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados sobre la existencia o no de perjuicio a sus intereses por la explotación de los recursos naturales existentes en sus tierras*, en países como Bolivia, en los cuales la propiedad de los minerales e hidrocarburos es del Estado. Así, a tiempo de consagrar dicho derecho, las normas del artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT disponen:

En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

Del artículo transcrito surgen las siguientes normas:

1. una norma determinativa del campo de aplicación del derecho a la consulta, que establece que el referido artículo 15.2 del Convenio 169 de la OIT solo es aplicable en los países en los cuales el Estado tenga la propiedad de los minerales o recursos del subsuelo, como Bolivia (artículos 136, 138 y 139 de la CPE reformada en 1994);
2. una norma que impone la obligación que tiene el Estado de establecer mecanismos para consultar a los pueblos indígenas y tribales sobre la afectación a sus intereses antes de iniciar cualquier trabajo tendiente a explotar los recursos del subsuelo, y
3. una norma destinada a conceder el derecho de dichos pueblos a participar de los beneficios que la explotación de los recursos de su subsuelo reporten, siempre que sea posible —lo que equivale a decir que participarán de los beneficios si es que estos existen—, así como a percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir por las actividades que se desarrollen.

En conclusión, lo que la norma analizada impone es una obligación al Estado de consultar la existencia de afectación a los intereses de pueblos indígenas y tribales, atendiendo a las particulares circunstancias sociológicas de estos, y no que dicha consulta tenga carácter determinativo o definitivo para conseguir la aquiescencia de dichos pueblos, sin la cual no sea posible explotar los recursos del subsuelo que son propiedad del Estado; más bien la norma analizada impone el deber de consultar cuál es el daño que pueden sufrir sus intereses, para que sea debida y equitativamente indemnizado.

Por tanto, la consulta no puede ser entendida como la solicitud de una autorización, sino como un acto efectivo de consultar a los pueblos indígenas y tribales asentados en los territorios objeto de la explotación sobre la cuantificación del daño a sus intereses que sufrirán como efecto de dicha extracción. Mucho menos puede ser entendida como una

facultad para impedir la explotación de la riqueza del subsuelo que pertenece al Estado, pues por encima de los intereses de grupo de cualquier índole se encuentra el supremo interés de la mayoría, expresado por las autoridades del Estado.

6. El derecho a la consulta previa en las normas del bloque de constitucionalidad⁷

El derecho a la consulta previa fue reconocido a los pueblos indígenas en el *Convenio 169 de la OIT*, cuyo artículo 6.1 estableció que al aplicar las disposiciones del Convenio 169 los gobiernos deberán:

- a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instancias representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

El artículo 6.2 del Convenio dispone:

Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

La consulta se extiende a los recursos existentes en las tierras de los pueblos indígenas, de acuerdo al artículo 15.2 del Convenio 169, el cual señala que, cuando la propiedad de los minerales o recursos del subsuelo corresponda al Estado, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en esas tierras.

Dichas normas fueron ampliadas y precisadas en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que en el artículo 19 establece:

Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten, para obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Además, el artículo 32 de la Declaración, específicamente respecto a las tierras y territorios, sostiene:

⁷ Este acápite está basado íntegramente en los fundamentos jurídicos de la jurisprudencia constitucional contenida en la reciente sentencia constitucional 2003/2010, del 25 de octubre, disponible virtualmente en <<http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/>>.

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.

2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

3. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar sus consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.

Por su parte, la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia reconoce, en el artículo 30.15, el derecho de los pueblos indígenas originarios:

A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles.

Posteriormente añade:

[...] se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan.

En cuanto a los recursos naturales, el artículo 403 de la CPE reconoce la integralidad del territorio indígena originario campesino, que incluye el derecho a la tierra, al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables, a la consulta previa e informada y a la participación en los beneficios por la explotación de los recursos naturales no renovables que se encuentran en sus territorios.

Ahora bien, a la luz de las normas constitucionales e internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas, que —como se ha señalado— forman parte del bloque de constitucionalidad en Bolivia, de conformidad a lo establecido en el artículo 410 de la CPE, se puede concluir que la consulta previa es un deber del Estado, tanto en el nivel central como en las entidades territoriales autónomas, que debe efectuarse a través de las instituciones representativas de los pueblos indígenas.

Esta consulta debe ser realizada de buena fe y de manera apropiada a las circunstancias en los siguientes casos:

- a. antes de adoptar o aplicar leyes o medidas que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas (artículos 6.1. del Convenio 169, 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y 30.15 CPE);
- b. antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras o territorios y otros recursos (artículo 32.2. de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas);

- c. antes de autorizar o emprender cualquier programa de prospección o explotación de los recursos naturales que se encuentren en las tierras donde habitan pueblos indígenas (artículos 15.2 del Convenio 169, 32.2. de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y 30.15 y 403 de la CPE), y
- d. antes de utilizar las tierras o territorios indígenas para actividades militares (artículo 30 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas).

La consulta referida debe ser desarrollada con la finalidad de lograr un acuerdo con los pueblos o su consentimiento libre, previo e informado. Ahora bien, cabe aclarar que este consentimiento es una finalidad de la consulta, pero no un derecho en sí mismo, salvo en las dos situaciones previstas tanto en el Convenio 169 como en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: 1) *traslados de las tierras que ocupan y su reubicación* (artículos 16.2 del Convenio 169 y 10 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas), y 2) *almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas* (artículo 29 de la Declaración).

A los dos supuestos anotados debe añadirse un tercero, que fue establecido jurisprudencialmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso del *Pueblo Saramaka contra Surinam*, en el que reconoció el derecho al consentimiento:

[...] cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones. La Corte considera que la diferencia entre “consulta” y “consentimiento” en este contexto requiere de mayor análisis.

En la misma sentencia el tribunal señaló:

[...] el Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas ha observado, de manera similar, que: [s]iempre que se lleven a cabo [proyectos a gran escala] en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes no son capaces de entender, mucho menos anticipar. [L]os efectos principales [...] comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración [y], en algunos casos, abuso y violencia. En consecuencia, el Relator Especial de la ONU determinó que “[e]s esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo”⁸

⁸ Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka contra Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007*, serie C, n.º 172. Conforme a lo anotado, para

7. El derecho al medio ambiente

La Nueva Constitución Boliviana pone de relieve la necesidad de protección y preservación del medio ambiente al reconocer expresamente en su texto, entre los derechos sociales y económicos, el *derecho al medio ambiente*, que consiste principalmente en que *todas las personas, sin distinción alguna, tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado, a cuyo efecto el ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente.*

Por esta razón, cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad, se encuentra plenamente facultada para ejercitar las *acciones legales en defensa del derecho al medio ambiente*, sin perjuicio de la obligación que tienen las autoridades e instituciones públicas de actuar de oficio (sin necesidad de requerimiento previo) frente a los atentados contra el medio ambiente. Todo ello al tenor combinado de lo previsto por los artículos 33 y 34 de la Nueva Constitución Boliviana, considerando sobre todo que el Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos establecidos en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales de derechos humanos (artículo 14, parágrafo III constitucional). En complemento de lo anterior, todas las bolivianas y bolivianos, tenemos el deber ineludible de proteger y defender un medio ambiente adecuado para el desarrollo de los seres vivos (artículo 108, numeral 16 constitucional).

Indudablemente, el artículo 33 de la Constitución Boliviana optó por categorizar como derecho colectivo de todos los habitantes el derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. Esta afirmación se ratifica al comparar la citada norma con la regulación de la *acción popular* prevista en el artículo 135 constitucional, que al especificar los derechos e intereses colectivos tutelables por vía de esa acción constitucional alude a los relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el *medio ambiente* y otros de similar naturaleza reconocidos por la misma Constitución.

Como se puede ver, ciertamente son importantes e innovadoras las disposiciones que se insertaron en nuestro texto constitucional a fin de preservar el derecho al medio ambiente de que goza toda persona por su condición de tal. Se trata de un derecho de naturaleza ambivalente (como derecho y deber fundamental) e inherente al ejercicio de los demás derechos en relación con los semejantes.

Sin embargo, la temática del medio ambiente como tal no se limita a su concreción como un derecho fundamental de las personas,⁹ sino que también extiende sus alcances

implementar los proyectos de los tres supuestos antes señalados se debe obtener el consentimiento de los pueblos indígenas, lo que significa que en tales casos los pueblos tienen la potestad de vetar el proyecto; en los demás casos, cuando la consulta se desarrolla de buena fe, con métodos e información apropiados, los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la elaboración del proyecto, y el Estado debe actuar de forma razonable, sujeto a normas, principios y valores contenidos en la Constitución Política —entre ellos el principio de legalidad y la prohibición de arbitrariedad—, respetando los derechos de las comunidades originarias, evitando impactos nocivos a su hábitat y *modus vivendi*.

⁹ Al respecto, se debe considerar también que es deber del Estado y de la población conservar, proteger y aprovechar de manera sustentable los recursos naturales y la biodiversidad, así como mantener el equilibrio del medio ambiente, en cuya virtud la población tiene derecho a participar en la gestión

al ámbito educativo. Esto se debe a que la educación, además de constituir una función suprema y primera responsabilidad financiera del Estado (quien tiene la obligación indeclinable de sostenerla, garantizarla y gestionarla), debe estar orientada “al desarrollo de competencias, aptitudes y habilidades físicas e intelectuales que vincule la teoría con la práctica productiva”, así como “a la conservación y protección del medio ambiente, la biodiversidad y el territorio para el vivir bien”, de acuerdo a lo previsto expresamente por el artículo 80 constitucional.

8. Garantías constitucionales en defensa del derecho al medio ambiente en Bolivia

Al indagar sobre las garantías existentes en el sistema constitucional boliviano para la defensa del derecho colectivo al medio ambiente sano, se debe hacer necesaria referencia a la naturaleza y los alcances del control de constitucionalidad, de acuerdo a la Nueva Constitución Boliviana. En este sentido, el nuevo Tribunal Constitucional Plurinacional, de acuerdo a su configuración constitucional, ha sido instituido como el máximo guardián y supremo intérprete de la Constitución, con la cualidad de defensor de los derechos fundamentales. Por lo mismo, su función principal es la de ejercer en forma exclusiva el control de constitucionalidad con alcance nacional, garantizando la primacía de la Ley Fundamental del Estado, la plena validez del orden constitucional y democrático, así como el respeto y la vigencia plena de los derechos fundamentales y garantías constitucionales de las personas.

Precisamente para el cumplimiento eficaz de esas funciones, los artículos 202 de la Nueva Constitución Política del Estado (NCPE) y el 12 de la nueva Ley n.º 27 del Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) enumeran las competencias específicas de esta institución para que desarrolle su labor jurisdiccional especializada en una triple dimensión: a) el *control normativo de constitucionalidad*; b) el *control sobre el ejercicio del poder político*, y c) el *control tutelar de los derechos fundamentales y garantías constitucionales*. A los efectos de este ensayo, únicamente nos interesará desarrollar el ámbito del control tutelar de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, en razón de que la problemática planteada se encuentra directamente vinculada a los derechos colectivos en general y al derecho a un medio ambiente sano en particular.

En este sentido, como he señalado en otro trabajo,¹⁰ el control tutelar tiene la finalidad de resguardar y garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales y garantías constitucionales, que operan como límites al ejercicio del poder público del Estado. De acuerdo a lo establecido en la atribución 7.ª del artículo 12 de la ley n.º 27, el TCP debe

ambiental, a ser consultada e informada previamente sobre decisiones que pudieran afectar la calidad del medio ambiente, de acuerdo al tenor combinado de los artículos 342 y 343 de la Nueva Constitución Boliviana.

¹⁰ Alan E. Vargas Lima, *Reflexiones críticas sobre la Nueva Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional en Bolivia*, de próxima publicación.

ejercer este control a través de la revisión de las resoluciones emitidas a la conclusión de los procesos constitucionales emergentes de las siguientes acciones:

- a. *Acción de libertad*, que extiende su ámbito de protección a toda persona que considere que su vida está en peligro, que es ilegalmente perseguida, o que es indebidamente procesada o privada de su libertad personal. Vale decir que en el nuevo sistema constitucional boliviano los alcances de esta acción tutelar se han ampliado, con la finalidad de dar efectiva protección no solo a quienes se encuentran ilegalmente privados de libertad, sino también a quienes consideren que su libertad física o personal y su propia vida estén amenazadas.
- b. *Acción de amparo constitucional*, que extiende su ámbito de procedencia contra actos u omisiones ilegales o indebidas de los servidores públicos, o de personas individuales o colectivas que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la Ley. Vale decir que se trata de una acción extraordinaria que tiene por objeto la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas, siempre que no exista otro medio o recurso legal para su defensa, a cuyo efecto esta acción tutelar se rige esencialmente por los principios de *subsidiariedad e inmediatez*, lo que implica la necesidad de otorgar una protección inmediata y eficaz a los derechos fundamentales y garantías constitucionales que en su momento resultaran lesionados.
- c. *Acción de protección de privacidad*, que se activa en favor de toda persona individual o colectiva que crea estar indebida o ilegalmente impedida de conocer, objetar u obtener la eliminación o rectificación de los datos registrados por cualquier medio físico, electrónico, magnético o informático, en archivos o bancos de datos públicos o privados, o que afecten a su *derecho fundamental a la intimidad y privacidad personal o familiar, o a su propia imagen, honra y reputación*.
- d. *Acción de cumplimiento*, que procederá en caso de incumplimiento de disposiciones constitucionales o de la ley, por parte de servidores públicos, con el objeto de garantizar la ejecución de la norma omitida. A tal efecto, dicha acción es susceptible de interponerse por la persona individual o colectiva afectada, o por otra a su nombre con poder suficiente, ante juez o tribunal competente, y debe tramitarse de acuerdo a las mismas reglas de procedimiento previstas para la acción de amparo constitucional.
- e. *Acción popular*, que de acuerdo al texto constitucional vigente procederá contra todo acto u omisión de las autoridades o de personas individuales o colectivas que vulneren o amenacen con vulnerar derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicas, el medio ambiente y otros de similar naturaleza reconocidos por la misma Constitución (artículo 135 constitucional).¹¹

¹¹ Para mayor información sobre estas nuevas acciones tutelares (*acción de cumplimiento y acción popular*) que recientemente se han incorporado al sistema constitucional boliviano, y con amplia referencia a la doctrina y jurisprudencia comparadas, ahora puede consultarse *Revista Boliviana de Derecho Nacional e Internacional - La Jurídica*, n.º 1, marzo de 2011, pp. 11-43.

Asimismo, se ha previsto que la *acción popular* podrá interponerse durante el tiempo que subsista la vulneración o la amenaza a los derechos e intereses colectivos, a cuyo efecto, y para interponer esta acción, no será necesario agotar la vía judicial o administrativa que pueda existir, de donde se desprende que esta vía tutelar no tiene carácter subsidiario, sino que por el contrario es de activación inmediata, sin necesidad de trámite y/o formalidades previas.

Además de lo anterior, podrá interponer esta acción cualquier persona afectada, a título individual o en representación de una colectividad (con la acreditación legal correspondiente) y, con carácter obligatorio, *el Ministerio Público y el Defensor del Pueblo*, cuando por el ejercicio de sus funciones tengan conocimiento de estos actos, debiéndose aplicar el procedimiento previsto para la tramitación de la Acción de Amparo Constitucional (ello según lo previsto por el artículo 136 constitucional, en concordancia con lo previsto por los artículos 128 y 129 constitucionales).

De las normas previstas por la Constitución se infiere que tanto el Ministerio Público —que debe actuar en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad— como el Defensor del Pueblo —que tiene el deber constitucional de velar por la vigencia, la promoción y el cumplimiento de los derechos humanos individuales y colectivos que se establecen en la Constitución, las leyes y los instrumentos internacionales— tienen ahora una obligación constitucional pendiente en defensa del derecho al medio ambiente que nos corresponde a todos los bolivianos en general, y en particular a los pueblos indígenas originarios que viven en la zona del Territorio Indígena Parque Nacional Isiboro Sécore (TIPNIS), el cual se halla en peligro de ser desconocido y suprimido, ante la existencia de intereses comerciales extranjeros y compromisos inconsultos contraídos en esferas gubernamentales a nombre del pueblo boliviano, lo cual ahora pretende mimetizarse con planes de desarrollo e integración.

En definitiva —como ha sostenido el presidente del Colegio de Abogados de Cochabamba, José Antonio Rivera—,¹² siendo el medio ambiente un derecho colectivo de los bolivianos y las bolivianas, en cumplimiento del deber que le impone la Constitución al Estado Plurinacional para la protección y conservación del medio ambiente y la biodiversidad, el Gobierno nacional debió consultar a la población en general, y a los pueblos indígenas originarios del TIPNIS en particular, sobre la construcción de la mencionada carretera, ya que estos pueblos serán los directos afectados con la construcción. Es claro que la consulta que debe formular obligadamente el Gobierno nacional no es una mera exigencia de los afectados, y menos puede estar sometida al criterio discrecional de los gobernantes, sino que es un derecho reconocido por la misma Constitución que todos los(as) bolivianos(as) hemos aprobado por decisión unánime, y que rige con obligatoriedad para gobernantes y gobernados.

¹² Al respecto, en el sitio web <<http://t.co/fzvQ135>> puede consultarse la posición del citado constitucionalista boliviano, a la que nos adscribimos plenamente y que nos ha servido de base para este ensayo.

IV. Derecho internacional de los derechos humanos

- Óscar G. Barrientos Jiménez (Bolivia)
Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña versus Bolivia:
Ineludibles reflexiones para el Estado sobre desaparición forzada de personas
- Mariano Gabriel Juárez (Argentina)
*La regla de exclusión de la prueba prohibida en la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos:
el caso de la tortura y el juicio de ponderación*
- Herbert Landau (Alemania)
El sistema europeo a varios niveles
- Jorge Mario Pardo Rebolledo (México)
El caso Rosendo Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos

Oscar G. Barrientos Jiménez (Bolivia)*

Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña versus Bolivia:* Ineludibles reflexiones para el Estado sobre desaparición forzada de personas*

RESUMEN

La presente investigación pretende que el Estado reflexione sobre las peculiares características del delito de desaparición forzada de personas y, en ese marco, analizar el caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña contra Bolivia*, recientemente resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las consideraciones finales demostrarán que los operadores de justicia en la jurisdicción interna no dan un adecuado tratamiento a las víctimas de este grave delito.

Palabras clave: desaparición forzada de personas, ordenamiento jurídico nacional, Corte Interamericana de Derechos Humanos, agotamiento de recursos internos, control de convencionalidad, jurisprudencia, Bolivia.

ZUSAMMENFASSUNG

Die vorliegende Untersuchung beabsichtigt, den Staat zu einer Auseinandersetzung mit den Besonderheiten des Straftatbestandes des erzwungenen Verschwindenlassens von Personen anzuregen und in diesem Zusammenhang den vor Kurzem vom Interamerikanischen Gerichtshof für Menschenrechte entschiedenen Fall *Ibsen Cárdenas und Ibsen Peña gegen Bolivien* zu analysieren. Die abschließenden Überlegungen sollen aufzeigen, dass die im Inland mit der Rechtsprechung betrauten Organe den Opfern dieses schweren Verbrechens nicht gerecht werden.

Schlagwörter: Erzwungenes Verschwindenlassen von Personen, nationale Rechtsordnung, Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, Ausschöpfung der nationalen Rechtsmittel, Normenkontrolle, Rechtsprechung, Bolivien.

* Abogado por la Universidad Mayor de San Andrés. Diplomado en Educación Superior. Maestrante de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar. <oscarinbarrientos@hotmail.com>

** A todas las víctimas de desaparición forzada y sus familias, en especial, a la memoria de Marcelo Quiroga Santa Cruz, desaparecido en la dictadura de Luis García Meza.

ABSTRACT

This research purports to foster a reflection on the unique characteristics of the crime of forced disappearance, and in this framework, to analyze the Ibsen Cárdenas and Ibsen Peña vs. Bolivia case recently decided by the Inter-American Court of Human Rights. The final conclusions will show that local judicial operators do not provide appropriate treatment for victims of this serious crime.

Keywords: forced disappearance, national legal system, Inter-American Court of Human Rights, exhaustion of domestic remedies, conventionality control, case law, Bolivia.

1. Introducción

En el contexto latinoamericano muchos ríos de sangre tuvieron que correr para recuperar la democracia. Las sucesivas dictaduras impuestas por regímenes militares se cobraron miles de víctimas e impusieron por muchos años un terrorismo de Estado.¹ Sin embargo, no existe duda de que una de las peores dictaduras fue implementada en cadena por la denominada Operación Cóndor, que no fue otra cosa que una especie de Mercosur del terror conformado por dictadores de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay. De manera organizada y sistematizada, según estadísticas de derechos humanos *no desmentidas por los gobiernos de los países referidos*, estos regímenes causaron por lo menos 35.800 víctimas entre muertos y desaparecidos.

Las pruebas documentadas sobre la Operación Cóndor surgieron en diciembre de 1992, cuando fueron descubiertos los archivos de la policía secreta de Paraguay, en el municipio de Lambaré (a 20 kilómetros de la capital, Asunción). Reuniendo 8.369 fichas de detención, 740 libros y más de 10 mil fotografías, esos documentos —bautizados como *archivo del horror* por los paraguayos— demuestran que las dictaduras colaboraron entre sí. Promovieron conferencias de inteligencia, hicieron espionaje conjunto, intercambiaron prisioneros, falsificaron documentos y actuaron en los países vecinos con licencia para matar.²

En Bolivia, en sincronía con esa ola de terror, el 21 de agosto de 1971 el general Juan José Torres fue derrocado por un cruento golpe de Estado encabezado por el coronel Hugo Banzer Suárez, con el apoyo de los partidos políticos opuestos: el Movimiento Nacionalista Revolucionario (MNR) y la Falange Socialista Boliviana (FSB). Entre 1971 y 1978 se produjeron masivas detenciones arbitrarias, destierros y confinamientos, se practicaron torturas, tratos crueles, degradantes y humillantes, ejecuciones sumarias y desapariciones

¹ Entendemos por *terrorismo de Estado* no solo la eliminación y posterior desaparición forzada de personas contrarias a la ideología de los regímenes dictatoriales a manos de los agentes represores, sino fundamentalmente a esa estrategia utilizada por los aparatos represivos que, por medio de prácticas dignas del nazismo (tratos crueles, inhumanos y degradantes), infundieron una especie de miedo colectivo a todos los habitantes de un país para someterlos también psicológicamente, en una especie de tortura indirecta.

² Nilson Cezar Mariano: *Operación Cóndor. Terrorismo de estado en el Cono Sur*, Buenos Aires: Lohlé Lumen, 1998, p. 5.

forzadas. Además, se ilegalizó a los partidos políticos, se prohibió la acción sindical, se suspendieron todos los derechos civiles y se enviaron tropas a los centros mineros.³

Fue precisamente en esta cruenta dictadura que el estudiante universitario Rainer Ibsen Cárdenas, de aproximadamente 22 años de edad, fue detenido y trasladado al centro de detención Achocalla, de la ciudad de Santa Cruz, dependiente del Departamento de Orden Político, supuestamente en calidad de miembro del Ejército de Liberación Nacional. Allí permaneció alrededor de nueve meses privado de libertad. De acuerdo a declaraciones no controvertidas por el Estado, en junio de 1972 se llevó a cabo en dicho centro la ejecución de al menos tres detenidos, entre los cuales se encontraba Rainer Ibsen Cárdenas. Mientras el señor Ibsen Cárdenas estuvo detenido, ninguno de sus familiares pudo visitarlo o tener contacto con él, y posteriormente nadie supo de su paradero hasta el año 2008. El 15 de julio de 2008 sus restos fueron identificados mediante un informe de perfil de ADN.

Tras la detención de Rainer Ibsen Cárdenas y a raíz de la publicación de un periódico que consignaba su muerte, su padre, José Luis Ibsen Peña, abogado vinculado a la Central Obrera Boliviana, comenzó a movilizarse para saber del paradero de su hijo. En el marco de estas gestiones recurrió a la Policía, la que lo habría conminado a exiliarse para evitar ser asesinado. El 10 de febrero de 1973 José Ibsen fue detenido y conducido al centro de detención de El Pari. Días después, su familia fue informada de que había salido exiliado a Brasil, cuestión que fue desmentida por el Consulado correspondiente. Desde ese entonces se desconoce el paradero del señor José Ibsen Peña.⁴

2. Características de la desaparición forzada de personas

Para el propósito de este trabajo, es preciso exponer la tipificación del delito de desaparición forzada de personas tanto en la legislación supranacional como en la legislación nacional, lo que nos valdrá para referirnos a sus peculiares características.

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, (en adelante la CIDFP), en su artículo II, define la desaparición forzada como:

La privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

³ Capítulo Boliviano de Derechos Humanos Democracia y Desarrollo - Asociación de Familiares de Detenidos Desaparecidos y Mártires por la Liberación Nacional (ASOFAMD): *Informe sobre las desapariciones forzadas en Bolivia*, La Paz: Garza Azul, 2007, pp. 18-19.

⁴ Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile - Boletín de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Resúmenes y extractos de las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos durante el año 2010*, Santiago de Chile, 2011, p. 59 (disponible en formato digital en <cdh@derecho.uchile.cl>).

Sobre la base de la normativa convencional, la Constitución Política del Estado, en su artículo 15, párrafo IV, proclama que ninguna persona podrá ser sometida a desaparición forzada por causa o circunstancia alguna; mandato constitucional garantizado por el artículo 292 *bis* del Código Penal, que tipifica esta figura delictiva de la siguiente manera:

El que con la autorización, el apoyo o la aquiescencia de algún órgano del Estado, privare de libertad a una o más personas y, deliberadamente ocultare, niegue información sobre el reconocimiento de la privación de libertad o sobre el paradero de la persona, impidiendo así el ejercicio de recurso y de garantías procesales, será sancionado con pena de presidio, de cinco (5) a quince (15) años.

Si como consecuencia del hecho resultaren graves daños físicos o psicológicos de la víctima, la pena será de quince (15) a veinte (20) años de presidio.

Si el autor del hecho fuera funcionario público, el máximo de la pena, será a gravada en un tercio.

Si a consecuencia del hecho, se produjere la muerte de la víctima, se impondrá la pena de treinta (30) años de presidio.

Básicamente, existe una redacción similar entre lo establecido en el Código Penal y la normativa convencional, con la diferencia que la normativa penal de Bolivia prevé las agravantes correspondientes en caso de daños físicos, psicológicos o muerte de la víctima, así como también si el hecho hubiera sido cometido por funcionario público o con la autorización, apoyo o aquiescencia de este.

En tal contexto, la desaparición forzada de personas debe entenderse como un delito que vulnera derechos humanos inherentes a la dignidad de la persona humana, puesto que causa graves daños físicos y psicológicos a la víctima, lo que a la vez constituye una forma de trato cruel e inhumano para los familiares directos de esta, al no poder conocer el paradero de su ser querido.

Para demostrar las devastadoras consecuencias de la desaparición forzada de personas es importante mencionar los principales elementos que configuran este delito.

2.1. Es un delito pluriofensivo

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su reiterada jurisprudencia y también en el caso que nos ocupa, ha señalado que el fenómeno de la desaparición forzada de personas requiere de un análisis sistémico y comprensivo, por lo cual este tribunal considera adecuado reiterar el fundamento jurídico que sustenta la necesidad de una perspectiva integral de la desaparición forzada en razón de la pluralidad de conductas que, cohesionadas por un único fin, vulneran de manera permanente, mientras subsistan, bienes jurídicos protegidos por la Convención.⁵

Esta pluralidad de conductas comprende la detención arbitraria; la incomunicación de la víctima, el aislamiento, la tortura, actos que generalmente son sucedidos en la ma-

⁵ Caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña contra Bolivia*. Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1 de septiembre de 2010, § 57.

yoría de los casos por la ejecución y el ocultamiento del cadáver de la víctima; a lo que se suman el silencio oficial, las negaciones y la obstrucción para la averiguación de la verdad, con la consiguiente angustia e incertidumbre de los familiares, los amigos, los compañeros, etc. —en resumen, estas acciones pretenden borrar toda huella del crimen para conseguir la impunidad total de quienes lo cometieron—. ⁶ En consecuencia, se trata de un delito pluriofensivo, ya que los bienes jurídicos que se ven afectados principalmente son la dignidad humana, la vida, la libertad personal, la integridad personal, e incluso el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.⁷

Lamentablemente esto es lo que aconteció en el presente caso, ya que la Corte consideró que Bolivia es responsable de la violación de los artículos 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 4.1 (derecho a la vida), 5.1 y 5.2 (integridad personal) y 7.1 (libertad personal) de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) en perjuicio de los señores Rainer Ibsen Cárdenas y José Luis Ibsen Peña, en razón del incumplimiento del deber de garantía y de respeto de dichos derechos establecido en el artículo 1.1 de ese instrumento, todos ellos en relación con las obligaciones establecidas en los artículos I.A y XI de la CIDFP. La Corte destacó la gravedad de los hechos y las violaciones establecidas en este capítulo, y resaltó que en este caso se trata de la desaparición forzada de dos miembros de una misma familia.⁸

La pluriofensividad de este delito tiene dos fases. La primera fase comprende la detención arbitraria e ilegal, los tratos crueles, inhumanos y degradantes (incomunicación, tortura, etc.) y la ejecución y posterior desaparición del cuerpo de la víctima. La segunda fase comprende la aquiescencia o tolerancia del Estado, que se mantiene pasivo ante una investigación que por la naturaleza de los bienes jurídicos vulnerados debiera ser implementada de oficio, de manera efectiva, diligente y oportuna. Sin embargo, en el caso concreto el proceso penal no se ha tramitado en un plazo razonable; “la familia Ibsen tenía derecho a que lo sucedido a las víctimas fuera investigado por [...] un juez penal que reflejara garantías de idoneidad para la conducción de la causa”; el Estado no realizó una investigación *ex officio* sobre la detención y posterior desaparición de los señores Rainer Ibsen Cárdenas y José Luis Ibsen Peña; el impulso del proceso ha estado a cargo de la familia Ibsen; no ha habido diligencia en la práctica de pruebas; el proceso ha sido obstaculizado por el Poder Judicial; no se ha aplicado el tipo penal de desaparición forzada en el proceso penal, y no ha habido diligencia en la localización de los restos de Rainer Ibsen Cárdenas y en la determinación del paradero del señor José Luis Ibsen Peña.⁹

Esa aquiescencia o tolerancia del Estado, al ser una de las conductas que conforman esa pluriofensividad, ha traído como consecuencia la responsabilidad internacional, toda vez que durante aproximadamente 28 años el Estado boliviano se abstuvo de iniciar una investigación de oficio sobre los hechos, pese a que las víctimas aparecían en los listados

⁶ Caso *Bámaca Velásquez contra Guatemala*. Fondo, sentencia de 25 de noviembre de 2000, § 102.

⁷ La Corte ha establecido que el contenido del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica se refiere al correlativo deber general del Estado de procurar los medios y condiciones jurídicas para que ese derecho pueda ser ejercido libre y plenamente por sus titulares o, en su caso, a la obligación de no vulnerar dicho derecho. Cf. caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña contra Bolivia*, § 97.

⁸ *Ibidem*, § 122.

⁹ *Ibidem*, § 136.

de desaparecidos, incorporadas al juicio de responsabilidades intentado contra Hugo Banzer en 1979.

En ese orden de ideas, todas las conductas descritas, ya sea por acción u omisión, constituyen *per se* una violación continua de los derechos humanos de las víctimas y de sus familiares por responsabilidad directa del Estado, ya que tales conductas son atentatorias al derecho de acceso a la justicia a través de una tutela judicial efectiva y atentan principalmente contra el derecho a la verdad. Al respecto, la Corte Interamericana ha reiterado que los familiares de víctimas de graves violaciones de derechos humanos tienen el derecho a conocer la verdad sobre estas violaciones. Este derecho a la verdad, al ser reconocido y ejercido en una situación concreta, constituye un medio importante de reparación para la víctima y sus familiares y da lugar a una expectativa que el Estado debe satisfacer.¹⁰

2.2. Es un delito permanente

La consumación y las consecuencias jurídicas de este delito no cesan en tanto persista la incertidumbre sobre el paradero de la víctima. Se trata, por tanto, de un delito *permanente*. La Corte ha determinado que el delito de desaparición forzada continúa por la propia voluntad de los presuntos perpetradores, quienes al negarse a ofrecer información sobre el paradero de la víctima mantienen la violación a cada momento. En consecuencia, al analizar un supuesto de desaparición forzada se debe tener en cuenta que la privación de la libertad del individuo solo debe ser entendida como el inicio de la configuración de una violación compleja que se prolonga en el tiempo hasta que se conoce la suerte y el paradero de la presunta víctima. De conformidad con todo lo anterior, es necesario entonces considerar integralmente la desaparición forzada en forma autónoma y con carácter continuo o permanente, con sus múltiples elementos complejamente interconectados.¹¹

En el caso concreto, el Estado alega que los restos del señor Rainer Ibsen Cárdenas fueron encontrados en 1983, como resultado de una conferencia de prensa de la Comisión Nacional de Investigación de Ciudadanos Desaparecidos que denunció el entierro ilegal de catorce cadáveres considerados desaparecidos forzados en el cementerio general. Sin embargo, la irresponsable manipulación de los restos y la falta de estudios antropológicos y genéticos para identificarlos han demostrado una vez más la falta de interés del Estado en esclarecer la desaparición forzada del señor Rainer Ibsen, cuyos restos no fueron identificados hasta el año 2008 mediante un examen antropológico forense.

La Corte ha señalado que los actos constitutivos de desaparición forzada tienen carácter permanente mientras no se conozca el paradero de la víctima o se hallen sus restos. Sin embargo, particularmente en relación con este último aspecto, no se trata meramente del acto de encontrar los restos de una determinada persona, sino que ello, lógicamente, debe ir acompañado de la realización de pruebas o análisis que permitan comprobar que,

¹⁰ Caso *Gómez Palomino contra Perú*. Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 22 de noviembre de 2005, § 78.

¹¹ Caso *Ticona Estrada y otros contra Bolivia*. Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de noviembre de 2008, § 56.

efectivamente, esos restos corresponden a esa persona. Por lo tanto, en casos de presunta desaparición forzada en que existan indicios de que la alegada víctima ha muerto, la determinación de si se ha configurado dicho fenómeno y la cesación de este, en su caso, implica necesariamente establecer de la manera más fehaciente la identidad del individuo a quien pertenecen los restos recolectados.

En tal sentido, la autoridad correspondiente debe proceder a la pronta exhumación para que los restos sean examinados por un profesional competente. Dicha exhumación debe llevarse a cabo de forma que proteja la integridad de los restos, a fin de establecer, en la medida de lo posible, la identidad de la persona fallecida, la fecha en que murió, la forma y causa de muerte, así como la existencia de posibles lesiones o indicios de tortura.¹² En este entendido, solo a partir de la identificación inequívoca de los restos y la determinación concreta de las causas del fallecimiento de la persona desaparecida es que se considera que cesa la desaparición.

2.3. Es un delito de lesa humanidad

La tipificación de la desaparición como crimen de lesa humanidad está recogida por el Estatuto de la Corte Penal Internacional en el artículo 7.1.i. La definición operativa es semejante a la de la CADH, con un elemento subjetivo adicional que figura en la última frase del artículo 7.2.i, el cual dispone:

Por “desaparición forzada de personas”, se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa de informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un periodo prolongado.

Si bien se trata de un delito lesa humanidad —es un crimen que atenta “contra toda la humanidad”—, la CIDFP deja el juzgamiento y la sanción de los autores, cómplices y encubridores a la jurisdicción del Estado (artículo I, b). Establece que los hechos se considerarán delitos en cualquier Estado parte (artículo IV) y enumera las medidas que los Estados partes deberán adoptar para establecer su jurisdicción (artículo IV, a, b, c). Asimismo, dispone que la desaparición forzada no será considerada delito político y que, en consecuencia, cabe la extradición (artículos V y VI). La acción penal y la pena no estarán sujetas a prescripción (artículo VII). No se admite la eximente de obediencia debida y los presuntos responsables solo pueden ser juzgados por la jurisdicción común, con exclusión de los militares (artículo IX). No procederá invocar circunstancias excepcionales como el estado de guerra, amenaza de guerra o cualquier otra emergencia pública (artículo X).

En este entendido, consideramos que el procedimiento establecido en la CIDFP para el juzgamiento de este delito permite cierta discrecionalidad en la investigación por los Estados, ya que el procesamiento y la sanción de los autores depende exclusivamente

¹² Caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña contra Bolivia*, § 82.

de la jurisdicción penal interna de cada Estado. Dado que por lo general los operadores de justicia no muestran el más mínimo interés por iniciar una investigación diligente y efectiva, los responsables de estos crímenes muchas veces quedan impunes y libres de cualquier sanción penal.

Por otra parte, debe recordarse que la desaparición forzada se considera también un delito de lesa humanidad debido a que sus víctimas son sujetos de los más indignantes tratos crueles, inhumanos y degradantes. Uno de los más lamentables ejemplos en el contexto latinoamericano se dio precisamente en el ya referido Plan Cóndor. Las dictaduras de los regímenes de facto que conformaron dicho plan cometieron actos de tortura indignos de un ser humano racional, como los que se desprenden de los informes médicos legistas de los denominados “archivos del horror”:

Hombre blanco, de cabello oscuro, sin barba, 1,60 metros de altura, edad aproximada 20 a 25 años. Tiempo de muerte: aproximadamente dos meses. Señales de violencia: correa atada al cuello, fracturas de cráneo, en la pierna derecha y en ambos brazos; manos amarradas y lesiones genitales, con ausencia de testículos.

Mujer blanca, sin cabello, estatura aproximada 1,65 metros, edad entre 19 y 25 años. Tiempo de muerte: aproximadamente un mes. Señales de violencia: quemadura de seno izquierdo, en la mano izquierda y en los dos tobillos, cráneo sin piel y sin algunos músculos faciales; hematomas en los brazos y tobillos; marcas de ahorcamiento en el cuello; falta de dientes inferiores y de los incisivos superiores; herida próxima al corazón, causada por objeto perforante; herida en el pulmón derecho y el hígado, también provocada por objeto perforante.¹³

En Bolivia, las torturas que usualmente se practicaron fueron golpes de puño en el cuerpo, quemaduras de cigarrillos, introducción de alfileres y pequeñas astillas de madera debajo de las uñas, golpes de correa, golpes con garrote de dos pulgadas, aplicación de hierro candente y picana eléctrica, simulacro de fusilamiento y amenazas de detención de familiares. También se practicaron violaciones, las personas eran mantenidas en celdas inundadas de agua donde debían pasar la noche, las mujeres eran desvestidas, además de que los detenidos eran constantemente cambiados de “residencia carcelaria” sin que se supiera a dónde serían conducidos. En el período de 1971 a 1973, la detención ilegal de personas, el allanamiento violento de domicilios, la tortura como práctica de “ablandamiento”, la extracción de información y el posterior exilio, si se lograba la libertad, fueron prácticas regulares. Además, comúnmente, después de la detención de una persona se solicitaba a los familiares que acudieran a las instalaciones donde se encontraba el detenido, quien normalmente ya se encontraba severamente lesionado. Por lo tanto, en muchas ocasiones, las prácticas represivas también alcanzaron a los familiares de las personas detenidas.

En el caso concreto, la Corte determinó que el señor Rainer Ibsen Cárdenas fue

privado de su libertad en centros clandestinos de detención [...] durante varios meses[,] bajo custodia de miembros del Departamento de Orden Político,

¹³ Mariano: o. cit., p. 76.

incomunicado y en calidad de preso político por su supuesta vinculación con el Ejército de Liberación Nacional[, todo esto] en un contexto de [...] detenciones ilegales y arbitrarias y posteriores actos de tortura, ejecución extrajudicial y/o desaparición forzada de personas que eran identificadas como peligrosas para la seguridad nacional o como opositoras del régimen del entonces Presidente Hugo Banzer Suárez.

Igualmente, sostuvo que si bien “[e]l paso del tiempo y la falta de diligencia de las autoridades respectivas de investigar lo sucedido e identificar oportunamente los restos de Rainer Ibsen Cárdenas [...] impidieron] que se cuente con información sobre los actos específicos a los cuales [aquel] fue sometid[o]”, el hecho de que el señor Ibsen Cárdenas haya sido privado de libertad en el centro de Achocalla, donde “era habitual la práctica de torturas”, y posteriormente desaparecido evidencia que fue puesto “en una situación de vulnerabilidad y desprotección que afectó su integridad física, psíquica y moral”.¹⁴

2.4. Es un delito que afecta la integridad física y psíquica de los familiares directos de las víctimas

Consideramos que un delito penal no solamente atenta contra la víctima, sino también contra los familiares directos de esta. Por eso coincidimos con el criterio de la Corte en cuanto a que la desaparición forzada de personas les causa un sufrimiento directo a los familiares, quienes se encuentran en constante incertidumbre sobre el paradero de sus seres queridos desaparecidos y por lo general se ven sometidos a una revictimización por los operadores de justicia, los cuales, como se ha visto, no tienen intención de realizar una investigación eficaz ni diligente. En el presente caso incluso la carga de la prueba estuvo a cargo de los familiares de las víctimas.

Al respecto, la Corte ha considerado en numerosos casos que los familiares de las víctimas de violaciones de los derechos humanos pueden ser también víctimas. En particular, en aquellos casos que involucran la desaparición forzada de personas, es posible entender que la violación del derecho a la integridad psíquica y moral de los familiares de la víctima es una consecuencia directa de ese fenómeno, que les causa un severo sufrimiento por el hecho mismo, el cual se acrecienta, entre otros factores, por la constante negativa de las autoridades estatales de proporcionarles información acerca del paradero de la víctima o de iniciar una investigación eficaz para esclarecer lo sucedido.¹⁵

3. Obligaciones del Estado para el tratamiento de la desaparición forzada de personas

Habiéndonos referido a las características y particulares elementos de la desaparición forzada de personas en relación con el caso objeto de análisis, consideramos de relevancia

¹⁴ Caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña contra Bolivia*, § 77.

¹⁵ *Ibidem*, § 155.

puntualizar cuáles son las obligaciones del Estado para su adecuado tratamiento. A tal fin, recurriremos a la jurisprudencia de la Corte en el caso concreto, por su carácter vinculante y de aplicación obligatoria en la jurisdicción penal interna por mandato del control de convencionalidad.

3.1. Obligación de prevenir la violación a los derechos humanos

Esta obligación implica el deber de los Estados parte de organizar todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como parte de dicha obligación, el Estado está en el deber jurídico de:

Prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación.¹⁶

3.2. Obligación de iniciar una investigación de oficio, diligente y efectiva

En definitiva, toda vez que haya motivos razonables para sospechar que una persona ha sido sometida a desaparición forzada, debe iniciarse una investigación. Esta obligación es independiente de que se presente una denuncia, pues en casos de desaparición forzada el derecho internacional y el deber general de garantía imponen la obligación de investigar el caso *ex officio*, sin dilación y de manera seria, imparcial y efectiva. Esto es un elemento fundamental y condicionante para la protección de los derechos afectados por esas situaciones. En cualquier caso, toda autoridad estatal, funcionario público o particular que haya tenido noticia de actos destinados a la desaparición forzada de personas deberá denunciarlos inmediatamente.¹⁷

3.3. Obligación de considerar el contexto y los patrones sistemáticos en los que se inserta la violación

La Corte considera que, en casos como este, las autoridades encargadas de la investigación tienen el deber de asegurar que en esa tarea se valoren los patrones sistemáticos que permitieron la comisión de graves violaciones de los derechos humanos, como las del presente caso. En aras de garantizar su efectividad, la investigación debe ser conducida tomando en cuenta la complejidad de este tipo de hechos y la estructura en la cual se ubican las personas probablemente involucradas en ellos, de acuerdo al contexto en que

¹⁶ *Ibidem*, § 62.

¹⁷ *Ibidem*, § 65.

ocurrieron, evitando así omisiones en la recaudación de prueba y en el seguimiento de líneas lógicas de investigación.¹⁸

3.4. Obligación de tratamiento adecuado de los elementos probatorios

La Corte ya ha señalado que en casos de desaparición forzada es imprescindible la actuación pronta e inmediata de las autoridades judiciales y del Ministerio Público para ordenar medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de la víctima. Asimismo, el tribunal reitera que el paso del tiempo guarda una relación directamente proporcional a la limitación —y en algunos casos la imposibilidad— para obtener las pruebas y/o testimonios, lo que dificulta y aun torna negatoria o ineficaz la práctica de diligencias probatorias a fin de esclarecer los hechos materia de investigación, identificar a los posibles autores y partícipes y determinar las eventuales responsabilidades penales. Sin perjuicio de ello, las autoridades nacionales no están eximidas de realizar todos los esfuerzos necesarios en cumplimiento de su obligación de investigar.¹⁹

En el presente caso la Corte estima que, además, la falta de diligencia también tiene como consecuencia que, conforme el tiempo vaya transcurriendo, se afecte indebidamente la posibilidad de obtener y presentar pruebas pertinentes que permitan esclarecer los hechos y determinar las responsabilidades que correspondan, con lo cual el Estado contribuye a la impunidad. Esta ha sido definida por este tribunal como la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana.²⁰

3.5. Obligación de implementar el control de convencionalidad

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que la prohibición de la desaparición forzada de personas y el correlativo deber de investigar y sancionar a sus responsables son normas que “han alcanzado carácter de *jus cogens*”. Asimismo, la jurisprudencia de este tribunal, los pronunciamientos de otros órganos y organismos internacionales, así como otros instrumentos y tratados internacionales, como la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 1992; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de 1994, y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, de 2006, señalan ciertos estándares que deben guiar la investigación y el procesamiento de este tipo de delitos.²¹

En este entendido, la Corte considera oportuno reiterar que, en relación con las prácticas judiciales, en su jurisprudencia ha establecido que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratifi-

¹⁸ *Ibidem*, § 166.

¹⁹ *Ibidem*, § 167.

²⁰ *Ibidem*, § 172.

²¹ *Ibidem*, § 197.

cado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que los obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos.

En otras palabras, el Poder Judicial está llamado a ejercer un *control de convencionalidad ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que de él ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención.²²

3.6. Obligación de reparación integral del daño²³

Sobre la base de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la Convención Americana, la Corte ha indicado que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente, y que esa disposición “recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado”.²⁴ Al respecto, la Corte ha establecido una serie de mecanismos para lograr la reparación integral del daño (verbigracia: daño material, daño inmaterial, medidas de satisfacción, medidas de rehabilitación, garantías de no repetición), que por razones de espacio no vamos a desarrollar en el presente trabajo, pero que son fundamentales para un adecuado tratamiento de las víctimas.

4. Consideraciones finales

Independientemente de qué partido político ejerza el poder como gobierno, es innegable que el Estado es y debe ser el principal garante de los derechos humanos. Así, uno de sus fines y funciones esenciales es garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en la Constitución (artículo 9, numeral 4). En este entendido, llama poderosamente la atención el hecho de que Bolivia haya sido sancionada internacionalmente por tercera vez consecutiva y en las tres ocasiones por desaparición forzada de personas (casos *Trujillo Oroza*, *Ticona Estrada* y, recientemente, *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*).

Debe recordarse que el Estado boliviano, mediante la ley n.º 1430, del 11 de febrero de 1993, aprobó y ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), suscrita el 22 de noviembre de 1969. Asimismo, por intermedio de la citada ley reconoció la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos

²² *Ibidem*, § 202.

²³ Sobre el derecho a la reparación, el párrafo 1 del artículo 113 de la Constitución Política del Estado establece que la vulneración de los derechos concede a las víctimas el derecho a la indemnización, la reparación y el resarcimiento de daños y perjuicios en forma oportuna.

²⁴ Caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña contra Bolivia*, § 231.

Humanos y, de pleno derecho, incondicionalmente y por plazo indefinido, la jurisdicción y competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No es menos importante que mediante la ley n.º 1695, del 12 de julio de 1996, aprobó y ratificó la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada el 9 de junio de 1994 en Belém do Pará (Brasil) por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, suscrita por Bolivia el 14 de septiembre de 1994. En consecuencia, los Estados parte de la CIDFP se comprometieron a no practicar ni tolerar la desaparición forzada de personas en ninguna circunstancia, y a sancionar a los responsables en el ámbito de su jurisdicción.

Lamentablemente el Estado boliviano, a través de los operadores de justicia, de manera reiterada ha venido incumpliendo dicho compromiso internacional. Prueba de ello es que los tres procesos en la jurisdicción penal interna se tramitaron por años, se permitieron constantes incidentes, excusas e incluso alegatos de prescripción del delito. La pobre participación de los representantes del Ministerio Público hizo incluso que el caso *Ticona Estrada* se archivara, tras haberse hecho en todo momento todo lo contrario a lo que establecen las sentencias y recomendaciones de la Corte. Por ello no solo hemos sido sancionados internacionalmente, sino que hemos tenido que pagar como Estado importantes sumas de dinero a las víctimas, que con justa razón deben recibir una indemnización que en algo compense el sufrimiento y la incertidumbre de no conocer el paradero de sus seres queridos.

En ese orden de ideas, consideramos firmemente que no podemos seguir permitiendo que los responsables de estas graves acciones y omisiones que generaron la responsabilidad internacional del Estado en el sistema interamericano continúen a cargo de la administración de justicia, y que los militares que se han dedicado a obstruir las investigaciones continúen a cargo de la seguridad del Estado.

Es tiempo que el Estado Plurinacional de Bolivia se tome en serio sus compromisos internacionales y asuma su condición de principal garante de los derechos humanos, para lo que debe iniciar la acción de repetición²⁵ contra las autoridades, los servidores públicos y los militares responsables de tan negligente actuación en el tratamiento de la desaparición forzada de personas. En caso contrario, esperemos una cuarta condena en el sistema interamericano por la desaparición de *Marcelo Quiroga Santa Cruz*,²⁶ con las graves implicaciones que tiene para el prestigio de un Estado democrático de derecho sentar tantos precedentes de impunidad. No debemos olvidar que la democracia es frágil y tal impunidad puede convertirse en una grotesca invitación a retornar a ese temido terrorismo de Estado.

²⁵ El párrafo II del artículo 113 de la Constitución Política del Estado dispone que, en caso de que el Estado sea condenado a la reparación patrimonial de daños y perjuicios, se interponga la acción de repetición contra la autoridad o el servidor público responsable de la acción u omisión que provocó el daño.

²⁶ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ya declaró admisible la denuncia sobre la desaparición forzada de Marcelo Quiroga Santa Cruz.

Bibliografía

- CAPÍTULO BOLIVIANO DE DERECHOS HUMANOS DEMOCRACIA Y DESARROLLO - ASOCIACIÓN DE FAMILIARES DE DETENIDOS DESAPARECIDOS Y MÁRTIRES POR LA LIBERACIÓN NACIONAL (ASOFAMD): *Informe sobre las desapariciones forzadas en Bolivia*, La Paz: Garza Azul, 2007.
- CENTRO DE DERECHOS HUMANOS, FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE: *Boletín de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - Resúmenes y extractos de las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos durante el año 2010*, Santiago: Universidad de Chile, 2010.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Caso *Bámaca Velásquez contra Guatemala*. Fondo, sentencia del 25 de noviembre de 2000.
- Caso *Gómez Palomino contra Perú*. Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 22 de noviembre de 2005.
 - Caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña contra Bolivia*. Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 1 de septiembre de 2010.
 - Caso *Ticona Estrada y Otros contra Bolivia*. Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 27 de noviembre de 2008.
- MARIANO, Nilson Cezar: *Operación Cóndor. Terrorismo de Estado en el Cono Sur*, Buenos Aires: Lohlé Lumen, 1998.

Mariano Gabriel Juárez (Argentina)*

La regla de exclusión de la prueba prohibida en la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos: el caso de la tortura y el juicio de ponderación**

RESUMEN

Se analizan en el texto dos fallos recientes del Tribunal Europeo sobre Derechos Humanos y de la Corte IDH, respectivamente, en orden al alcance de la prohibición de la imposición de tormentos, por un lado, y respecto de la operatividad de la denominada *regla de exclusión* de las pruebas obtenidas merced a aquella práctica ilegal. Al advertir que en los últimos tiempos se ha producido una relativización de la prohibición de la tortura, el objeto del trabajo es analizar si las pruebas obtenidas con base en confesiones forzadas pueden ser usadas en relación con la entidad de los hechos endilgados al imputado y cuáles son las formas argumentativas que han permitido sustentar aquella hipótesis (con especial énfasis crítico en la doctrina de la ponderación o *balancing test*). Se postula que la regla de exclusión, incluso por fuera de los casos más atroces (tortura), resulta un remedio indispensable para la vigencia de la prohibición de los medios ilegales de obtención de prueba.

Palabras clave: Jurisprudencia; derecho internacional de los derechos humanos; regla de exclusión; tortura; tratos crueles, inhumanos y degradantes; garantías procesales; sistema contramayoritario; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Alemania; México.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Text befasst sich einerseits mit zwei vor Kurzem ergangenen Urteilen des Europäischen und des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte zur Reichweite des Folterverbots und geht andererseits auf die unmittelbare Wirksamkeit der sogenannten *Ausschlussregel* für Beweise ein, die aufgrund dieser unzulässigen Praxis erlangt wurden.

* Abogado. Secretario (interino) en una defensoría pública oficial ante tribunales orales en lo Criminal de la Capital Federal (Buenos Aires, Argentina). Auxiliar docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (cátedra a cargo del Dr. Edmundo Hendler, comisión a cargo del Dr. Mariano L. Bertelotti). <marianojuarez@hotmail.com>

** Los textos consultados han sido traducidos por el autor de este trabajo, quien se hace responsable y se disculpa por las deficiencias en que, involuntariamente, haya podido incurrir en esa tarea.

Angesichts der in jüngster Zeit zu beobachtenden Relativierung des Folterverbots beabsichtigt der Beitrag zu klären, ob die aus erzwungenen Geständnissen resultierenden Beweise unter Verweis auf die Schwere der dem Beschuldigten angelasteten Straftaten verwendet werden dürfen, und welche Argumentationsmuster zur Unterstützung dieser Hypothese herangezogen werden (unter ausdrücklich kritischer Bewertung der Abwägungsdoktrin, des *balancing test*). Dabei wird die Auffassung vertreten, dass die Ausschlussregel, selbst wenn einmal von besonders grausamen Fällen (Folter) abgesehen wird, ein unerlässliches Rechtsmittel darstellt für den Verbot der Anwendung illegaler Mittel zur Beweisaufnahme.

Schlagwörter: Rechtsprechung; Internationales Recht der Menschenrechte; Ausschlussregel; Folter; grausame, unmenschliche und erniedrigende Behandlung; Verfahrensgarantien; mehrheitsunabhängiges System; Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte; Deutschland; Mexiko.

ABSTRACT

The text analyzes two recent decisions from the European Court of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights, respectively, concerning the scope of the ban on the use of torture, on one hand, and the operation of the so called "rule of exclusion" of evidence obtained from such illegal practice, on the other. Since in recent times there has been a toning down of the ban on torture, the object of this paper is to analyze whether the evidence extracted through forced confessions can be used depending on the significance of the facts attributed to the accused, and to identify the argumentative forms that have allowed the defense of such an hypothesis (with special emphasis on the "balancing test"). It is put forward that the exclusionary rule, even when dealing with the most atrocious cases (torture), constitutes an essential remedy to ensure the operation of the ban on illegal means of obtaining evidence.

Keywords: case law; international human rights law; rule of exclusion; torture; cruel, inhuman and degrading treatment; procedural rights; counter-majority system; Inter-American Court of Human Rights; Germany; Mexico

1. Introducción

Una de las garantías procesales de mayor raigambre en la cultura humanista ha sido la que veda toda forma de compulsión destinada a obligar a una persona a autoincriminarse. Esta máxima ha traspuesto las fronteras de los Estados nacionales para formar parte del sistema internacional de protección de los derechos humanos, como lo demuestran, *inter alia*, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), artículo 14.3.g, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), artículo 8.2.g.

Un supuesto especialmente grave de lesión a tal garantía ocurre cuando la autoincriminación involuntaria es precedida por la imposición de tormentos o tratos crueles o inhumanos.

Si bien la prohibición de la tortura atiende también al respeto por la dignidad e integridad física de las personas, la experiencia histórica demuestra que la imposición de dolores físicos o mentales tiene especial relevancia cuando se trata de examinar la actividad de los órganos estatales encargados de la investigación penal.

Este ligamen entre proceso penal y tortura aparece confirmado por la norma consagrada en el artículo 15 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes (CIDT), que prescribe la no utilización como prueba en un proceso de las declaraciones obtenidas como resultado de tortura.

En su aparente simplicidad, esa regla presenta un problema complejo: no solo reconoce que una información autoincriminatoria suele provenir de actos de tortura, sino que también impone, como consecuencia de esta circunstancia, la prohibición de uso de la prueba obtenida como consecuencia de tales actos.

En lo que sigue se analizarán dos casos recientes de la jurisprudencia internacional: por una parte, del Tribunal Europeo sobre Derechos Humanos (TEDH) y, por el otro, de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos (Corte IDH). Ambos órganos han resuelto casos de confesiones prestadas luego de interrogatorios desarrollados al margen de las prescripciones contenidas en los respectivos convenios —europeo y americano— sobre derechos humanos.

El uso de la tortura como mecanismo para obtener confesiones del imputado en sede penal exige afrontar diversos problemas que aquí serán analizados a la luz del conflicto de valores que se suscita indefectiblemente entre el interés público que por un lado busca perseguir y sancionar las conductas delictivas y por el otro procura proveer al imputado de una serie de salvaguardas que, en definitiva, hacen a la legitimidad de todo juicio o proceso penal.

Ya sea en orden a la efectiva inderogabilidad de la prohibición de tortura o respecto de la operatividad plena de la denominada *regla de exclusión*, la tarea de los tribunales —tanto locales como supranacionales— exige soluciones razonables para los casos llevados a su conocimiento, que las más de las veces han dado pie al uso de métodos interpretativos criticables.

2. Planteo del problema: los casos analizados

2.1. El caso *Gäfgen contra Alemania*¹

En un hecho que suscitó la atención de la opinión pública alemana, un niño de 11 años fue secuestrado y se pidió rescate por su liberación. Se montó un dispositivo de vigilancia en el lugar previsto para retirar el dinero del rescate y se identificó allí a Magnus Gäfgen, a quien se detuvo más tarde en el aeropuerto de la ciudad alemana de Fráncfort, donde habían ocurrido los hechos.

1 TEDH, caso *Gäfgen contra Alemania*, decidido el 1.º de junio de 2010 (demanda n.º 22978/05).

Luego de su detención, a tres días de la desaparición del niño, Gäfgen fue llevado a la sede central de la policía, donde un detective comenzó a interrogarlo respecto de la ubicación del menor, mientras otros agentes de policía revisaban su departamento. Allí encontraron parte del dinero del rescate y anotaciones vinculadas con la planificación del hecho.

Antes de entrevistarse con su abogado, en la madrugada del día de su detención, Gäfgen había insinuado a la policía que el niño seguía vivo y era retenido por otros de sus captores en una cabaña a las afueras de la ciudad.

Al día siguiente llegó al cuartel el jefe de la Policía local, Wolfgang Daschner, quien ordenó a otro agente que amenazara a Gäfgen con someterlo a dolor físico si no revelaba la ubicación del niño y que, de ser necesario, concretara esa amenaza infligiéndole dolor pero sin provocarle lesiones. El agente en cuestión cumplió la orden y amenazó a Gäfgen, quien finalmente confesó que el niño ya estaba muerto e indicó el lugar donde se hallaba su cuerpo. Aún a disposición de la policía, Gäfgen llevó a los agentes al lugar en cuestión donde, efectivamente, se encontró el cuerpo, así como marcas correspondientes a las ruedas del auto de Gäfgen.

En el viaje de regreso confesó haber sido quien secuestró y mató al niño y, forzado por la policía, según dijo luego, indicó el sitio dónde encontrar las pertenencias del niño y la máquina de escribir con la cual había redactado la carta pidiendo rescate.

No fue sino hasta que regresó al cuartel de policía que el acusado pudo entrevistarse nuevamente con su abogado, quien lo había estado buscando infructuosamente durante la mañana de ese día.

El 1.º de octubre de 2002, Daschner agregó al expediente policial una nota con su firma, en la cual dejaba constancia de que, considerando que el menor aún vivía y que corría gran peligro —al estar sin alimento y a la intemperie—, ordenó se amenazara a Gäfgen con miras a salvar la vida de aquel.

En posteriores ocasiones —ante la propia policía, el fiscal y un juez de distrito—, Gäfgen confirmó su confesión.

Sin embargo, en la audiencia preliminar al juicio ante el Tribunal Regional de Fráncfort, el abogado solicitó la clausura del proceso o, en su defecto, que las declaraciones vertidas por su defendido no fueran tenidas en cuenta, todo ello con base en las amenazas de tortura que había sufrido.

Más aún, solicitó que se aplicara al caso la *doctrina del fruto del árbol envenenado* y se prohibiera el uso de la prueba material obtenida con base en la confesión obtenida forzosamente, ante lo cual el tribunal declaró la inadmisibilidad de las confesiones pero no de los elementos obtenidos con base en ellas, especialmente el hallazgo del cuerpo del menor.²

El Tribunal Regional consideró que la exclusión de esa evidencia resultaría desproporcionada, ya que Gäfgen solo había sido amenazado con sufrir violencia física, mientras que la conducta imputada consistía en el asesinato consumado de un niño. Continuó

² Se declaró que el obrar de la policía había sido, en efecto, lesivo de las normas locales que prohíben la amenaza de un daño para obtener una confesión del imputado (artículos 136.a de la Ordenanza Procesal Alemana y 1 y 104 de la Constitución Federal), así como del artículo 3.º de la Convención Europea sobre Derechos Humanos. Se valoró en especial que, al momento de recibirse las declaraciones posteriores a su primera confesión coacta, Gäfgen no había sido suficientemente advertido de que aquella no sería admisible en el procedimiento posterior.

así el proceso, a cuyo fin se condenó a Gäfgen a la pena de prisión perpetua por la muerte y el secuestro extorsivo del menor, declarando además que el hecho era especialmente grave, lo cual en el derecho alemán imposibilita el cumplimiento de la pena bajo un régimen más leve (véanse los § 33 y 63 del fallo del TEDH).

La particularidad presentada en la instancia de debate fue que Gäfgen, ante el panorama que enfrentaba en virtud del rechazo a sus pedidos de exclusión de la evidencia, admitió en las audiencias iniciales y conclusivas su responsabilidad por la muerte del menor, como modo de disculparse por el hecho. Esta confesión, ahora sí, había sido precedida por una información calificada del Tribunal advirtiéndole que sus anteriores declaraciones —obtenidas de modo ilícito— no iban a ser valoradas.

La defensa de Gäfgen recurrió ulteriormente la decisión del Tribunal Regional de no concluir el proceso en su contra, así como la de no excluir la evidencia material fruto de la confesión obtenida ilegalmente. Tanto la Corte Federal de Justicia, primero, como la Corte Constitucional, luego, rechazaron estos planteos. El segundo tribunal argumentó que la exclusión de las declaraciones obtenidas de modo prohibido había sido suficiente remedio para preservar sus derechos.

Planteado el caso ante el TEDH, la mayoría de ese tribunal contempló y se pronunció sobre los siguientes puntos:

a) Si bien no se habían llegado a producir los actos amenazados, ello no impedía que, en términos generales y según el caso, los hechos pudieran calificarse como *tortura*, ya que la amenaza de producir dolor puede implicar la imposición de un sufrimiento mental que sí resulta cubierto por el concepto en cuestión.

Si bien el TEDH declaró que Gäfgen no había sufrido un supuesto de tortura, reconoció que el método de interrogatorio podía ser calificado como trato inhumano, conforme prescribe el artículo 3.º del CEDH (§ 91-108, *in fine*). El TEDH pareció reafirmar que se trata de un derecho absoluto que no admite derogaciones ni excepciones y, en orden a los motivos esgrimidos por los agentes policiales, declaró expresamente que la prohibición en cuestión no puede ser dejada de lado, por importantes que sean los valores en juego.³

b) El Estado alemán alegó que el peticionante había perdido su estatus de víctima, conforme lo exige el procedimiento ante el TEDH, ya que había existido un reconocimiento suficiente de la violación de sus derechos por cuanto en el proceso penal seguido en su contra se había excluido la evidencia ilícitamente obtenida y, por otra parte, los agentes policiales responsables del interrogatorio habían sido juzgados y condenados.

Al respecto, el TEDH consideró que, si bien los autores de tal trato prohibido fueron condenados, la pena que se les impuso fue demasiado leve (multas, cuya ejecución fue luego suspendida). Por tratarse de la violación de uno de los derechos fundamentales de

³ Dijo el Tribunal: “La tortura, el trato inhumano o el degradante no pueden ser inflingidos, incluso en circunstancias en las que la vida de un individuo se encuentra en riesgo [...] el artículo 3.º, que fue redactado en términos claros, reconoce que todo ser humano posee un derecho absoluto e inalienable a no ser torturado o sometido a un trato inhumano o degradante bajo cualquier circunstancia, incluso las más difíciles. La base filosófica que apuntala la naturaleza absoluta del derecho consagrado en el artículo 3.º no permite ninguna excepción o factores justificantes ni ponderación de intereses [*balancing of interests*, en la versión original en inglés], sin importar la conducta de la persona involucrada ni la naturaleza del delito en cuestión” (TEDH, caso *Gäfgen contra Alemania*, § 107).

la CEDH, el castigo impuesto fue evidentemente desproporcionado y carecía del efecto preventivo necesario para evitar tales tratos ilegítimos en ulteriores situaciones difíciles (§ 124). Además, si bien los agentes policiales fueron sancionados disciplinariamente, Daschner fue nombrado más tarde jefe de Policía (§ 125) y, por otra parte, la demanda civil interpuesta por Gäfgen, a la fecha de la sentencia del TEDH, se encontraba aún pendiente (§ 126).

c) Luego de tratar los puntos referidos aquí como *a* y *b*, el TEDH concluyó que el Estado alemán había incurrido en violación al artículo 3.º de la CEDH respecto de Gäfgen. Ahora bien, la petición también se había fundado en el artículo 6.º del mismo Convenio, que garantiza que toda persona acusada en un juicio criminal tiene derecho a un juicio justo. Se alegó así que la violación del artículo 3.º, al tornar inválida la confesión prestada por Gäfgen, debía impedir también la admisibilidad de la evidencia obtenida como consecuencia de aquella.

A efectos de lidiar con este planteo, eje del presente trabajo, el TEDH aclaró que, si bien el artículo 6.º de la Convención garantiza el derecho a una audiencia justa (*the right to a fair hearing*, en el texto inglés), no establece ninguna regla respecto de la admisibilidad de la evidencia, asunto que es materia de regulación de cada Estado parte. Por ende, no correspondía al TEDH decidir qué tipos de evidencia resultaban o no admisibles, sino si en su totalidad, incluida la forma en que se había obtenido la evidencia, el proceso había sido justo o no.

Más allá del conjunto de factores que debían ser analizados para llegar a una decisión —oportunidades de la defensa para oponerse a la incorporación de la prueba, la calidad de la evidencia y su importancia (§ 164 y 165)—, el aspecto que particulariza el caso es que la evidencia había sido obtenida merced una violación al artículo 3.º de la CEDH.

Esta cuestión tenía un antecedente en la jurisprudencia del TEDH. En efecto, en el caso *Jalloh contra Alemania*, del año 2007, se había sostenido que, sin importar su verosimilitud, nunca podía ser considerada prueba de la responsabilidad del imputado la evidencia obtenida como consecuencia de un acto de tortura.

En el caso *Gäfgen*, y con base en la declaración de hechos efectuada por el Tribunal Regional alemán que juzgó su caso, el TEDH concluyó que entre el interrogatorio sufrido por el denunciante en violación al artículo 3.º y la evidencia obtenida por la policía —esto es, el descubrimiento del cuerpo del niño, su autopsia, sus pertenencias, las huellas dejadas por el auto de Gäfgen y la máquina de escribir que usó este último— existía una relación causal (§ 171).

La jurisprudencia del TEDH no registraba a la fecha del caso comentado, sin embargo, una respuesta clara a la pregunta de si la exclusión de la prueba obtenida de modo violatorio de la cláusula del artículo 3.º también era aplicable para tratos que no revestían la gravedad necesaria para ser considerados como tortura y si, en definitiva, a pesar de no ser un supuesto de tortura, el proceso debía ser considerado, de todos modos, injusto (§ 167 y 173).

Para resolver, el TEDH aclaró que el alcance de la *regla de exclusión* en los sistemas jurídicos de los Estados parte no era uniforme (§ 174).

Aun así, el elemento de interés para el trabajo propuesto comenzó a develarse en la redacción del parágrafo 175, donde el TEDH continuó efectuando referencias claras a

argumentos atinentes a la ponderación de los intereses comprometidos en procura de una solución al caso:

El Tribunal está al tanto de los diferentes derechos e intereses en juego. Por un lado, la exclusión de la evidencia —frecuentemente fiable— obstaculizará la persecución efectiva del delito. No cabe duda de que las víctimas y sus familias, tanto como el público, tienen un interés en la persecución y castigo de los delincuentes, y en este caso ese interés era de alta importancia. Más aún, este caso es particular en tanto la evidencia derivó de un método ilegal de interrogatorio que no estaba dirigido a la continuación de la investigación penal, sino que fue aplicado con propósitos preventivos, a saber: para salvar la vida de un niño, para salvaguardar otro derecho fundamental garantizado por la Convención en su artículo 2. Por otro lado, el imputado en un proceso penal tiene derecho a un juicio justo, que puede ser puesto en crisis cuando un tribunal local usa evidencia obtenida como resultado de una violación de la prohibición de trato inhumano bajo el artículo 3, uno de los derechos fundamentales y absolutos de la Convención. En efecto, existe también un interés vital por preservar la integridad del proceso judicial y, así, los valores de una sociedad civilizada fundada en el principio de legalidad.

El TEDH recalcó así que el derecho consagrado en el artículo 3.º es absoluto, y la seriedad del delito imputado o el interés público en la persecución del delito no pueden ser ponderados en su contra. Para el Tribunal Europeo:

[...] ni la protección de la vida humana ni el aseguramiento de la condena del delincuente pueden ser obtenidas a expensas del compromiso del derecho absoluto a no ser objeto de malos tratos, prohibido por el artículo 3.º, ya que ello [...] desacreditaría a la administración de justicia.⁴

Sin embargo, el TEDH, al tener que analizar si en el caso se había lesionado también el derecho a un juicio justo, recogido por la CEDH en su artículo 6.º, restringió bastante el alcance de su decisión.

Es que para el TEDH, aunque el uso de la evidencia obtenida como resultado de una violación al artículo 3.º supone un serio cuestionamiento a la legitimidad del proceso penal en cuestión, desde su óptica, el artículo 6.º no consagra un derecho absoluto. Para estimar entonces si el juicio ha sido, o no, justo habrá que considerar cuáles son las medidas necesarias para garantizarlo. Para la mayoría del TEDH, las garantías para un proceso justo y una efectiva vigencia de la prohibición establecida por el artículo 3.º:

[...] solamente se encuentran en peligro si se ha demostrado que la violación del artículo 3.º tiene peso en el resultado del procedimiento en contra del imputado, es decir, en su condena.⁵

Es en este punto donde el razonamiento del TEDH asume sus caracteres más criticables.

⁴ TEDH, caso *Gäfgen contra Alemania*, § 176.

⁵ *Ibidem*, § 178.

El argumento que esgrimió para considerar que no había habido violación al artículo 6.º se basa en que el tribunal que impuso la condena a Gäfgen basó su decisión, en cuanto a los hechos, en la nueva confesión del imputado en el juicio. La restante evidencia, a la que se llegó a partir de las confesiones viciadas, fue, según el TEDH, evidencia adicional que “no fue usada por la corte local en contra del imputado y para probar su culpabilidad, sino solamente para poner a prueba la veracidad de su confesión” (§ 179).

Esa prueba no era otra que la de los resultados de la autopsia sobre el cuerpo del menor y las marcas de las ruedas dejadas cerca del estanque donde se encontró el cuerpo. Además, dijo el TEDH, existía prueba independiente de la primera confesión de Gäfgen: la vigilancia sobre él desde que recogió el rescate y el allanamiento de su departamento poco después de su arresto, donde se encontraron notas y el dinero del rescate, entre otras cosas. Esta prueba, dijo el TEDH, no estaba manchada por la violación al artículo 3.º del CEDH (*untainted*, en el original en versión inglesa).

Como podrá advertir quien esté familiarizado con el devenir de la *exclusionary rule* en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, el lenguaje del TEDH se le asimila.

Confirmando tal analogía, en el párrafo 180, la mayoría declaró que existía un quiebre de la cadena causal que ligaba los métodos prohibidos de investigación con la condena del imputado.

Ya que en aquella última confesión se había instruido a Gäfgen respecto de su derecho a guardar silencio y se le había hecho saber que sus declaraciones anteriores no iban a poder ser usadas en su contra, con lo que se lo restituyó, según el derecho local y la postura del TEDH, a la situación previa a sufrir el maltrato policial (§ 182) la condena sostenida en esa declaración era válida.

Además, dijo el TEDH, Gäfgen había estado representado por su abogado al momento de prestar sus declaraciones en juicio (§ 183).

En definitiva, el derecho a no autoincriminarse había sido respetado y la no exclusión de la evidencia obtenida luego de la confesión invalidada no tuvo peso en su condena; de allí que el juicio, como conjunto, debía ser declarado como acorde con el artículo 6.º de la CEDH (§ 187).

2.2. El caso *Cabrera García y Montiel Flores contra México*⁶

Conforme surge del relato efectuado por la Corte IDH, los peticionantes habitaban una comunidad del municipio de Ajuchitlán, del estado de Guerrero, en la que ingresó una fuerza militar destacada en dicha región alegando la ejecución de un operativo de lucha contra el narcotráfico. Durante tal operativo, Cabrera García y Montiel Flores se escondieron por horas entre arbustos y rocas hasta que fueron finalmente detenidos y posteriormente llevados hasta las instalaciones de aquella fuerza militar (40.º Batallón de Infantería, en la ciudad de Altamirano).

Los peticionantes fueron denunciados por portación de armas de uso exclusivo del Ejército, sin licencia, y por siembra de amapola y marihuana. Luego de la investigación

⁶ Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, serie C, n.º 220, del 26 de noviembre de 2010.

penal, el 28 de agosto del 2000, ambos fueron condenados, respectivamente, a penas de 6 años y 8 meses y 10 años.

Al declarar ante las autoridades del Ministerio Fiscal que se sucedieron durante el proceso, Cabrera y Montiel alegaron que, tanto mientras se encontraban detenidos cerca de su comunidad (poblado de Pizotla) como durante su estadía en la sede del 40.º Batallón, habían sido sometidos a torturas (cf. § 112). Si bien en las declaraciones prestadas por ambos se presentaron contradicciones, la Corte IDH tuvo por suficientemente acreditado que habían sido sometidos a tortura en instalaciones del Ejército mexicano.

En aquel país, conforme surge del fallo comentado, tanto la Corte IDH como otros organismos habían advertido la situación de riesgo (para los derechos y garantías consagrados en la CADH) y vulnerabilidad (para la población afectada) que genera en el estado de Guerrero la presencia del Ejército de México, a cuyos miembros se han atribuido funciones policiales, especialmente en relación con la detención y el interrogatorio de civiles (cf. § 85-89 y sus citas).

En lo que a aquí importa, los ataques contra la integridad física de Cabrera y Montiel sirvieron para que estos confesaran su responsabilidad, con lo cual debía resolverse si la prueba en cuestión podía servir de base al proceso penal y la posterior condena recaída sobre ellos.

Si bien aquellas declaraciones habrían sido prestadas unos días después de los tormentos sufridos, la Corte IDH destacó que fueron verdidas “bajo los efectos del miedo, la angustia y sentimientos de inferioridad” generados por los tratos recibidos. Indicó además que fueron expuestas ante el Ministerio Fiscal y no ante el juez del caso, quien las recibió posteriormente, pero cuyo tenor ratificatorio no debía ser tenido en cuenta por cuanto subsistían los efectos de las torturas recibidas y los imputados desconocían el alcance de aquel acto (cf. § 163).

Dadas estas circunstancias, la Corte IDH —que ya había declarado la violación por el Estado mexicano de los derechos a la libertad⁷ e integridad⁸ personales de los peticionantes— debía atender el problema de si el proceso penal a resultas del cual habían sido condenados Cabrera y Montiel era respetuoso de las garantías judiciales consagradas en los artículos 8 y 25 de la CADH. Para ello debía analizarse la validez de las confesiones en que se había sustentado la condena contra los peticionantes, de conformidad con la regla del artículo 8.3 de la CADH.

A tales efectos, la Corte IDH declaró, de modo concluyente, que la regla es la exclusión de las pruebas obtenidas mediante tortura o tratos crueles e inhumanos, la cual es “intrínseca a la prohibición de tales actos” y “ostenta un carácter absoluto e inderogable”.

Si bien la aplicación de esta regla (de exclusión) aparecería fundada en las disposiciones de la Convención (de las Naciones Unidas) contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (artículos 2, 15 y 16) y de lo prescrito por el artículo

⁷ En orden a la falta de remisión de los detenidos, sin demora, a la autoridad judicial y la falta de información sobre las razones de la detención y la notificación de los cargos (artículos 7.4. y 7.5 de la CADH).

⁸ En aplicación de los artículos 5.1 y 5.2 de la CADH. La Corte IDH consideró también que México había violado los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (en orden a la investigación sobre la comisión de los hechos de tortura denunciados).

10 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, razón por la cual sería operativa solamente cuando de este tipo de conductas estatales se tratara, la Corte IDH parece haber ido más allá:

166. En este sentido, la Corte ha sostenido que la anulación de los actos procesales derivados de la tortura o tratos crueles constituye una medida efectiva para hacer cesar las consecuencias de una violación de las garantías judiciales (Cf. Caso Bayarri vs. Argentina, Serie C, No. 187, del 30 de octubre de 2008, párr. 108). Además, el Tribunal considera necesario recalcar que la regla de exclusión no se aplica solo a los casos en los cuales se haya cometido tortura o tratos crueles. Al respecto, el artículo 8.3 de la Convención es claro al señalar [...] que no se limita el supuesto de hecho a que se haya perpetrado un acto de tortura o trato cruel, sino que se extiende a cualquier tipo de coacción. En efecto, al comprobarse cualquier tipo de coacción capaz de quebrantar la expresión de la voluntad de la persona, ello implica necesariamente la obligación de excluir la evidencia respectiva del proceso judicial. Esta anulación es un medio necesario para desincentivar el uso de cualquier modalidad de coacción.

En el caso citado por la Corte IDH, *Bayarri contra Argentina*, el tribunal local había excluido del proceso la confesión obtenida ilegalmente, decisión que se consideró efectiva para hacer cesar las consecuencias de la violación de las garantías judiciales de Bayarri (§ 108). Sin perjuicio de que el Estado habría remediado así parte de su responsabilidad internacional, en el párrafo siguiente la Corte IDH declaró que se había violado el artículo 8.2.g de la CADH, disposición que contempla la prohibición de autoincriminación forzada.

Profundizando aún más y, como veremos, matizando la anterior justificación de la regla consagrada (anulación de los actos viciados para *desincentivar* el uso de la coacción), en el párrafo 167 la Corte IDH dijo:

[...] las declaraciones obtenidas mediante coacción no suelen ser veraces, ya que la persona intenta aseverar lo necesario para lograr que los tratos crueles o la tortura cesen. Por lo anterior, para el Tribunal, aceptar o dar valor probatorio a declaraciones o confesiones obtenidas mediante coacción, que afecten a la persona o a un tercero, constituye a su vez una infracción a un juicio justo.

Al concluir la última de las frases transcritas, la Corte IDH citó la jurisprudencia del TEDH que sustentaría la conclusión efectuada. Sin embargo, como hemos visto, la cita es por lo menos equívoca, ya que, si bien el TEDH ha interpretado la cuestión en debate desde la perspectiva de la cláusula del *fair trial*, la jurisprudencia reciente de ese Tribunal no parece sostener, incluso en supuestos de tratos inhumanos, que la regla de exclusión sea, en términos generales, un remedio ante una infracción al juicio justo.

Antes de concluir esta sección, es necesario resaltar que la Corte destacó que el carácter absoluto de la regla de exclusión “se ve reflejado en la prohibición de otorgarle valor probatorio no solo a la prueba obtenida directamente mediante coacción, sino también a la evidencia que se desprende de dicha acción” (cf. § 167). Esto, según parece, no es más que la aplicación de la llamada *teoría de los frutos del árbol venenoso*.

3. La relativización de la prohibición de tortura

El caso *Gäfgen* había sido motivo de análisis por la doctrina especializada aun antes de conocerse la resolución definitiva del TEDH, tal era la repercusión generada por la decisión del agente policial que ordenó la amenaza de imponer tormentos. Su postura se procuró justificar y se desarrollaron diversos planteos tendientes a exculparlo de un hecho que, relevando la normativa internacional, es uno de los más gravemente rechazados por la generalidad de los países. Los planteos, además, también se dirigían a establecer si, a pesar de aquella violación a los derechos del imputado, el proceso podía considerarse legítimo.

La discusión, en definitiva, gira en torno a la posibilidad de ponderar los elementos en conflicto: la vida de la persona víctima de un secuestro y la dignidad de la persona a quien se atribuye la responsabilidad por el delito en cuestión.

Algunos autores, como Eisele, distinguen entre el derecho policial a la defensa contra peligros y el derecho del procedimiento penal para la persecución de delitos: mientras que en el primer caso los agentes actúan preventivamente, en el segundo lo hacen represivamente, bajo la dirección de los funcionarios que representan a la Fiscalía.⁹

En el caso *Gäfgen*, reconoce el autor, incluso teniendo por válida aquella distinción, las dos alegadas funciones policiales concurrían, ya que las amenazas habían servido tanto para que el imputado confesara el lugar donde podía hallarse al niño como para que las actuaciones judiciales en su contra pudieran proseguir.¹⁰

Para propiciar tal delimitación los criterios predominantes plantean atender al objetivo perseguido por el agente policial o bien al juicio que, respecto del supuesto de hecho concreto, pudiera formular un espectador objetivo.

Ya fuera por la entidad de los bienes jurídicos en riesgo —la vida e integridad física del menor— o por la situación de urgencia que experimentó el agente policial implicado, la función preventiva adquirió prioridad ante la necesidad de atender las funciones procesales que la ley ritual encarga a la policía.

Esta opción, en el derecho alemán, parece justificada, nuevamente, a partir de la distinción entre esas dos esferas jurídicas: la policial-preventiva y la policial-represiva.

Resulta claro, a mi entender, que la prohibición de tortura rige cualquiera sea la justificación que se brinde: la prescripción sobre cómo debe ser interrogada una persona detenida por sospechársela responsable de un ilícito rige tanto para el policía que actúa preventivamente como para el que lo hace con el objetivo de recoger y obtener la prueba a utilizar en el juicio.

Más allá de ello, Eisele aclara que la aplicación de la *doctrina de los frutos del árbol envenenado* no rige de modo absoluto en el ámbito alemán: además de las excepciones prototípicas del desarrollo norteamericano sobre la doctrina en cuestión (la *teoría del descubrimiento inevitable*, por ejemplo), existen criterios para relativizar la absoluta

⁹ Jörg Eisele: “Derecho y tortura. Entre la defensa policial contra peligros y la persecución penal. Hacia la utilización en el proceso penal de una declaración obtenida bajo amenaza de tortura”, en *Iusta*, n.º 28, 2008, Departamento de Publicaciones de la Universidad de Santo Tomás, Colombia, p. 119. Disponible en <http://www.usta.edu.co/otras_pag/revistas/iusta/iusta_28/contenido.pdf> (19/7/2011).

¹⁰ *Ibidem*, p. 120.

extensión de la prohibición de uso, entre ellos, la ponderación entre el derecho vulnerado y la gravedad del delito sospechado y, fundamentalmente, “la situación excepcional de la defensa policial contra peligros”.¹¹

Resulta complejo rebatir la clara prohibición que surge, por ejemplo, de los artículos 3.º de la Convención Europea sobre Derechos Humanos y 7.º del PIDCP, pero ciertos autores, como el también alemán Karl Heinz Gössel,¹² han argumentado que no es posible sostener el carácter absoluto de la prohibición de tortura.

Sin perjuicio de sostener *a priori* que el derecho constitucional alemán prevalece sobre la normativa internacional, Gössel considera que la prohibición de tortura consagrada en ese cuerpo de normas es solo relativa y reconoce excepciones.

Así, con referencia directa al caso discutido antes (caso *Gäfgen*), Gössel considera posible que el legislador alemán introduzca ciertos supuestos, hoy calificables como tortura, dentro de la excepción prevista por el apartado n.º 1, *in fine*, del artículo 1.º de la CIDT, esto es, formas sancionatorias. La prohibición proveniente del PIDCP no sería aplicable, a su entender, en la medida en que el propio preámbulo de la CIDT le atribuye a este instrumento específico una función complementaria, a efectos interpretativos del propio Pacto.

El eje del planteo sería que la legislación interna puede excluir de la definición (internacional) de tortura ciertas medidas, conceptualizadas desde ese momento como “sanciones o relacionadas con tales sanciones” para que con ello la CIDT también deba interpretarlas “como acordes al Derecho, es decir, como legítimas”.¹³

Lo propio podría ocurrir si el derecho nacional del Estado parte también incluyera como supuestos de estado de necesidad legítimos los padecimientos corporales que pudieran infligir los particulares, calificables en abstracto según los parámetros del artículo 1.º de la CIDT, en tanto ni los particulares son agentes públicos ni la situación de necesidad es pública, con lo que también se evade la clara limitación que expresa el artículo 2.º, inciso 2.º, de la CIDT.¹⁴

En tren de rechazar el carácter absoluto de la prohibición, y ya respecto de la CEDH, Gössel destaca que el orden europeo ha prohibido las penas corporales, con lo que su argumento expuesto en el párrafo anterior no sería aplicable. Sin embargo, sí sería posible aplicar medidas, ya reguladas en las naciones europeas, que admiten intervenciones administrativas o policiales, e incluso procesales, como el arresto del testigo reacio a presentarse para declarar o la internación forzosa para el intoxicado, por ejemplo. En tanto estas medidas pueden ser entendidas como contrarias a la dignidad de la persona, entiende Gössel que sirven también de baremo para rechazar el carácter absoluto de la prohibición de tortura.

Es al referirse a la posibilidad de admitir lesiones a la dignidad donde los argumentos de Gössel se hacen más peligrosos. En efecto, dice que el CEDH solo obliga a los países

¹¹ *Ibidem*, p. 124.

¹² Karl Heinz Gössel: “¿Contiene el derecho alemán prohibiciones ‘absolutas’ de tortura, que rigen sin excepción?” (traducción de Dirk Styma), en *Revista de Derecho Procesal Penal* (“La injerencia en los derechos fundamentales del imputado, iii”), tomo 2007-1, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, pp. 9-40.

¹³ *Ibidem*, p. 17, numeral 2.

¹⁴ *Ibidem*, p. 18, numeral 2.

miembros a respetar los derechos humanos enumerados en los artículos 2.º a 18.º de su texto, entre los cuales no se encuentra referida la dignidad humana, de lo cual se concluye que no existe un derecho absoluto a su salvaguarda.

Asimismo, Gössel, tomando como indicio el valor de la vida humana y la circunstancia de que el Tribunal Constitucional alemán ha declarado que ningún derecho es ilimitado, sostiene que debe admitirse el recurso a la ponderación —prohibido en apariencia por la normativa internacional, al menos respecto de la tortura—, en cuyo caso la dignidad de quien fuera sometido a torturas, y no solamente por un particular, resultaría justificada.

El recurso a la ponderación, para todos los derechos, es endeble en sus fundamentos, como se advierte al desbrozar el razonamiento de Gössel,¹⁵ pero no es una postura en absoluto solitaria. Como refiere Jessberger, incluso se ha considerado que hasta la omisión de tortura, en casos como el de Gäfgen, resultaría contraria a la dignidad humana del rehén —no ya de la víctima de los tormentos.¹⁶

En la posibilidad de justificar la “tortura preventiva” con miras a resolver situaciones de peligro para bienes individuales o públicos confluyen dos desarrollos teóricos propios de las últimas décadas: el derecho penal del enemigo y la idea de una sociedad de riesgo.

El caso norteamericano, por ejemplo, en el contexto de los hechos de terrorismo de septiembre de 2011, sirve de estandarte para quienes procuran rechazar el carácter indelegable de la prohibición absoluta de la tortura.

En ese país, el uso más recurrente ha sido su empleo contra personas retenidas en prisiones administradas por el Ejército norteamericano fuera del territorio nacional, con el objetivo primordial de obtener información tendiente a detener a otros sospechosos de actos de terrorismo u obtener datos para evitar atentados.¹⁷

Más allá de esta hipótesis, otra versión de esta relativización se exterioriza en aquellos casos en los que el objetivo sí es el uso de la evidencia obtenida en un proceso penal, pero cuando estos actos han sido ejecutados en un país distinto de aquel donde se celebrará el juicio. Se conoce este caso como un supuesto de uso transnacional de la evidencia prohibida.

Sin intención de agotar la cuestión, resulta necesario indicar que la CIDT impediría tal opción, habida cuenta de los términos generales en que ha sido redactada. Kai Ambos¹⁸ ha tratado la cuestión cuando se plantea tanto ante tribunales locales como internacionales.

¹⁵ Cf. pp. 26 ss. del texto citado.

¹⁶ Florian Jessberger: “Bad torture - Good Torture: What international criminal lawyers may learn from the recent trial of police officers in Germany”, en *Journal of International Criminal Justice*, n.º 3, 2005, Oxford University Press, p. 1064.

¹⁷ Para un trabajo que atiende a este supuesto en particular y a otros de relativización de derechos humanos luego del 11 de septiembre de 2001, véase Stephen Thaman: “La situación precaria de los derechos humanos en Estados Unidos en tiempos normales y después del 11 de septiembre de 2001”, en *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, vol. 30, n.º 89, 2009, Universidad Externado de Colombia, pp. 163-207. Disponible en <http://portal.uexternado.edu.co/irj/go/km/docs/documents/UExternado/pdf/5_derechoPenalyCriminologia/numero89/Stephen%20Thaman%202.pdf> (19/7/2011).

¹⁸ Kai Ambos: “El uso transnacional de la prueba obtenida por medio de tortura”, en Kai Ambos et al. (eds.): *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho

Resta indicar que muchos autores han debatido en derredor de casos hipotéticos como aquel en que una bomba cuya detonación estuviera cronometrada y pudiera poner en peligro la vida de múltiples personas debiera ser localizada, a expensas de someter a torturas a quien la ha activado para que informe de su ubicación.

En la medida en que estos escenarios (de bombas de relojería o *ticking-time-bombs*) han sido objeto de ardua discusión, es necesario al menos dar cuenta de su existencia. Sin embargo, más allá de que, en efecto, se trata de supuestos en los que se pone en duda la efectiva existencia de un derecho absoluto —es decir, ilimitado e inderogable para todos los casos—, lo cierto es que en el plano deontológico, como sostiene Greco, cualquier argumento que se esgrima para justificar la imposición de tormentos reduce a la persona a un mero instrumento de las necesidades colectivas o la priva de su dignidad —ya sea por su conducta anterior o por la necesidad de resguardar la del resto de las personas—: cualquiera fuera la razón, el individuo dejará de ser tomado en cuenta como un sujeto con voluntad y, por ende, perderá su estatus ante el Estado, que al mismo tiempo perderá “el título que otorga legitimidad a su existencia [...], presupuesto del ejercicio legítimo de su poder”.¹⁹

4. La relativización de la aplicación de la *regla de exclusión*

La *exclusionary rule*, concebida por la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica, ha influido notablemente en la práctica de los tribunales nacionales de todo el mundo. Esta influencia se ha extendido, a su vez, a los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, como surge del relato efectuado en el apartado 2.

Ahora bien, ni en el ámbito americano ni en el europeo, cuyos órganos de control poseen una extendida y consolidada experiencia en la resolución de peticiones individuales, se encuentra regulada expresamente una regla de no utilización o valoración de la prueba obtenida en violación a los derechos consagrados en sus respectivas Convenciones.

Como se ve, aun superada la discusión sobre el carácter absoluto e inderogable de la prohibición de tortura, resta resolver si el remedio para su violación o incumplimiento será aplicable en todos los casos o, por el contrario, si es posible rechazar su aplicación.

En el ámbito europeo, la discusión ha sido ciertamente profunda. Por ejemplo, Thaman da cuenta de que el TEDH, como se ha dejado entrever al analizar su fallo en el caso *Gäfgen*, ha rechazado reiteradamente que exista una obligación de excluir pruebas. Ya que la decisión sobre la cuestión reposa más bien en el análisis en conjunto del proceso, a la luz del artículo 6.º de la CEDH, y ello supone verificar si cabe calificarlo como justo, una ponderación entre el derecho lesionado y su gravedad se impondría.²⁰

Penal Internacional, 2010, pp. 449-490. Disponible en <http://www.kas.de/wf/doc/kas_21284-1522-4-30.pdf?110324191124> (19/7/2011).

¹⁹ Luis Greco: “Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las *ticking time bombs*”, en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, Madrid, 2007, p. 14. Disponible en <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/78592/102668>> (19/7/2011).

²⁰ Stephen Thaman: “Verdad o legalidad: los límites del blanqueo de pruebas ilegalmente recogidas en un Estado de derecho”, en *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, vol. 30, n.º 89, 2009, Universidad Externado de Colombia, pp. 120-121, con cita de los

Por su parte, en una obra lúcida que dedica considerable espacio a muchos de los temas aquí tratados, Ashworth advierte también el problema referido por Thaman. Reconoce que un derecho a excluir la prueba ilegalmente obtenida no se encuentra recogido por la CEDH, pero agrega que existiría un acuerdo en que “[...] cuando la evidencia ha sido obtenida mediante tortura o conductas inhumanas o degradantes, contrarias al artículo 3.º de la Convención, un juicio deberá declararse injusto dentro del significado del artículo 6.º si esa evidencia sostuvo la acusación”.²¹ La resolución del caso *Gäfgen* pareciera limitar el alcance de la conclusión.

En el ámbito interamericano la discusión apenas ha comenzado. En efecto, en un trabajo muy reciente, el Instituto Brasileiro de Ciencias Criminales (IBCCRIM) ha tratado el asunto desde la perspectiva internacional.

Uno de los problemas de posturas como las sostenidas por el TEDH que advierten los autores consultados es que dejan un espacio demasiado amplio para la ponderación entre los intereses involucrados, a fin de determinar si un juicio ha sido o no justo. Si bien el criterio de la proporcionalidad resulta útil para delimitar la validez de las restricciones a los derechos, ese criterio resulta demasiado incierto y propenso a la subjetividad cuando se lo aplica al estimar si cierta prueba es o no lícita. Más aún tratándose de un remedio para una violación a un derecho convencional, se corre el riesgo de una “banalización de la protección de los derechos fundamentales”.²²

Debe tomarse en cuenta, además, que el derecho a no ser obligado a autoincriminarse ya había sufrido relativizaciones en la jurisprudencia del TEDH, ya fuera con base en la necesidad de atender a la diferencia entre compulsiones a ofrecer pruebas en el marco de procesos administrativos o penales, o bien distinguiendo la provisión de evidencia real o material de la estrictamente testimonial (*Saunders contra el Reino Unido*, de 1996). Pero, en lo que aquí importa, las limitaciones más criticables resultan ser aquellas que, planteadas originalmente por los Estados parte denunciados, fueron otorgando espacio a la necesidad de evaluar la proporcionalidad de formas lesivas al derecho, en función de la seriedad o gravedad del interés público comprometido.

Ashworth recoge esta tendencia, advertida en varias decisiones del TEDH. La primera de ellas, en orden de importancia, fue de la Gran Cámara del TEDH en el caso *O’Halloran*

casos *Schenk contra Suiza*, *Khan contra el Reino Unido* y *Allan contra el Reino Unido*, entre otros. Disponible en <http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/derpen/article/viewFile/522/500> (19/7/2011).

²¹ Andrew Ashworth: *Human rights, serious crime and criminal procedure*, Londres: Sweet & Maxwell, 2002, p. 35. Disponible en http://socialsciences.exeter.ac.uk/media/universityofexeter/schoolofhumanitiesandsocialsciences/law/pdfs/Human_Rights_Serious_Crime_and_Criminal_Procedure.pdf (19/7/2011). Este texto es previo a la resolución del TEDH en *Gäfgen* y recoge la conferencia dictada por el profesor Ashworth en el marco de las Hamlyn Lectures correspondientes al año 2002. El caso citado por el autor en el original es *Austria contra Italia*, que no pertenece al TEDH sino a la Comisión Europea sobre Derechos Humanos (véase la nota n.º 103, en la página 48).

²² Maria Thereza Rocha de Assis Moura et al. (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais [IBCCRIM]): “Provas ilícitas e o sistema interamericano de protecao dos direitos humanos. Relatório-Brasil 2009”, en Kai Ambos et al. (eds.): *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, 2010, p. 320. Disponible en http://www.kas.de/wf/doc/kas_21284-1522-4-30.pdf?110324191124 (19/7/2011).

y *Francis contra el Reino Unido*, de 2008. En el caso, ambos dueños de un auto que había sido filmado excediendo los límites de velocidad fueron intimados a indicar a las autoridades cuál de ellos lo había manejado. La sanción era de multa y de pérdida de puntos.

El TEDH consideró aquí que no había existido violación al artículo 6.º del CEDH, para lo cual consideró las características del régimen regulatorio cuestionado y la naturaleza limitada de la información requerida, pero, en esencia, dejó establecido que el derecho a no ser obligado a autoincriminarse no era absoluto y que podía ser limitado al tomar en cuenta factores como el grado de compulsión impuesta, el uso que pudiera darse a la evidencia obtenida y la existencia de salvaguardas dentro del proceso.²³

En un caso previo, *Jalloh contra Alemania*, ya citado, la conclusión fue la opuesta, en tanto se consideró que había existido una forma de compulsión que permitía calificarla según los parámetros del artículo 3.º de la CEDH —los policías sostuvieron al denunciante mientras un médico le administraba un emético para que expulsara el material estupefaciente—. Ashworth advierte de todos modos que uno de los factores que, a modo de *obiter dictum*, se habían expuesto a efectos de delimitar el carácter no absoluto del derecho era el del “peso del interés público en la investigación y castigo del delito en cuestión”.

Este criterio, advierte el autor, permite evaluar el grado de garantía que recibe un derecho, con base en la entidad o seriedad del delito que se le atribuya a su titular. Más allá de la posibilidad de restringir el derecho por sí, lo cierto es que restaba por identificarse en la jurisprudencia del TEDH, de modo consecuente, si la entidad de los factores que hacen al “interés público” puede servir de baremo para la vigencia del artículo 6.º de la Convención Europea. Dice Ashworth:

En *Jalloh*, la Gran Cámara [...] introdujo una forma de “ponderación” o test de proporcionalidad que no debiera encontrar lugar en un derecho tan fundamental como es el derecho a contar con un juicio justo. Sugerir que el privilegio contra la autoincriminación debe ser mantenido cuando al imputado se lo acusa de un tráfico de droga al menudeo pero (por inferencia) disminuirlo o derogarlo cuando se lo acusa por un crimen más serio contradice [...] [la idea de que] el privilegio tiene un lugar en el grupo de los derechos consagrados por la Convención en orden a la justicia penal.²⁴

Anticipaba Ashworth al concluir el texto transcrito que el fallo del TEDH en *Jalloh* dejaba abiertas varias posibilidades respecto del alcance que debería atribuirse al derecho a no ser obligado a incriminarse, cuestión que confirma, lamentablemente, el caso *Gäfgen* ya tratado.

En este último caso, los magistrados que suscribieron el voto disidente²⁵ rechazaron tajantemente la postura mayoritaria del TEDH, la cual sostuvo que en el caso *Gäfgen* no

²³ Andrew Ashworth: “Self-incrimination in European human Rights Law_A pregnant pragmatism”, en *Cardozo Law Review*, vol. 30, n.º 3, 2008, pp. 763-764. Disponible en <<http://www.cardozolawreview.com/content/30-3/ASHWORTH.30-3.pdf>> (19/7/2011).

²⁴ *Ibidem*, p. 773.

²⁵ Seis de los diecisiete que compusieron la Gran Cámara al momento de resolver, a saber: Christos Rozakis, Françoise Tulkens, Sverre Erik Jebens, Ineta Ziemele, Ledi Bianku y Ann Power.

había existido violación al juicio justo a pesar de haberse incorporado al proceso evidencia obtenida como consecuencia de la confesión forzada a través de un trato inhumano.

Estos jueces lamentaron que el TEDH hubiera dejado pasar la oportunidad de fijar un estándar para los supuestos de exclusión de evidencia—incluso material y no solamente testimonial— en aquellos supuestos que cayeran dentro de la esfera del artículo 3.º de la CEDH (§ 2 y 3), y que se hubieran establecido distinciones, en orden a la incorporación o no de evidencia, según la calificación del acto como tortura o solo como un trato inhumano (§ 3 y 9).

Pero más lamentaron estos jueces que el TEDH no hubiera fijado una regla clara que seguir en supuestos de violación al artículo 3.º de la CEDH, como se había acreditado en el caso:

El Tribunal podría haber respondido al problema de modo categórico, afirmando de manera inequívoca que, sin importar la conducta del acusado, la justicia, a los efectos del artículo 6.º, presupone que se respete la legalidad y requiere, como una proposición evidente, la exclusión de toda la evidencia que hubiera sido obtenida en violación al artículo 3.º. Un juicio penal que admite y se basa, en cualquier medida, en evidencia obtenida como resultado de la lesión a una regla tan absoluta de la Convención no puede ser *a fortiori*, justo.²⁶

Estos mismos jueces, luego, rechazaron el razonamiento de la mayoría del TEDH que consideró que la nueva confesión en el juicio configuraba un quiebre en la cadena causal (del vicio) que permitía concluir que la condena no había sido afectada por la admisión de la evidencia en cuestión: ese razonamiento omitía considerar al proceso penal como conjunto orgánico, obviaba la práctica habitual del juicio y no consideraba que la confesión había sido brindada inmediatamente luego de haberse frustrado el intento por excluir la prueba incriminante (§ 6).

En definitiva, este grupo de jueces concluyó que la aplicación estricta de la regla de exclusión era la medida más efectiva para garantizar la vigencia de la prohibición absoluta consagrada en el artículo 3.º, ya que priva de incentivos a quienes pudieran infligir ese tratamiento a los sospechosos (§ 10).

Para concluir el tratamiento de la jurisprudencia del TEDH, resulta útil destacar que los magistrados disidentes en el caso *Gäfgen* tuvieron en cuenta que una de las críticas dirigidas a la aplicación estricta de la regla de exclusión es que con ella pueden afectarse otros derechos o valores, en particular al comprometer o restar eficacia a la persecución y el enjuiciamiento de los delitos. En efecto, ese es uno de los aspectos en torno al cual gravitan muchas de las decisiones judiciales que se valen de argumentos de ponderación o proporcionalidad para relativizar la implementación de dicha regla.

Al respecto, en orden principalmente a los derechos de las víctimas del delito, a la par del interés en el castigo de los delitos:

²⁶ Voto disidente del caso *Gäfgen*, § 2.

[...] existe un interés público igualmente vital y convincente por preservar los valores de una sociedad civilizada, fundada bajo el principio de legalidad. En sociedades como esa, el recurso a la sujeción de individuos a trato inhumano o degradante, sin importar su objetivo, nunca puede ser permitido. Existe, además, un interés elemental en asegurar y mantener la integridad del proceso judicial y la admisión, en un juicio, de evidencia obtenida en violación a un derecho humano absoluto debilitaría y haría peligrar la integridad de dicho proceso.²⁷

En cuanto al sistema interamericano, Rocha de Assis Moura, Coelho Zilli y Girão Monteconrado Ghidalevich han analizado tanto las reglas probatorias merced las cuales la propia Corte IDH decide los casos traídos ante ella, como el modo en que evalúa las reglas probatorias que aplica cada Estado miembro.

La Corte IDH, desde su propio reglamento, adscribe a cierta flexibilidad e informalidad en materia probatoria y no tiene previstas reglas de exclusión de la prueba. Más aún, en los casos en los que se han planteado incumplimiento de las formas procesales se ha ocupado de distinguir entre el proceso ante los órganos internacionales de protección de los derechos humanos y los desarrollados ante la justicia penal de cada país.²⁸

Respecto de los casos contenciosos ante la Corte IDH, los autores resaltan la falta de profundidad al decidir sobre el respeto y la garantía de los derechos humanos comprometidos cuando se debía analizar la validez de la obtención del material probatorio. En los casos *Lori Berenson Mejía contra Perú* (serie C, n.º 119) y *García Asto y Ramírez Rojas contra Perú* (serie C, n.º 137), en efecto, la Corte IDH nada dijo al respecto, pese a que existían vicios que reclamaban una mención.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) registra, sin embargo, antecedentes de relevancia.

En el Informe n.º 1/95, respecto de los hechos denunciados por el expresidente del Perú, Alan García Pérez (caso n.º 11.006), se trató la cuestión de los allanamientos ilegales sufridos por el denunciante en el contexto de la decisión del entonces presidente Fujimori (abril de 1992) de suspender la vigencia de la Constitución Nacional, disolver el Senado y la Cámara de Diputados, disponer el receso del Poder Judicial y, entre otras cosas, ordenar la detención de varios líderes políticos.

En un proceso penal abierto en contra del Sr. García por la alegada tenencia ilegal de armas se produjeron allanamientos en su domicilio particular y en la sede del Partido Aprista, del cual era secretario general.

Ya que la única prueba que existía respecto de la responsabilidad de García era la obtenida en virtud del allanamiento en cuestión, y este no había sido dispuesto del modo que lo exigía la legislación interna y su ejecución había sido puesta en manos del Ejército, se debía analizar la validez del acto y, en lo que aquí interesa, sus consecuencias. Dijo entonces la CIDH:

²⁷ *Ibidem*, § 12.

²⁸ Rocha de Assis Moura et al.: o. cit., pp. 327-328, con cita de los casos *Velásquez Rodríguez* (serie C, n.º 4, § 132-134) y *Hermanos Gómez Paquiyauri contra Perú* (serie C, n.º 110, § 58), entre otros.

El artículo 8 de la Convención Americana [...] en su inciso segundo prevé que durante el trámite del proceso toda persona tiene derecho a que se respeten ciertas garantías mínimas. La enumeración contenida en esta cláusula ha sido interpretada como una nómina de garantías mínimas no taxativas. De este modo, se ha considerado que existen otras garantías reconocidas en el derecho interno de los Estados que, si bien no están incluidas explícitamente en el texto de la Convención, igualmente se encuentran amparadas por el contenido amplio del inciso 1 del artículo 8 de la Convención. La inviolabilidad del domicilio es una de las garantías implícitas del mencionado artículo. En efecto, además de operar como una garantía del derecho a la privacidad, es una garantía del debido proceso en tanto establece un límite legal a la recolección de la prueba inculpativa de un individuo imputado de un delito. Para el caso que se realice el allanamiento de un domicilio incumpliendo con los procedimientos constitucionales apropiados, tal garantía impide que la prueba obtenida sea valorada en una decisión judicial posterior. De este modo, en la práctica opera como una regla de exclusión de la evidencia obtenida ilegalmente. La razón de ser de esta garantía y de la regla de exclusión de la prueba obtenida a partir de su violación se encuentra fundada en [...] [que] [l]a justificación de los métodos para averiguar la verdad depende de la observancia de las reglas jurídicas que regulan cómo se incorpora válidamente conocimiento al proceso, de manera tal que no todos los métodos están permitidos y que a los autorizados se los debe practicar según la disciplina de la ley procesal. Las formas judiciales no son una categoría formal sino que, en tanto sirven directamente a la protección de la dignidad humana, se comportan como una categoría material. [...] Por este motivo, la Comisión considera que las “debidas garantías” amparadas por la Convención Americana no han sido respetadas en la tramitación de las causas penales en contra del ex-Presidente Alan García.

Resulta interesante advertir que, si bien la regla de exclusión no se encuentra prevista, de modo expreso al menos, en la CIDH, la Comisión interpreta que la regulación (también implícita) de la garantía contra las afectaciones indebidas a la intimidad, mediante la garantía de la inviolabilidad del domicilio, es al mismo tiempo garantía de que la prueba obtenida no será utilizada. Así, la existencia del derecho a la inviolabilidad del domicilio es coextensiva con la de su remedio.

Este estándar fue reiterado por la CIDH en su *Informe sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas*, del 7 de marzo de 2006 (§ 97) y, más recientemente, en el *Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos*, del 31 de diciembre de 2009 (§ 176).

5. Los límites a los derechos humanos y la ponderación como mecanismo de interpretación

Como se ha visto en las secciones precedentes, las discusiones en torno a la vigencia absoluta de la prohibición de tortura y la aplicación estricta de la regla de exclusión se han hecho depender de la necesidad de balancear las exigencias que sostienen estos principios con la necesidad de reprimir las conductas delictivas que anteceden a ambas decisiones.

Subyace a dicha discusión una teoría que propicia la implementación de una técnica de interpretación que, entre principios o valores en conflicto, permitiría seleccionar aquel o aquellos que cabe privilegiar, no de modo absoluto para todos los casos posibles sino en concreto y para circunstancias específicas.

Esa técnica —de ponderación o *balancing test*— se extiende tácita o expresamente a muchas de las soluciones que en cada ámbito jurisdiccional se debe aplicar a casos complejos o difíciles. Si la prohibición de autoincriminación forzada estuviera asociada a actos inhumanos, crueles o de tortura, la postura tradicional había considerado inderogable su vigencia y la de los medios para prevenirla y sancionarla.

Ya sea con motivo de la situación de emergencia que muchos países han decidido declarar o bien en función de reflexiones más profundas sobre el alcance de los derechos humanos, máxime en el terreno de la seguridad pública, la evolución de la jurisprudencia especializada sobre la cuestión evidencia un mayor nivel de crítica (y hasta rechazo) hacia aquellas posturas tradicionales.

En el ámbito doctrinario, bajo el nombre de neoconstitucionalismo se ha formado en el derecho continental europeo una corriente iusfilosófica que propicia un nuevo paradigma epistemológico, enfrentado al positivismo jurídico estricto.

Esta teoría, o conjunto de ellas, se caracteriza por la prioridad que otorga al estudio de las consecuencias que una constitución rígida produce en un sistema normativo, ello en orden al fundamento de los derechos humanos que en aquella aparecen consagrados y, en lo que aquí interesa, en la posibilidad de distinguir, dentro de los sistemas jurídicos de uno u otro país, reglas de principios.

Merced los trabajos de Dworkin, se ha podido construir una concepción bastante unitaria de lo que, desde esta perspectiva, diferencia a los Estados modernos de las formas de gobierno basadas en la mera legalidad. Aparece así como hito fundamental la consagración de instrumentos internacionales sobre derechos humanos en el ámbito internacional y la restauración de las democracias europeas en el período de posguerra.

La referida distinción entre reglas y principios permite atender un problema que, a tenor del tema que nos atañe, ha posibilitado una salida alternativa a los conflictos que pudieran darse entre derechos humanos, bienes públicos o intereses legítimos, todos ellos consagrados en los Estados de derecho modernos.

En todo caso, de lo que se trata en la evolución experimentada por las democracias constitucionales, en el proceso por el cual se han transformado en tales, es de garantizar —en la mayor medida posible— los derechos de las personas, en los distintos ámbitos en que se desarrolla la vida social y conforme las particularidades que cada ámbito posee.

Uno de los más prominentes exponentes del neoconstitucionalismo, de amplia difusión en nuestro contexto, es Robert Alexy.

En su exposición y con remisión a la obra de Dworkin, este autor distingue reglas de principios. Mientras las primeras establecen un deber, los segundos solo lo hacen de modo condicional, mediante un mandato de optimización, cuya realización dependerá de condiciones de hecho o jurídicas variables según las circunstancias.

En la medida en que la obra de Alexy reconoce inspiración en la de Dworkin, cabe referir aquí cómo este último autor describe los casos de conflictos entre normas (reglas, en nuestro análisis):

Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces nada aporta a la decisión. [...] La norma puede tener excepciones, pero si las tiene es inexacto e incompleto enunciarla de manera tan simple, sin enumerar las excepciones [...] Pero no es así como operan los principios [...].²⁹

En efecto entonces, a diferencia de lo que ocurre en el campo de las reglas, dice Dworkin:

Cuando decimos que un determinado principio es un principio de nuestro derecho, lo que eso quiere decir es que el principio es tal que los funcionarios deben tenerlo en cuenta, si viene al caso, como criterio que los determine a inclinarse en uno u otro sentido. [...] Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o la importancia. Cuando los principios se interfieren [...] quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno.³⁰

En definitiva, se diferencia de las normas que imponen determinado resultado cuando se presentan los presupuestos que la tornan aplicable y, en su defecto, “[...] cuando se ha alcanzado un resultado contrario, la norma ha sido abandonada o cambiada [,] [l]os principios no operan de esa manera; orientan una decisión en un sentido, aunque no en forma concluyente, y sobreviven intactos aun cuando no prevalezcan”.³¹

Ampliando el concepto ha dicho Borowski, discípulo a su vez de Alexy:

Cuando una regla vale y es aplicada, siempre se imputa una consecuencia jurídica. A diferencia de los principios, las reglas no pueden simplemente ceder ante otras reglas en los casos individuales. La forma de aplicación de los principios es la ponderación, mientras que bajo las reglas solo se subsume. Los conflictos entre principios se deciden en la dimensión del peso, los conflictos entre reglas en la dimensión de la validez.³²

Como se ve, la diferencia entre ambos conceptos —reglas y principios— no radica tanto en las características adscritas a cada uno sino, por el contrario, en la diferente técnica de interpretación a la que se deberá recurrir de estarse en presencia de un conflicto entre pares de situaciones ubicadas en uno u otro extremo del binomio.³³

²⁹ Ronald Dworkin: *Los derechos en serio*, Barcelona: Planeta-Agostini, 1993, p. 75.

³⁰ *Ibidem*, p. 77.

³¹ *Ibidem*, p. 91.

³² Martín Borowski: *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 48-49.

³³ La distinción entre los principios y las reglas “no aludiría a dos clases de enunciados normativos, sino a dos tipos de estrategias interpretativas”. Luis Arroyo Jiménez: “Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo”, en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 2/2009 (mayo), Madrid, p. 7, con cita de Luis Prieto Sanchis: *Ley, principios, derechos*, Madrid: Dykinson, 1998, p. 52. Disponible en http://www.indret.com/pdf/621_es.pdf (19/7/2011).

Alexy parte de la base de que los derechos individuales puedan aparecer descritos en forma de principios y así, como no definitivos, en la medida en que, al colisionar con otros derechos o bien con ciertos intereses, puedan ser restringidos.

Entre dichos intereses reconoce Alexy el concepto de *bien público*, que ajustadamente ejemplifica con la seguridad pública, sea esta externa o interna. Al caracterizar dicho concepto, profundiza el autor con el ejemplo prototípico de aquella idea de seguridad:

La seguridad colectiva es un caso relativamente claro de un bien colectivo porque, primero, nadie (más exactamente: nadie que se encuentre en el respectivo territorio) puede ser excluido de su uso y, segundo, el uso por parte de *a* no afecta ni impide el uso por parte de *b*.³⁴

Sin perjuicio de la validez de esta teoría, máxime para enfrentar los problemas vinculados con la vigencia de los derechos sociales, lo cierto es que la admisión de la teoría supone también la del enfrentamiento, a un mismo nivel, de derechos humanos y bienes públicos.

En lo que hace al derecho procesal penal, este conflicto se plantea entre el ideal de la seguridad pública y el del respeto y la garantía de los derechos humanos comprometidos en la tarea de llevar adelante el juicio. Este conflicto, cuando de hechos de tortura se trata, es paradigmático del alcance real de los derechos consagrados a escala internacional.

No se ha pretendido atribuir aquí a una corriente filosófica en pleno proceso de consolidación ni, por cierto, a todos sus integrantes una postura que admita la relativización de la tortura, a través de su prohibición o su remedio (léase, la *regla de exclusión*). Lo cierto es que esta forma de razonamiento encuentra su base en doctrinas como la expuesta, máxime cuando exhibe referentes de la calidad de los citados.

La idea detrás del interés público, como límite a los derechos humanos, no requiere, sin embargo, de un caudal teórico extenso. Ashworth, analizando tanto la jurisprudencia de los tribunales ingleses como del propio TEDH, ha destacado el creciente papel que juega en la argumentación judicial.

Este autor, lúcidamente, advierte que si una función cabe atribuir a los derechos humanos, esta es la de ser, en esencia, “un concepto contramayoritario o anti-utilitarista” y que, aunque en cierta medida los derechos humanos aparezcan como contrarios al espíritu democrático (en tanto privilegio de la voluntad de la mayoría), no lo son en realidad, sino que, por el contrario, realzan la democracia “al incrementar su legitimidad”.³⁵

Citando a Dworkin, el autor concede que pueda ponderarse el interés público con un derecho humano, según los parámetros de necesidad y proporcionalidad ciertamente, pero ello en casos excepcionales (preferentemente contra otros derechos individuales) y siempre que se tenga en cuenta que existe una jerarquía de derechos. Así, existen: a) ciertos derechos inderogables, ejemplificados por el derecho a no ser sujeto a tortura u otros tratos degradantes o inhumanos, consagrado en el artículo 3.º de la CEDH, b) en un nivel inmediatamente inferior, derechos fuertes, y en un último nivel, c) derechos *prima facie*,

³⁴ Robert Alexy: *El concepto y validez del derecho*, Buenos Aires: Gedisa, 2008 (1992), p. 186.

³⁵ Ashworth: *Human rights...*, o. cit., pp. 71-72.

como el derecho a la vida privada o a la libertad de expresión o asociación, que, también previstos en la CEDH, contemplan al ser consagrados la posibilidad de ser interferidos por necesidades propias de “una sociedad democrática”.

Es justamente el nivel intermedio (*b*) el más difícilmente clasificable, y en el que Ashworth ubica el ya referido derecho a un juicio justo, consagrado en el artículo 6 de la CEDH. Los derechos de este grupo exigirían una argumentación adicional y la alegada existencia de intereses públicos en conflicto debería ceder el paso a (verdaderos) derechos en colisión.

Ashworth ejemplifica su razonamiento con el caso *Doorson contra Holanda*, de 1996, del TEDH. Allí se convalidó la restricción al derecho del imputado a confrontar los testigos de cargo, en un caso en que los testigos habían sido amenazados y atacados por aquellos en cuyo perjuicio declararon. A fin de poder privilegiar válidamente la seguridad personal de los testigos, la restricción a un derecho de la importancia del mencionado, en cuanto integra la noción de *juicio justo*, debía ser objeto de justificación especial: se exige alta probabilidad de que el procedimiento normal no garantizaría la integridad de los testigos y debían concederse salvaguardas al imputado para “contrabalancear” la merma en sus facultades.³⁶

Como se ve, se trataba de un riesgo cierto e inminente que exige un nivel de argumentación y razonamiento estructurado.

Por otra parte, y ya en especial respecto de los derechos a guardar silencio y no ser obligado a autoincriminarse, Ashworth destaca que cualquier límite que se pretenda imponer a su goce, admitiendo su carácter no absoluto pero sosteniendo que no pueden ser ponderados libremente con cualquier consideración de interés público, debe ser analizado, no ya en función de consideraciones sobre la entidad o seriedad del delito atribuido, sino con base en la situación concreta sobre la prueba que exista en el caso.³⁷

Al menos en lo que atañe a la prohibición de tormentos o tratos crueles o inhumanos, aun cuando, en términos generales, las garantías judiciales resulten sujetas a limitación ante un derecho en conflicto, lo cierto es que en estos casos el remedio para su garantía plena (la regla de exclusión) debería asumir los mismos caracteres que el derecho que procura resguardar.

Más allá de esta circunstancia, a la que me referiré en las conclusiones, es claro que, en los hechos, la idea de ponderación se había infiltrado prontamente para restar operatividad a la *regla de exclusión*.

El primer obstáculo, como ha ocurrido en el ámbito europeo y en el interamericano, es que el lugar de la regla y su derivada (*teoría de los frutos del árbol venenoso*) no se encontraba previsto como derecho del imputado, sino que fue elaborado, al principio para el ámbito federal exclusivamente, a través de la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos.³⁸

³⁶ *Ibidem*, pp. 77-80.

³⁷ *Ibidem*, pp. 128-129.

³⁸ Perfecto Andrés Ibáñez: *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p. 192.

Así, la elaboración de la regla como remedio útil a fin de evitar que los agentes policiales incurrieran en una conducta ilegal (*deterrent effect*) fue asumiendo cada vez mayor importancia, a consecuencia de lo cual la idea de efectuar un *balancing test* o ponderación se impone, en la resolución caso por caso, según qué tan necesario sea para desalentar la lesión de derechos fundamentales.

En la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema estadounidense, este paradigma se ha consolidado, elevando la excepción de la *buena fe policial* a piedra de toque para el análisis de la operatividad de la regla.³⁹

En el caso *Herring*, en efecto, la Suprema Corte de los Estados Unidos refirió:

El hecho de que haya ocurrido una violación a la Cuarta Enmienda —por ejemplo, si una requisita fue irrazonable— no implica necesariamente que la regla de exclusión se aplique. *Illinois vs. Gates*, 462 U.S. 213, 223 (1983). Es más, la exclusión “ha sido siempre nuestro último recurso, no el primer impulso”, *Hudson vs. Michigan*, 547 U.S. 586, 591 (2006), y nuestros precedentes establecen principios importantes que restringen la aplicación de la regla de exclusión.

En el caso referido recientemente, la Corte estadounidense sostuvo, en términos generales, que la regla de exclusión solo resultará operativa allí donde se verifique que, de utilizarse, se evitarán futuras violaciones a los derechos individuales.

Guariglia, por su parte, ha advertido que la previsión por el legislador de los supuestos en los que cierta prueba no es admisible —en su adquisición o su valoración, sin atenerse a la distinción propia de la doctrina alemana— impide que el juez recurra al ejercicio de la ponderación a efectos de otorgar mayor alcance a los intereses de la persecución penal.⁴⁰

El autor citado atiende así a ciertos argumentos que propician el uso de criterios de proporcionalidad para evadir la aplicación de prohibiciones probatorias en casos de criminalidad especialmente grave. Siguiendo a Guariglia en este punto, cabe decir que el principio de proporcionalidad (más allá de su fundamento filosófico, añadido yo) no puede operar “como un fundamento apto para justificar o ‘sanar’ la actividad estatal irregular, ni tampoco para crear una facultad de injerencia no prevista legislativamente”.⁴¹

Esta discusión atribuye así relevancia al debate referido por Ambos en orden a las distintas finalidades u objetivos que los tribunales internacionales penales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda —TPIY y TPIR, respectivamente— otorgan a la regla de exclusión (evitar pruebas que no sean fiables o que el proceso se vea dañado en su integridad).⁴²

Es que si nos volcamos por la segunda opción, es decir, la integridad del proceso (privilegiándola ante la cuestión de la fiabilidad de la prueba obtenida luego de la imposición de tormentos o la ausencia de necesidad de prevención de nuevas conductas lesivas a los derechos en juego), deberíamos tomar la conclusión originalmente adoptada

³⁹ Cf. caso *Herring v. United States*; 555 U.S. 135 (2009).

⁴⁰ Fabricio Guariglia: *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal: una propuesta de fundamentación*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005, p. 73.

⁴¹ *Ibidem*, p. 75.

⁴² Kai Ambos et al. (eds.): o. cit., pp. 458-464.

por el TEDH, hasta el caso *Gäfgen* al menos, de que jamás puede un juicio ser justo si la evidencia que le ha servido de base ha sido obtenida mediante tortura.

6. Conclusiones

1. Uno de los problemas que presenta el neoconstitucionalismo, con las aclaraciones hechas antes, es que omite considerar de modo suficientemente claro que existen ámbitos en los que no puede siquiera contemplarse la posibilidad de confrontar un derecho sin consideración de su contenido.

Admitir que los derechos no solo aparecen previstos en reglas sino que también pueden representar principios y, además, que en tal condición pueden ser puestos en un mismo nivel de relevancia (argumentativa) que valores o intereses públicos, como la seguridad o la persecución del delito, supone conceder que pueden existir conflictos entre ellos y, como consecuencia, que “remit[a]n su configuración completa y definitiva a un juicio de ponderación efectuado, en cada caso, a la vista de los derechos en pugna”.⁴³

El análisis que se ha hecho de esta cuestión en el contexto europeo debería servir de referencia. El estudio de la jurisprudencia del TEDH puede ser realizado, como demuestra Croquet, recurriendo a los criterios de proporcionalidad o ponderación que ha elaborado la doctrina filosófica citada escuetamente en este texto. Más allá de la diversidad de perspectivas entre uno u otro autor, las corrientes filosóficas que parecen sostener teóricamente las posturas referidas coinciden en la idea de que los derechos —como el de guardar silencio o el de no estar obligado a autoincriminarse— no tienen preponderancia en abstracto sobre otros valores. Corresponde al intérprete, en este modelo, establecer los límites de los derechos, conforme su naturaleza, la entidad de su limitación y la importancia y necesidad de lograr el objetivo pretendido, entre otros factores.

Incluso se admite que, más allá de la obvia necesidad de definir con cierta precisión cuál es el contenido del interés público que se busca garantizar, como refiere Ashworth, cualquier jerarquía que se pretenda establecer entre un derecho y un interés público dependerá del resultado de un ejercicio de ponderación.⁴⁴

Este paradigma, de aplicarse a situaciones como las de la tortura y su correlato —inadmisibilidad de la prueba obtenida de aquella, así como la derivada causalmente— tornaría ineficaz un principio de la jerarquía del analizado hasta aquí.

2. En el ámbito interamericano, la doctrina que surge de la resolución por la Corte IDH del caso *Cabrera García y Montiel Flores* parece establecer un estándar irrefutable: la regla de exclusión es, efectivamente, la medida correcta ante supuestos de violación al derecho a no ser objeto de tortura o tratos crueles o inhumanos.

⁴³ Luis Prieto Sanchís: “*Principia iuris*: una teoría del derecho (neo)constitucionalista para el Estado constitucional”, en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 31, Madrid-Alicante: Marcial Pons - Universidad de Alicante, 2008, p. 351.

⁴⁴ Nicolas A. J. Croquet: “The right of silence and not to self-incriminate under the European Convention on Human Rights: to what extent are they qualified?”, en *Cambridge Student Law Review*, vol. 4, n.º 2, 2008, p. 220. Disponible en <http://www.srcl.ucam.org/cslr/index.php?option=com_journal&task=article&mode=pdf&format=raw&id=60> (19/7/2011).

llega hasta las estrellas. Por el contrario, las prohibiciones de prueba son limitaciones *autoimpuestas* al conocimiento. Se trata de aquellos casos en los que no se debe probar, y no de los que no se puede probar.⁴⁷

La cuestión sobre los fundamentos de la regla de exclusión adquiere relevancia, además, al tomar en consideración que, a falta de una regulación específica —a excepción de la CAT, e incluso para ella, en lo que atañe no a supuestos de tortura sino de trato inhumano o cruel, en los que la exclusión como regla no parece ser tan clara—, se ha propuesto que la aplicabilidad de la regla de exclusión vendría dada por la existencia de ella en la legislación interna de los países.

En efecto, se ha entendido que, de comprobarse su existencia en un número y calidad considerables —ejerciendo una forma de investigación de derecho comparado—, la regla de exclusión podría regir, en el ámbito internacional, como un principio general del derecho, conforme se lo reconoce en las naciones civilizadas. Se trata de una de las fuentes del derecho internacional (cf. el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia) que permitiría encontrar un sustento jurídico a la regla, a falta de una convención general que la prevea e incluso, como se ha dicho, para salvar la deficiencia en la redacción legal del CAT que haría inferir que se pretendió excluir los tratos crueles o inhumanos de la regla de exclusión consagrada en el artículo 15 de la CAT.⁴⁸

En todo caso, de sustentarse un tal análisis, habrá que considerar la diversa fundamentación que en cada país se ha atribuido a la regla de exclusión, ya que ello, como se ha referido al dar cuenta de lo que ocurre en los Estados Unidos de Norteamérica, ha devenido determinante de la suerte de la propia regla.

3. Resultan escasos los planteos que sostengan que, en verdad, existe un derecho a la exclusión de la prueba viciada.⁴⁹ Sin embargo, sin pretender agotar las argumentaciones posibles sobre tal posibilidad, de la lectura del material recogido considero posible sostener, a título de propuesta, que la regla de exclusión y la teoría de los frutos del árbol venenoso deberían considerarse garantías necesarias a fin de que los derechos consagrados en los distintos instrumentos internacionales sobre derechos humanos resulten operativos.

En primer lugar, como sostiene la mejor doctrina, en orden al examen de la responsabilidad internacional del Estado respecto del individuo protegido por aquellos instrumentos, resulta útil distinguir dos tipos de obligaciones en cabeza del primero: de respeto y de garantía.

La segunda de esas categorías presupone la existencia de la primera y la complementa, en función de lo cual se ha consolidado ya la idea de que los Estados deben organizar

⁴⁷ Ernst Beling: "Las prohibiciones de prueba como límite a la averiguación de la verdad en el proceso penal" (1903), en Kai Ambos et al.: *Las prohibiciones probatorias*, Bogotá: Temis, 2009.

⁴⁸ Para ambas cuestiones véase Akmal Niyazmatov: "Evidence obtained by cruel, inhuman or degrading treatment: why de Convention against torture's exclusionary rule should be inclusive", en *Cornell Law School Inter-University Student Conference Papers*, 2011. Disponible en <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1073&context=lps_clacp&sei-redir=1#search=%22Akmal%20Niyazmatov%3A%20%20C3%A2%20%2080%20%209CEvidence%20obtained%20by%20cruel%22> (19/7/2011).

⁴⁹ En doctrina, por ejemplo, Ashworth: *Human rights...*, o. cit., pp. 35-36. En jurisprudencia corresponde destacar el voto mayoritario en la sentencia del Tribunal Constitucional peruano, relativa a Alberto Químper Herrera (expediente 00655-2010-PHC/TC) del 27 de octubre de 2010 (fundamento 7.º).

toda la estructura a través de la cual se manifieste su poder de modo tal de asegurar el pleno ejercicio de los derechos consagrados en el plano internacional.⁵⁰

De allí que la consagración del derecho a no ser torturado demanda de cada Estado el cumplimiento del deber de asegurar (garantizar) que ello no ocurra, obligación que no se agota mediante medidas de prevención e investigación, sino que requiere la total inutilización del beneficio obtenido, para el propio Estado, de aquel proceder irregular de uno de sus agentes.

Este razonamiento, por lo demás, coincide con el sostenido por Ferrajoli en orden al concepto de las garantías secundarias, cuya existencia, a su vez, es complementaria de las primarias. En la concepción del autor citado, mientras las segundas hacen a las expectativas de los individuos relativas a las obligaciones y prohibiciones que recaen en el Estado, las primeras hacen “a las obligaciones de reparar o sancionar judicialmente las lesiones a los derechos, es decir, las violaciones de sus garantías primeras”.⁵¹

En prieta, y por ende deficiente, síntesis del pensamiento de tan genial jurista, la vigencia de los derechos fundamentales no puede ser avalada o justificada por la ausencia de las garantías necesarias para tal fin, lo que supondrá que exista una laguna que deberá ser colmada por el legislador y, en lo que aquí interesa, existirá una antinomia, que deberá ser sancionada con la anulación de los actos —como inválidos— cuando fueran los mismos poderes públicos los que incurrieran en violaciones de los derechos de sus ciudadanos.⁵²

En resumen: la prohibición de la tortura debe ser garantizada mediante la provisión por el Estado de los medios legales para que su violación sea remediada y la exclusión sus productos. Ello se concreta mediante la clara y precisa delimitación del alcance de la *regla de exclusión*, como propone Guariglia, a fin de evitar la incertidumbre que favorece el recurso a la ponderación. En su defecto, a fin de evitar la antinomia que supone que el Estado se comprometa a respetar una prohibición que luego desoye, la *regla de exclusión* también resulta operativa para privar de validez el acto que quebranta tal manda.

Bibliografía

ALEXY, Robert: *El concepto y validez del derecho*, Buenos Aires: Gedisa, 2008 (1992).

AMBOS, Kai: “El uso transnacional de la prueba obtenida por medio de tortura”, en Kai AMBOS et al. (eds.): *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, 2010. Disponible en <http://www.kas.de/wf/doc/kas_21284-1522-4-30.pdf?110324191124> (19/7/2011).

ARROYO JIMÉNEZ, Luis: “Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, Madrid, 2009. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/621_es.pdf> (19/7/2011).

⁵⁰ Mónica Pinto: *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009, p. 48, con cita del caso *Velásquez Rodríguez*, del registro de la Corte IDH (serie C, n.º 4).

⁵¹ Luigi Ferrajoli: *Derechos y garantías: la ley del más débil* (traducción de Perfecto Andrés Ibáñez —para este capítulo—), Madrid: Trotta, 2009, 6.ª ed., p. 43.

⁵² *Ibidem*, p. 63.

- ASHWORTH, Andrew: *Human rights, serious crime and criminal procedure*, Londres: Sweet & Maxwell, 2002. Disponible en <http://socialsciences.exeter.ac.uk/media/universityofexeter/schoolof-humanitiesandsocialsciences/law/pdfs/Human_Rights_Serious_Crime_and_Criminal_Procedure.pdf> (19/7/2011).
- “Self-incrimination in European human Rights Law_A pregnant pragmatism”, *Cardozo Law Review*, vol. 30, n.º 3, 2008. Disponible en <<http://www.cardozolawreview.com/content/30-3/ASHWORTH.30-3.pdf>> (19/7/2011).
- BOROWSKI, Martin: *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- CHIESA, Luis E.: “Beyond torture: the *Nemo Tenetur* principle in borderline cases”, *Boston College Third World Law Journal*, vol. 30, 2009, p. 45. Disponible en <<http://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1642&context=lawfaculty&sei-redir=1#search=%22Luis%20E.%20Chiesa%3A%20%C3%A2%C2%80%C2%9CBeyond%20torture%22>> (19/7/2011).
- CROQUET, Nicolas A. J.: “The right of silence and not to self-incriminate under the European Convention on Human Rights: to what extent are they qualified?”, *Cambridge Student Law Review*, vol. 4, n.º 2, 2008, p. 220. Disponible en <http://www.srcf.ucam.org/cslr/index.php?option=com_journal&task=article&mode=pdf&format=raw&id=60> (19/7/2011).
- DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio*, Barcelona: Planeta-Agostini, 1993 (1977).
- EISELE, Jörg: “Derecho y tortura. Entre la defensa policial contra peligros y la persecución penal. Hacia la utilización en el proceso penal de una declaración obtenida bajo amenaza de tortura”, en *Iusta*, n.º 28, 2008, Universidad de Santo Tomás (Colombia). Disponible en <http://www.usta.edu.co/otras_pag/revistas/iusta/iusta_28/contenido.pdf> (19/7/2011).
- FERRAJOLI, Luigi: *Derechos y garantías: la ley del más débil* (traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi), Madrid: Trotta, 6.ª ed., 2009.
- GÖSSEL, Karl Heinz: “¿Contiene el derecho alemán prohibiciones ‘absolutas’ de tortura, que rigen sin excepción?” (traducción de Dirk Styra), *Revista de Derecho Procesal Penal* (“La injerencia en los derechos fundamentales del imputado, III”), tomo 2007-1, Santa Fe, Rubinzal Culzoni.
- GRECO, Luis: “Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las *ticking time bombs*”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, Madrid, 2007. Disponible en <<http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/78592/102668>> (19/7/2011).
- GUARIGLIA, Fabricio: *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal: una propuesta de fundamentación*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005.
- IBÁÑEZ, Perfecto Andrés: *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 2009.
- JESSBERGER, Florian: “Bad torture - Good Torture: What international criminal lawyers may learn from the recent trial of police officers in Germany”, *Journal of International Criminal Justice*, Oxford University Press, n.º 3, 2005.
- NIYAZMATOV, Akmal: “Evidence obtained by cruel, inhuman or degrading treatment: why de Convention against torture’s exclusionary rule should be inclusive”, *Cornell Law School Inter-University Student Conference Papers*, 2011. Disponible en <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1073&context=lps_clap&sei-redir=1#search=%22Akmal%20Niyazmatov%3A%20%C3%A2%C2%80%C2%9CEvidence%20obtained%20by%20cruel%22> (19/7/2011).
- PINTO, Mónica: *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009.
- PRIETO SANCHÍS, Luis: “*Principia iuris*: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el estado constitucional”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 31, Madrid-Alicante: Marcial Pons - Universidad de Alicante, 2008.

- ROCHA DE ASSIS MOURA, Maria Thereza, et al. (Instituto Brasileiro de Ciencias Criminais [IBCCRIM]): “Provas ilícitas e o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Relatório-Brasil 2009”, en Kai AMBOS et al. (eds.): *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, 2010. Disponible en http://www.kas.de/wf/doc/kas_21284-1522-4-30.pdf?110324191124 (19/7/2011).
- THAMAN, Stephen C.: “Verdad o legalidad: los límites del blanqueo de pruebas ilegalmente recogidas en un Estado de Derecho”, *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Universidad Externado de Colombia, vol. 30, n.º 89, 2009. Disponible en <http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/derpen/article/viewFile/522/500> (19/7/2011).
- “La situación precaria de los derechos humanos en Estados Unidos en tiempos normales y después del 11 de septiembre de 2001”, *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Universidad Externado de Colombia, vol. 30, n.º 89, 2009. Disponible en http://portal.uexternado.edu.co/irj/go/km/docs/documents/UExternado/pdf/5_derechoPenalyCriminologia/numero89/Stephen%20Thaman%202.pdf (19/7/2011).
- THIENEL, Tobias: “The admissibility of evidence obtained by torture under international law”, *The European Journal of International Law*, vol. 17, n.º 2, 2006.

Herbert Landau (Alemania)*

El sistema europeo a varios niveles**

RESUMEN

A través de casos emblemáticos, el autor explica los diferentes niveles de protección de los derechos humanos en Europa. Resalta la necesaria coordinación, cooperación y diálogo entre los diversos tribunales (nacionales, regionales e internacionales) para el desarrollo armónico de la jurisprudencia relacionada con la protección de los derechos humanos.

Palabras clave: efecto vinculante, jurisprudencia, ordenamiento jurídico nacional, protección de los derechos fundamentales, tribunales constitucionales, Ley Fundamental de Bonn, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional Federal (Alemania), Unión Europea, Alemania.

ZUSAMMENFASSUNG

An Hand von emblematischen Fällen erläutert der Autor die verschiedenen Ebenen des Menschenrechtsschutzes in Europa. Er unterstreicht die Notwendigkeit von Koordination, Zusammenarbeit und Dialog zwischen den unterschiedlichen Gerichten (auf nationaler, regionaler und internationaler Ebene) für die harmonische Entwicklung der mit dem Menschenrechtsschutz befassten Rechtsprechung.

Schlagwörter: Bindungswirkung, Rechtsprechung, nationale Rechtsordnung, Grundrechtsschutz, Verfassungsgerichte, Bonner Grundgesetz, Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Bundesverfassungsgericht (Deutschland), Europäische Union, Deutschland.

ABSTRACT

Through emblematic cases, the author explains the different levels of human rights protection in Europe. He highlights the necessary coordination, cooperation and dialogue

* Magistrado de la Corte Constitucional Federal de Alemania. Catedrático honorario de la Philipps-Universität Marburg. <bverfg@bundesverfassungsgericht.de>

** El ensayo se basa en una conferencia pronunciada por el autor el 16 de noviembre de 2011 en San José (Costa Rica), con motivo de la inauguración del Encuentro de Jueces Constitucionales de América Latina, convocado por la Fundación Konrad Adenauer.

between the various courts (national, regional and international) for the harmonious development of precedents in relation to the protection of human rights.

Keywords: binding effect, precedent, national juridical ordination, fundamental rights protection, constitutional courts, Fundamental Law of Bonn, German Basic Law, European Human Rights Court, Federal Constitutional Court of Germany, European Union, Germany.

1. Introducción

Derechos fundamentales y derechos humanos en Europa

El Viejo Continente está cubierto por una fina red de derechos humanos y fundamentales que está continuamente tensado, tejido y reforzado por los actores del derecho constitucional en Europa, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y los tribunales constitucionales nacionales. Hablamos de una red de tribunales constitucionales interconectados en el sistema a varios niveles, porque está caracterizado por la confederación supranacional de la Unión Europea, conformada por 27 Estados europeos; la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), con carácter vinculante en términos de derecho internacional en 47 Estados, y los tribunales constitucionales y cortes supremas nacionales. En Estados federales como la República Federal de Alemania se agregan más actores: los tribunales constitucionales estatales —en el caso de Alemania, de los 16 estados federados—, porque también los estados miembros de la república tienen sus propias constituciones y tribunales constitucionales.

1.1. Los tribunales constitucionales europeos: el triángulo

1.1.1. *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en diciembre del 2009 —facilitada por el fallo del Tribunal Constitucional Federal del 30 de junio de 2009—,¹ la Carta de los Derechos Fundamentales está vigente en los 27 Estados pertenecientes a la Unión Europea. Conforme al artículo 6, párrafo 1, del TJUE, es derecho primario de igual categoría que los tratados europeos. La Carta de los Derechos Fundamentales en cuanto componente del derecho de la Unión es de aplicación prioritaria hasta que, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania,² se alcance el nivel mínimo exigido por la Constitución nacional. La Carta de los Derechos Fundamentales contiene un catálogo amplio de libertades y derechos sociales.³

¹ Tribunal Constitucional Federal 123, 267 ss.

² Tribunal Constitucional Federal 73, 339 ss.

³ Véase la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ABl c 83/389, del 30 de marzo de 2010.

El modo de acción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se dirige horizontalmente a todo el orden jurídico supranacional, pero simultáneamente se encuentra cruzado con los órdenes jurídicos de las naciones, que preservan su soberanía.⁴ Mientras que inicialmente el TJUE más bien persiguió el objetivo de asegurar y desarrollar las libertades económicas asociadas con el mercado común, a menudo ha participado en el desarrollo del derecho y ha intervenido en los ámbitos de competencia de los Estados miembros y en las materias jurídicas que habían quedado en su esfera de atribuciones.

Por sus métodos de interpretación europeístas, dinámicos y basados en el principio *effet utile*, el TJUE se ha convertido en un motor de la integración europea. Por eso su jurisprudencia frecuentemente ha provocado preguntas críticas,⁵ ya que desde un punto de vista de derecho internacional la Unión Europea no es un Estado federal sino que equivale a una confederación, aunque está dotada análogamente a un Estado. Los Estados miembros perseveran como *patrones de los contratos* y se aplica el principio de competencia de atribución. Por consiguiente, la Unión Europea y sus órganos, incluido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no están provistos con la competencia de crear derecho. También actualmente —por la crisis de la deuda soberana de la Eurozona— el desarrollo efectivo en Europa es dinámico y difícil de calcular. Agravamientos críticos motivan a los agentes políticos a buscar nuevas soluciones más allá de los contratos firmados. Pero, dado que la Unión Europea se entiende como una comunidad jurídica, esos cambios encuentran fuerte crítica.

1.1.2. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), creado en 1959, se ha convertido en la última instancia de protección jurídica en asuntos de derechos humanos para más de 800 millones de personas en 47 Estados vinculantes.⁶ Se puede acudir al TEDH a manera de presentación de asuntos por Estados y ante todo en forma de demanda individual. La apelación en forma de demanda individual se permite también contra fallos de los tribunales supremos nacionales, entre ellos el Tribunal Constitucional Federal alemán. También con el TEDH existe una relación de diálogo y cooperación que no siempre está exenta de conflictos y cuyo objetivo es el desenvolvimiento y fortalecimiento continuo de los derechos humanos en el sistema europeo a varios niveles. Por decirlo así, la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) representó una contestación al desacato sistemático de los derechos humanos por el nacionalsocialismo, el fascismo y el comunismo. Está influida por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas y es de carácter anglosajón, lo que dificulta necesariamente la implementación en el ámbito del derecho europeo continental.

⁴ “Voßkuhle”, *NVWZ* 2010, p. 1 (3).

⁵ Gerken y Herzog, *FAZ* del 8 de septiembre de 2008, p. 8.

⁶ Véase la información acerca de la fase de ratificación de la Convención en la página web del Consejo de Europa, <http://www.coe.int>; véase también Wildhaber, *Zeitschrift für schweizerisches Recht*, tomo 119 (2000), pp. 123 ss.

Durante los cincuenta años de su existencia, el tribunal ha mostrado una intensa actividad judicial, haciéndose cargo de diversidad de cuestiones jurídicas nuevas y ampliando constantemente su influencia.⁷

1.1.3. *El Tribunal Constitucional Federal*

En Alemania, el Tribunal Constitucional Federal es la contraparte nacional en el diálogo con el TEDH.

El poder constituyente dotó al Tribunal Constitucional Federal con amplias competencias. En el marco de los tipos de proceso previstos en la Ley Fundamental (constitución) y la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal, el tribunal puede controlar a cualquier acto de Estado y de otro poder público —incluso leyes formales, es decir, actos del legislador— en cuanto a su constitucionalidad y declararlos nulos. Con la mera afirmación de haber sido violado en algún derecho fundamental o derecho similar, cualquier persona y no solamente los actores de la vida constitucional pueden recurrir al Tribunal Constitucional Federal por la vía de recurso de amparo constitucional.

Esta posición fuerte del Tribunal Constitucional —así como la vinculación del poder estatal a los derechos fundamentales conforme al artículo 1, párrafo 3, de la Ley Fundamental— es resultado de los esfuerzos que se realizaron para proteger de sus enemigos el orden democrático de la Ley Fundamental surgido nuevamente de la quiebra cultural sin precedentes del nacionalsocialismo. Las madres y padres de la Ley Fundamental tuvieron presente el fracaso de las instituciones de Weimar cuando crearon con el Tribunal Constitucional Federal un poderoso “guardián” de la nueva Ley Fundamental.

A través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal los derechos fundamentales han ganado una forma concreta y han echado raíces en la comunidad.⁸ El Tribunal facilitó que los derechos fundamentales se tornaran derecho vivo y exigible.⁹ Prácticamente no hay ningún proyecto político en Alemania en cuyas etapas preliminares no se utilice la advertencia de la eventual violación de los derechos fundamentales como argumento político. Probablemente no existe ningún juez ni abogado que no se encuentre obligado a considerar los derechos fundamentales de las partes interesadas aun para resolver casos triviales.

Durante las décadas iniciales de su trabajo —por lo menos en la percepción de la jurisprudencia alemana— el Tribunal Constitucional Federal fue la medida de todos los asuntos en materia de protección de los derechos fundamentales. La comprobación de que por encima del Tribunal Constitucional Federal “se abre solamente el cielo azul de la Ley Fundamental” se convirtió en una expresión famosa.¹⁰

Los padres y madres de la Ley Fundamental crearon un amplio catálogo de derechos subjetivos individuales y lo colocaron en el comienzo de la nueva constitución.

⁷ Véase Liddell, “The European Court of Human Rights after 50 years of the European Convention on Human Rights”, en Hasse y otros (comps.), *Menschenrechte*, Baden-Baden 2002, pp. 431 ss.

⁸ Véase Hesse, *JZ* 1995, p. 265 (266); Limbach, *HFR* 1996, Ensayo 12, pp. 1 ss.

⁹ Véase Limbach, *EUGRZ* 2000, p. 417.

¹⁰ Limbach, *NJW* 2001, p. 2913.

La Ley Fundamental misma no denomina a estos derechos como *derechos humanos* sino como *derechos fundamentales*. De esta manera se quería subrayar terminológicamente el carácter de los derechos humanos garantizados por la Ley Fundamental como derechos positivos y exigibles. A la vez, la Ley Fundamental, en el artículo 1, párrafo 2, habla de que “el pueblo alemán se declara a favor de los derechos humanos invulnerables e inalienables como base para cualquier comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo”. En este punto no hay una imprecisión terminológica, y menos confusión. La Ley Fundamental, con el artículo 1, párrafo 2, se pone conscientemente en la tradición de los derechos humanos internacionales, y al mismo tiempo exterioriza que por encima de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental creados por el poder constituyente se ubican —por lo menos en cuanto a su núcleo esencial— determinados derechos humanos suprapositivos que se infieren de la propia naturaleza humana y que son independientes del escenario estatal.¹¹

Lo característico de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental es la brevedad de su formulación y la renuncia a proclamaciones patéticas que, por cierto, habrían correspondido al espíritu de la época. A diferencia de la Constitución de Weimar, que no tuvo mayor efectividad, esta vez se pretendió crear solamente derechos subjetivos reales y exigibles. Entre otras, también por esta razón no se crearon derechos fundamentales sociales. Había conciencia de que, dado el caso, estos solamente podrían ser garantizados bajo reserva de factibilidad.

Por las mismas razones —más tarde— no se integraron los llamados *derechos humanos de la tercera generación*, como el derecho a la paz, el derecho al desarrollo y el derecho a la protección del medioambiente.^{12 13} En el fondo se trata de demandas políticas que no pueden ser garantizadas por ninguna comunidad. Por su amplitud e imprecisión, el elemento legal individual se disuelve casi por completo. La idea de los derechos humanos se sobrecarga por los derechos de la tercera generación.¹⁴ Sin embargo, algunos objetivos que se buscan mediante las exigencias de los derechos humanos de la tercera generación se han integrado a la Ley Fundamental de forma distinta. El artículo 20.a de la Ley Fundamental, por ejemplo —que fue introducido en 1994 como una determinación de los fines de Estado— establece la obligación del Estado de proteger los medios de subsistencia naturales y a los animales.

Entre los hitos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal está sin alguna duda la sentencia *Lüth*,¹⁵ de 1958. En la fundamentación del fallo el tribunal estableció que los derechos fundamentales no eran solamente derechos defensivos del individuo contra el Estado, sino que además la Ley Fundamental había creado un orden axiológico objetivo en su capítulo dedicado a los derechos fundamentales. Ese orden axiológico debe regir como decisión de principios para todas las áreas del derecho. Influye también

¹¹ Véase Stern, en Merten y Papier, *Handbuch der Grundrechte*, tomo I, Heidelberg, 2004, § 1 nm. 46 ss.

¹² Acerca de las discusiones respecto a un derecho fundamental medioambiental en Alemania, véase Murswiek, en Sachs, *GG*, 6.ª ed., Múnich, 2011, artículo 20a, nm. 2 ss., con comprobaciones.

¹³ Así también Stern, o. cit., § 1 Rn. 74.

¹⁴ Tribunal Constitucional Federal 7, 198 ss.

¹⁵ Así Hufen, *NJW* 1999, p. 1504 (1507).

el derecho civil; ninguna norma del derecho civil debe contradecirlo, todas deben ser interpretadas en su espíritu. Con esta sentencia el tribunal creó la base para que el derecho común quede subordinado en su casi totalidad a la ley constitucional, y a la vez resolvió en forma sutil y efectiva el problema clásico del efecto hacia terceros de los derechos fundamentales en el derecho privado, a saber, en el efecto indirecto.¹⁶

Finalmente, el Tribunal Constitucional Federal también ha fortalecido la protección de derechos fundamentales en la medida en que desde los años sesenta reiteradamente ha recordado al Poder Legislativo su obligación de fijar las barreras a los derechos fundamentales. De los derechos fundamentales y del principio del Estado de derecho ha deducido la llamada *teoría de la esencialidad*, según la cual las decisiones esenciales, sobre todo en áreas que tienen relevancia respecto de los derechos fundamentales, no las toma el Poder Ejecutivo sino el legislador parlamentario mismo.¹⁷ Durante los años sesenta y setenta del siglo pasado, la *teoría de la esencialidad* contribuyó decisivamente a la eliminación de estructuras agravantes de los derechos fundamentales.

1.2. Fecundación mutua, diálogo y cooperación en el desarrollo de la protección de derechos fundamentales y humanos

Es así como en las últimas décadas los diferentes actores de la protección de derechos fundamentales y derechos humanos, dotados de sus respectivas atribuciones y asociados con sus propias tradiciones y objetivos, generaron una red de protección de los derechos fundamentales y humanos de una densidad nunca antes vista en Europa. Primero, hay que constatar que eso es algo positivo y apreciarlo como un progreso. Cada ciudadano en Europa dispone de una protección integral de los derechos fundamentales y un acceso efectivo a los diferentes tribunales constitucionales. En el desarrollo posterior, este éxito también se basa en el diálogo y la cooperación de los tribunales, entendiéndose el diálogo no como una sumisión en una jerarquía de tribunales, sino como un acercamiento y una inspiración dogmática mutua entre las jurisprudencias, y también en la cooperación a través de visitas oficiales, seminarios y reuniones informales.

Es obvio que la coexistencia de tres órdenes jurídicos suscita conflictos, de los cuales hablaremos más adelante. Sin embargo, también desde un punto de vista alemán nacional toda esta relación de cooperación en general ha conducido a un fortalecimiento de la protección de los derechos fundamentales y derechos humanos, ha sofisticado y aumentado su efectividad y la ha implementado firmemente en toda Europa. Hablar de una *guerra entre los jueces* o una confrontación o lucha de poder entre los tribunales involucrados no es adecuado a mi entender. Al contrario, los impulsos de las respectivas jurisprudencias se retoman, acentúan y se integran en las tradiciones y líneas jurisdiccionales nacionales y europeas. Por ejemplo, en sus sentencias *Solange* el Tribunal Constitucional Federal desiste de controlar actos de los órganos europeos acerca de su

¹⁶ Véase acerca de la *teoría de esencialidad* en general, Schulze-Fielitz, en Dreier, GG, tomo II, 2.ª ed., Tubinga, 2006, artículo 20, nm. 113 ss.; Sachs, en Sachs, GG, 6.ª ed., Múnich, 2011, artículo 20, nm. 116 ss.

¹⁷ Véase acerca de lo mencionado Tribunal Constitucional Federal, 267 (273 ff.) y acerca de la Carta de Derechos Fundamentales: ABl C 303/1, del 13 de diciembre 2007; BGBl II 2008, pp. 1165 ss.

constitucionalidad, en todo caso mientras el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, debido a su función ejemplar, sea capaz de garantizar un nivel de protección de derechos fundamentales igual a la Ley Fundamental alemana.

La responsabilidad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es particularmente alta, porque se trata de implementar los altos estándares de los derechos humanos también en los Estados de Europa del este, cuya situación aún no es comparable con la de los Estados de derecho democráticos de Europa occidental. De este modo el TEDH, a raíz de una demanda individual de Rusia pero también de Ucrania y Turquía, debe imponer en primer lugar el estándar mínimo, como el derecho a la vida, los derechos fundamentales judiciales y la prohibición de la tortura. En muchos países de Europa oriental las estructuras democráticas y de Estado de derecho siguen mostrando déficits. Se confirma aquí como en todo el mundo que la democracia y el Estado de derecho, la independencia de la justicia, la inexistencia de la corrupción y la primacía del derecho sobre el poder son fundamentos imprescindibles para la garantía de los derechos fundamentales y derechos humanos. Sin democracia, Estado de derecho y una justicia independiente no existe una protección segura de los derechos fundamentales y derechos humanos.

Peligros actuales son más bien que el TEDH no solamente puede intervenir en jurisprudencias nacionales sino que estas intervenciones producen reacciones de los tribunales constitucionales nacionales, que por sentirse provocados insisten en su facultad decisoria. Así, debates y diálogos entre los tribunales constitucionales y el TEDH se podrían malentender por otros y de esa manera producir reacciones incontroladas en la jurisprudencia de los respectivos Estados miembros de la Convención. Si a causa de esas reacciones incontroladas se detuviera la transferencia de postulados del TEDH, eso podría afectar a su autoridad y aceptación.

2. Fase de la protección de derechos fundamentales y derechos humanos en la Unión Europea constitucional

2.1. La Unión Europea

1. La idea de una unión política en Europa surgió después de la segunda guerra mundial. Tras las terribles guerras se quería crear los Estados Unidos de Europa, pero frente a este enfoque existían también fuertes orientaciones hacia el Estado nacional. En los años siguientes no fue posible realizar la idea de crear un Estado federal. En vez de una unión política se creó finalmente la Comunidad Económica Europea; es decir, se tomó un camino funcional que sin embargo tuvo como meta una unión cada vez más estrecha entre los pueblos.

En el Tratado de Maastricht, del 4 de febrero del 1992, se estableció, además de la unión económica, la cooperación intergubernamental en las áreas de política exterior y de seguridad, más la política interior y de justicia, modelo denominado *de los tres pilares*. El Tratado de Lisboa renunció al concepto de una constitución europea y así solo modificó los tratados vigentes, reformó las instituciones y órganos de la UE, creó nuevas

competencias y derogó el concepto de los tres pilares. El Tratado de Lisboa requirió de una ratificación nacional por los Estados miembros. Finalmente y a pesar de todo, después del fallo del Tribunal Constitucional Federal que hizo necesaria la modificación de las respectivas leyes acompañantes, del segundo referéndum irlandés que resultó afirmativo y de la firma de los presidentes de Estado de Polonia y de la República Checa, el Tratado pudo entrar en vigor el 1 de diciembre del 2009.

2. El Tratado de Lisboa integró la Carta de Derechos Fundamentales, en su versión revisada del 12 de diciembre de 2007,¹⁸ al derecho primario de la UE, de modo que ahora la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea tiene dos fundamentos: en primer lugar, la Carta, que rige como derecho primario europeo con rango equivalente a los tratados, y segundo los derechos fundamentales no escritos de la Unión, que siguen vigentes como principios generales de derecho de la Unión según el artículo 6, párrafo 3, del Tratado. Estos dos fundamentos son complementados por el artículo 6, párrafo 2, del Tratado de Lisboa, que faculta a la Unión Europea y la obliga a adherirse a la Convención Europea de los Derechos Humanos.¹⁹

3. En este punto no quiero entrar en los detalles de la relación entre la protección de los derechos fundamentales por el Tribunal de Justicia de la UE, por un lado, y el Tribunal Constitucional Federal, por el otro. Al respecto cabe observar simplemente que las interacciones posibles entre el Tribunal de Justicia de la UE y el Tribunal Constitucional Federal no se limitan al ámbito de la protección paralela de los derechos fundamentales, sino que existen otros puntos de contacto en el área de la transferencia de derechos de soberanía bajo el término clave *control de identidad nacional*,²⁰ así como en lo referido al cumplimiento del principio de la atribución única de competencias restringida por la vía del llamado *control ultra vires*.²¹

2.1.1. El efecto de la Convención Europea de Derechos Humanos en el derecho intraestatal

Una situación distinta a la de la Unión Europea como federación de Estados es la de la Convención Europea de Derechos Humanos, con efectos internacionalmente vinculantes. Por una parte, la pregunta por la relación con el Tribunal Constitucional Federal se restringe al ámbito de la protección de los derechos humanos. Por otra parte, la Convención Europea como tratado multilateral de derecho internacional asume en más de un sentido una posición especial en el derecho internacional contractual. Se refiere a la relación entre el individuo y los Estados que asumieron la obligación de derecho internacional de respetar las garantías de los derechos humanos.²² Según el derecho constitucional alemán, un convenio de derecho internacional, para que tenga efecto jurídico intraestatal, requiere la transformación por una ley aprobativa; es decir, el derecho constitucional

¹⁸ Véase Tribunal Constitucional Federal 123, 267 «283».

¹⁹ Véase Tribunal Constitucional Federal 123, 267 «344 ss.».

²⁰ Véase Tribunal Constitucional Federal 126, 286 «302 ss.».

²¹ Véase. Grabenwarter, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 4.^a ed., Múnich, 2009, Rn. 1.

²² Véase Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 5.^a ed., Baden-Baden, 2011, p. 196.

alemán no conoce el monismo.²³ El convenio comparte el rango de un orden de aplicación jurídica; o sea, rige intraestatalmente en el rango de una ley federal.²⁴

El Tribunal Constitucional Federal mantiene esos principios generales también en el caso de la Convención Europea de Derechos Humanos. En la concepción del tribunal en Alemania —a diferencia de Austria, por ejemplo— la CEDH no rige con rango constitucional sino solo como ley común. En la pirámide normativa intraestatal está subordinada a la Ley Fundamental. Correspondientemente, una violación de la CEDH no se puede alegar en vía de un recurso constitucional.²⁵ Esa concepción del tribunal fue controvertido por algunos participantes del discurso jurídico, que en parte quisieron construir un rango supralegal o incluso constitucional de la Convención. Finalmente esa crítica no convenció. Representa una desviación de los principios reconocidos sobre el efecto del derecho contractual internacional en el derecho alemán.

Correspondientemente, también en la mayoría de los Estados miembros la CEDH se encuentra subordinada al derecho constitucional. La propia CEDH no contiene ningún reglamento acerca de su modo de acción en el derecho intraestatal. Punto de partida para determinar los efectos de los fallos del TEDH es el artículo 47, párrafo 1, de la CEDH, según el cual los Estados miembros deben cumplir las sentencias del tribunal en todos los asuntos jurídicos de los cuales son parte. Las decisiones del tribunal solamente son sentencias de constancia; en el tenor de las decisiones se constata o se niega una violación de la Convención. Al mismo tiempo, el TEDH puede adjudicar una indemnización financiera a la parte violada. En cambio, el TEDH no está facultado para la casación de un acto jurídico contrario a la Convención. Tampoco está previsto un efecto vinculante a las autoridades y los tribunales nacionales. Solo queda, para el país miembro que haya sido condenado, el deber establecido en el derecho internacional de cumplir la sentencia de la Convención, lo que en todo caso no excluye la posibilidad de cierto efecto orientador.

2.2. La decisión del Tribunal Constitucional Federal en la causa *Görgülü*

El Tribunal Constitucional Federal trató el tema de los efectos intraestatales de los fallos del tribunal de Estrasburgo en 2004 con relación a su decisión en la causa *Görgülü* que recibió mucha atención en el ámbito europeo.²⁶ En el proceso original se trató de un litigio por el derecho de custodia y de adopción. El recurrente —padre de un hijo extramatrimonial entregado en adopción directamente después de su nacimiento— había tratado de obtener ante los tribunales alemanes el derecho de cuidar y visitar a su hijo. A raíz de una demanda individual, el TEDH decidió que las sentencias de los tribunales alemanes eran contrarias a la Convención. El recurrente había sido violado en su derecho según el artículo 8 de la CEDH, referido al respeto de la vida privada y familiar.

²³ Véase Sauer, *zaöRV* 65 (2005), p. 35 (38).

²⁴ Tribunal Constitucional Federal 41, 126 (149); 64, 135 (157).

²⁵ Véase Uerpmann, *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsprechung*, Berlín 1993, pp. 78 ss.

²⁶ Véase Meyer-Ladewig/Petzold, *NJW* 2005, S. 15 (20), y *BVerfGE* 111, 307 ss.

El tribunal local competente resolvió el caso ateniéndose a la decisión del TEDH, pero el tribunal regional anuló el fallo del tribunal local en contra de la resolución del TEDH. Según el tribunal regional superior, las resoluciones del TEDH solo son vinculantes para la República Federal de Alemania como sujeto de derecho internacional, pero no para sus órganos, particularmente los tribunales independientes, según la Ley Fundamental.

El recurso de amparo contra el fallo del tribunal regional superior tuvo éxito ante la segunda sala del Tribunal Constitucional Federal. Esta decidió que el tribunal regional superior había violado el derecho al matrimonio y la familia protegido por el artículo 6 de la Ley Fundamental en combinación con el principio del Estado de derecho del artículo 20, párrafo 1. En su propio proceso de determinación, las autoridades y tribunales alemanes debían tomar en cuenta las decisiones del TEDH que se habían dictado en la misma causa. Debían tomar nota de la decisión del TEDH, analizarla y eventualmente fundamentar por qué no habían seguido la concepción jurídica internacional. Se daría motivo para una desviación si se tratara de una relación jurídica multipolar con colisión de derechos fundamentales, mientras que el TEDH solamente habría tomado en consideración la relación vertical, es decir, la relación entre el recurrente y la República Federal de Alemania.²⁷

En la opinión pública europea y en la literatura jurídica esta decisión suscitó en parte una dura crítica. Se dijo que Karlsruhe habría puesto límites a Estrasburgo. En la literatura especializada se hablaba de una exageración del derecho de soberanía alemán.²⁸ El entonces presidente del TEDH, Wildhaber, mostró públicamente su inquietud. La sentencia en la causa *Görgülü* habría provocado consultas críticas con miras al efecto vinculante de los fallos del TEDH, sobre todo de los nuevos Estados democráticos de Europa del este.²⁹

Esta crítica está errada en lo esencial. Al menos en su tenor básico, la sentencia *Görgülü* es positiva frente al derecho internacional y a la Convención³⁰, si bien se subraya que no es posible una sumisión a actos de soberanía no alemanes sin control constitucional nacional.

A diferencia de la jurisprudencia anterior, ahora se establece que hacer caso omiso de decisiones del TEDH constituye también una violación a los derechos fundamentales establecidos en la Ley Fundamental en combinación con el principio del Estado de derecho, y que por ello es posible impugnarlo por medio de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional Federal. Esto implica un notorio aumento del efecto de la Convención frente a la práctica habitual hasta ahora. La oportunidad de entablar un recurso de amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional Federal da más eficacia a la garantía de la Convención y la jurisprudencia del TEDH. El precepto de estimación que fue impuesto a los tribunales nacionales establece una amplia vinculación de aquellas a las decisiones del TEDH.

El Tribunal Constitucional Federal solo reserva para sí mismo y para la Ley Fundamental la *última palabra* en asuntos de protección de derechos fundamentales. La Ley

²⁷ Tribunal Constitucional Federal 111, 307 (327 y s.).

²⁸ Véase Cremer, *EUGRZ* 2004, 683 ss.

²⁹ Véase Wildhaber, *Der Spiegel* 47/2004, p. 50 (52).

³⁰ Así también Meyer-Ladewig/Petzold, *NJW* 2005, p. 15 (20); Sauer, o. cit. (54).

Fundamental establece la lealtad y el compromiso con el derecho internacional —pero no al costo de renunciar a su propia identidad liberal—. ³¹

Aparte de esto, el Tribunal Constitucional Federal dedujo del principio del compromiso al derecho internacional ³² —que se deriva del preámbulo y de los artículos 23-26 de la Ley Fundamental— la suposición de que el legislador tenga la voluntad de actuar conforme a los derechos humanos. Por consiguiente, según el principio *lex posterior*, una ley que fue promulgada posteriormente solo se debe imponer contra la Convención si el legislador lo proyectó claramente. En otro caso, la ley que fue promulgada posteriormente se debe interpretar conforme a los derechos humanos. Ese planteamiento tiene consecuencias extensas. La jurisprudencia conduce a una elevación de facto de la CEDH en la jerarquía de normas, porque normalmente no se encuentra la voluntad clara del legislador de desviarse de la Convención. Así la CEDH, que formalmente solo es una ley sencilla, de facto llega a ser una norma suprallegal. Pues se impone con su significado contra cualquier ley que superficialmente la contradiga. ³³

En su ambición de aumentar la coherencia de la CEDH con el orden de derechos fundamentales, el tribunal va aún más allá. Según la jurisprudencia de la segunda sala, no solo las leyes comunes deben ser interpretadas a la luz de la Convención, sino también las garantías con un rango formalmente superior. ³⁴

2.3. Internamiento preventivo.

El fallo del Tribunal Constitucional Federal del 4 de mayo del 2011

Recientemente se produjo una discrepancia entre la jurisprudencia del TEDH y el Tribunal Constitucional Federal con respecto a las normas del internamiento preventivo. El derecho penal alemán se basa en un sistema sancionatorio de dos vías que prevé la aplicación de penas por una parte y medidas de rehabilitación y seguridad por la otra. Las sanciones penales están sujetas al principio de la culpabilidad, que como expresión del concepto personal de la libertad y la responsabilidad está consolidado en el artículo 1 de la Ley Fundamental (dignidad humana). Por eso, las penas de privación de libertad en Alemania son extraordinariamente bajas. Deben tener una adecuada correspondencia con la culpabilidad del victimario. Por otra parte, es posible establecer el internamiento preventivo de criminales peligrosos violentos, una medida que no está sujeta al principio de culpabilidad sino que únicamente apunta a la peligrosidad del victimario de manera preventiva. Solo se exige como punto de partida un delito grave que la persona debe haber cometido antes.

Este sistema de sanción penal de dos vías es extraordinariamente liberal y se ajusta mucho al Estado de derecho. Así, el año pasado en Alemania solamente se registraron 3 000 presos en centros penitenciarios que tenían que cumplir penas de más de diez años

³¹ Así Di Fabio, en Zimmermann (comp.), *Deutschland und die internationale Gerichtsbarkeit*, Berlín 2004, p. 104 «111».

³² Véase Kaiser y Schübel-Pfister, *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, tomo 2, Berlín 2011, p. 545 «552 y s.», con diferenciación a *Europarechtsfreundlichkeit*.

³³ Véase Sauer, *ZaöRV* 65 (2005), 35 «48».

³⁴ BVerfGE 111, 307 ss.

de privación de libertad, y cerca de 500 que estuvieron internados por tiempo ilimitado a causa de su peligrosidad. Por el contrario, en Inglaterra en el mismo tiempo se encontraron cerca de 16 000 personas cumpliendo sentencias de más de diez años de privación de libertad.

El Tribunal Constitucional Federal alemán había legitimado el internamiento preventivo en el año 2004, aunque entonces ya había reclamado la falta de ajuste a la libertad y la terapia de los internados.³⁵

Entretanto, a partir del año 2009³⁶ el TEDH se sobrepuso a esa decisión y estableció que la prolongación posterior del plazo máximo de internamiento preventivo previsto anteriormente contravenía el artículo 5, párrafo 1 (derecho a la libertad y a la seguridad), y el artículo 7, párrafo 1 (*nulla poena sine lege*, ‘no hay pena sin ley’), de la CEDH. De esta manera revaluó la perspectiva del victimario y devaluó la perspectiva de la víctima.³⁷

Eso causó turbulencias políticas muy fuertes en Alemania. Después de esas decisiones el Tribunal Constitucional Federal recibió recursos que reprocharon la inconstitucionalidad del internamiento preventivo. Con el fallo del 4 de mayo del 2011,³⁸ el Tribunal Constitucional Federal retomó y concretó la jurisprudencia en la causa *Görgülü*³⁹ respecto a la consideración de los fallos del TEDH. Según ello, es cierto que la Convención de Derechos Humanos tiene un rango inferior a la Ley Fundamental, pero debido a la simpatía de la Ley Fundamental hacia el derecho internacional servirá como ayuda de interpretación para la determinación del contenido y el alcance de los derechos fundamentales. En verdad eso no requeriría una paralelización esquemática de la Ley Fundamental con la CEDH, pero por un lado se tendrían que integrar las decisiones del TEDH en el vigente sistema nacional de derecho dogmáticamente diferenciado, mientras por el otro se alcanzaría el límite de simpatía al derecho internacional si la protección de derechos fundamentales se redujera. Eso sería especialmente relevante en relaciones de derechos fundamentales multipolares, en las cuales un plus de libertad para un titular del derecho fundamental se corresponde con menos libertad para el otro.

De esta manera el Tribunal Constitucional Federal se reserva la facultad decisoria, pero al mismo tiempo expresa que generalmente solo puede desviarse de las normas de derecho internacional por razones inmanentes a la Constitución. A mi juicio, eso no es —como algunos opinan— una determinación por fuerzas ajenas, sino que más bien el Tribunal se abre desde el punto de vista dogmático y se acerca al TEDH.⁴⁰

Contrario a la decisión del TEDH y al artículo 7 de la CEDH (*nulla poena sine lege*), el Tribunal Constitucional Federal mantuvo que el internamiento preventivo no es un castigo en el sentido del ordenamiento nacional, y así en particular no está sujeto a la rigurosa interdicción de la retroactividad.⁴¹ Más bien, el Tribunal Constitucional Federal

³⁵ Véase Tribunal Constitucional Federal 109, 133 (166).

³⁶ Véase solo TEDH, fallo del 17 de diciembre 2009 - 19359/04 -, *NJW* 2000, pp. 2495 ss.

³⁷ Volkmann, *JZ* 2011, p. 835 (842).

³⁸ Tribunal Constitucional Federal, fallo del 4 de mayo de 2011 - 2 BvR 2333/08, 2 BvR 2365/09, 2 BvR 571/10, 2 BvR 740/10, 2 BvR 1152/10 -, *NJW* 2011, pp. 1931 ss.

³⁹ Volkmann, *JZ* 2011, p. 835 ss.

⁴⁰ Tribunal Constitucional Federal, *NJW* 2011, p. 1931 (1942).

⁴¹ Véase Volkmann, *JZ* 2011, p. 835 (841, 842).

aprovechó la clasificación efectuada en vía de determinación autónoma por el TEDH para reclamar nuevamente que se mantenga distancia entre el internamiento preventivo y el sistema penitenciario, para debilitar en este sentido un criterio empleado por el TEDH en dicha vía de determinación autónoma. En el marco de la confianza legítima general, que también se debe tener en cuenta fuera del sistema penal, tuvo en consideración la constatada violación del artículo 7, párrafo 1, de la CEDH como elemento del control de proporcionalidad. De esta manera el Tribunal Constitucional Federal ajustó la jurisprudencia del TEDH al sistema de derecho nacional dogmáticamente diferenciado, pero mediante la localización en el control de proporcionalidad al mismo tiempo dejó espacio para la influencia de otros criterios de ponderación.

3. Problemas del sistema a varios niveles

Ya con relación a las palabras introductorias y especialmente con relación a los ejemplos concretamente presentados se manifiestan problemas de la protección de derechos fundamentales en el sistema a varios niveles. Desde el punto de vista alemán se debe revisar la interacción entre el Tribunal Europeo de Justicia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional Federal, ante lo cual me concentraré en la interacción entre el TEDH y el Tribunal Constitucional Federal.

Formalmente no pueden surgir conflictos de competencias en relación con el TEDH, porque el Tribunal Constitucional Federal tiene como norma la Ley Fundamental para juzgar la validez de recursos de amparo; el control posterior por el TEDH, en cambio, se realiza justamente mediante la CEDH y no mediante la Ley Fundamental. Por eso no se deben subestimar las consecuencias prácticas que se producen mediante cada decisión respecto a la interpretación, el contenido y el alcance de los derechos fundamentales y derechos humanos, que en su mayor parte son de contenido igual.

3.1. Problemas sistemáticos que resultan de la jurisprudencia del TEDH

La relación entre la jurisprudencia del TEDH y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal enfrenta dos dificultades sistemáticas en particular.

3.1.1. *Jurisprudencia autónoma y cultura de legalidad nacional*

En la determinación de los derechos humanos según la Convención, el TEDH aplica una definición autónoma de los derechos protegidos que no se puede comparar con el estándar nacional. Mientras que eso tiene sentido en el caso de las dictaduras en el marco de la antigua área de influencia soviética, en las culturas de Estado de derecho de Europa occidental eso da con un sistema de protección de derechos fundamentales altamente elaborado y casi hipertrófico, y lo reemplaza por otro o le agrega otro.⁴² Eso conduce a

⁴² TEDH, *NJW* 2006, pp. 197 (202 y s.) (nm 155 ss.).

que un concepto general diferenciado del legislador nacional, que a lo mejor se basa en varios pilares y que se ha ajustado en su complejidad a las peculiaridades de los derechos fundamentales nacionales, pierde su equilibrio a causa de una generalización en categorías autónomas, y a consecuencia de eso (ya) no puede resistir al control mediante las definiciones autónomas de zonas protegidas de la CEDH.

Para explicarlo volveré a la cuestión del internamiento preventivo. Justamente por el sistema diferenciado entre pena por un lado y medidas de rehabilitación y de seguridad por el otro (que comprende el internamiento preventivo), en Alemania se logra limitar la privación de libertad al nivel necesario y reglamentarla rigurosamente mediante el principio de la culpabilidad según las normas nacionales de la Ley Fundamental. Por eso, solamente se puede aspirar a los fines preventivos a partir del principio de la culpabilidad, es decir que están descartadas las penas de privación de libertad prolongada únicamente por razones preventivas. Por el contrario, en otros Estados europeos se imponen múltiples de penas largas de privación de libertad para tapar huecos de protección del público.

Esa cultura nacional de derecho penal se pierde si el internamiento preventivo —así como ocurrió— se mide de manera aislada en relación con el concepto de la pena determinado autónomamente según el artículo 7 de la CEDH, y si los requisitos se establecen de conformidad con ello.

Para considerar las peculiaridades nacionales sin poner en peligro el deber europeo de la protección de derechos humanos, la CEDH debería tener la habilidad de considerar un balance positivo total de derechos humanos. Con este fin se tendrían que establecer requisitos metódicos para la determinación de un balance de estas características y atenuar el enfoque al control de normas individuales de la Convención. Como punto de partida se podría pensar en el *margin of appreciation* ('margen de apreciación') que fue aplicado por el TEDH en diferentes lugares y que —dependiendo de la cuestión concreta y la importancia de los intereses afectados— permite a los tribunales nacionales disponer de diferentes márgenes de apreciación.

Es el propósito del diálogo dogmático iniciado por los tribunales facilitar la fecundación mutua de las jurisprudencias. La relación entre el TEDH y el TJUE muestra que, con vistas a un nivel de protección ya garantizado, el TEDH está dispuesto de aplicar su densidad y profundidad de control de manera moderada. En la decisión *Bosphorus-Airways*,⁴³ el TEDH estableció en principio la equivalencia de la protección de derechos fundamentales por la UE y por la CEDH. Sobre esta base rechazó el caso concreto y realmente estableció que la consideración de casos particulares se limite en casos que muestran una protección de derechos humanos obviamente insuficiente.

3.1.2. El principio de diferenciación en relaciones de derechos fundamentales multipolares

Otra valla sistemática consiste en que la jurisprudencia del TEDH está caracterizada fuertemente por la relación bipolar entre el recurrente y el Estado violador, y es así que se

⁴³ Véase Papier, *EUGRZ* 2006, p. 1 <3>; Hofmann-Riem, *EUGRZ* 2006, p. 492 <497>.

ha relegado el enfoque a las consecuencias sobre los derechos fundamentales y derechos humanos de terceros o de intereses estatales de rango constitucional.

a) Respecto a la causa de este enfoque en la relación bipolar entre el recurrente y el Estado parte, se hace referencia a la configuración del ordenamiento procesal en el TEDH,⁴⁴ según el cual solo participan el recurrente y el Estado parte. Sin embargo, ese punto jurídico-procesal no se debería sobrevalorar, porque por un lado también el Estado parte afectado debería ser capaz de presentar las posiciones de derechos fundamentales en contradicción que fueron considerados en la decisión contestada, y por el otro, según el artículo 36, párrafo 2, de la CEDH, también los terceros afectados pueden dar su opinión escrita o participar en el juicio oral ante el TEDH.

No se debe perder de vista que otra de las razones que dan lugar a la concentración de la relación vertical es que debido al gran número de sistemas y tradiciones constitucionales nacionales, así como al gran número de procesos, simplemente no es posible sumergirse en cada sistema jurídico nacional e integrarlo en sus decisiones sin la ayuda de los tribunales nacionales. Por lo tanto, el enfoque bipolar alivia,⁴⁵ pero al mismo tiempo alberga potencial de conflicto porque los tribunales nacionales deben adaptar la decisión a su propia jurisprudencia teniendo en cuenta las diferentes relaciones multipolares.⁴⁶ Desde mi punto de vista, el fortalecimiento del enfoque de derecho comparativo es una posible solución.

b) Un vistazo a la llamada *jurisprudencia Carolina* puede servir de ilustración. La controversia entre el Tribunal Constitucional y el TEDH se basó en una causa relativamente trivial. La princesa Carolina de Hanóver, una de las nobles más conocidas en Europa, se defendió contra la publicación de fotografías que se tomaron de ella, por ejemplo, saliendo a caballo, andando en bicicleta o haciendo compras. Después de haber agotado las instancias nacionales, interpuso un recurso de amparo constitucional al que dio lugar el Tribunal Constitucional basándose tan solo en tres fotografías. Aparte de esto, el recurso de amparo fue recusado. Ponderando el interés de información del público así como el derecho personal de la princesa, el Tribunal opinó que la publicación de las fotos debía ser permitida.⁴⁷ En la literatura jurídica alemana —respecto a su carácter fundamental— esa decisión se celebró en parte como *Carta Magna de la Información Visual*.⁴⁸

El TEDH no mostró entusiasmo frente a este hecho.⁴⁹ A raíz de una demanda individual de la princesa, el TEDH decidió que la sentencia del Tribunal Constitucional Federal violaba el derecho fundamental de la princesa a la privacidad, según el artículo 8 de la CEDH. En el caso concreto este artículo tendría prelación frente a la libertad de opinión y prensa según el artículo 10 de la CEDH.

En este caso, se evidencia la problemática de relaciones jurídicas multipolares. A través de su decisión en el caso *Carolina*, el TEDH no fortaleció *per se* la protección de dere-

⁴⁴ Así también Hofmann-Riem, *EUGRZ* 2006, p. 492 <497>.

⁴⁵ Véase Papier, *EUGRZ* 2006, p. 1 <3>.

⁴⁶ Véase Tribunal Constitucional Federal 101, 361 <388 ff.>.

⁴⁷ Soehring/Seelmann-Eggebert, *NJW* 2000, 2466 <2467>; véase también Heldrich, *NJW* 2004, 2634.

⁴⁸ TEDH, *NJW* 2004, 2647 ss.

⁴⁹ Hofmann-Riem, *NJW* 2009, p. 20 <22>.

chos fundamentales en Alemania, sino simplemente lo desplazó ampliando la protección de personas famosas y recortando a cambio la libertad de prensa.⁵⁰

La decisión del TEDH recibió, con razón, mucha crítica en la literatura jurídica.⁵¹ Sin considerar su detallada argumentación, el TEDH criticó el balance que encontró el Tribunal Constitucional Federal entre el derecho a la personalidad y la libertad de prensa. Además omitió explicar por qué la solución que encontró el Tribunal Constitucional Federal —camino medio entre el derecho francés, que dispone una altísima protección de las personalidades, y el inglés, con su fuerte énfasis en la libertad de prensa— ya no corresponde a los estándares comunes europeos de la CEDH.⁵²

Después de la decisión del TEDH y de que la jurisdicción ordinaria hubiera decidido nuevamente sobre la causa, el Tribunal Constitucional Federal no lanzó el guante al TEDH⁵³ y así evitó provocar una abierta lucha por el poder entre su propia facultad decisiva y la posibilidad de que el TEDH continuamente constataste incumplimientos de la Convención. Bien, es verdad que el Tribunal Constitucional Federal a través de su segunda decisión en el caso *Carolina*⁵⁴ sostuvo sus premisas normativas básicas de la primera decisión y solo procedió a un leve ajuste.⁵⁵ Al mismo tiempo, el Tribunal Constitucional Federal prestó atención a que los tribunales especializados tuvieran en cuenta los preceptos del TEDH frente a la protección de la intimidad de personas según el artículo 8 de la CEDH,⁵⁶ y que los ponderaran con la libertad de la prensa según el artículo 5, párrafo 1, de la Ley Fundamental.

El artículo 53 de la CEDH contiene en el ámbito de la Convención lo que en el contexto nacional denominamos *concordancia práctica*,⁵⁷ que no solo implica el equilibrio entre intereses en conflicto de rango constitucional. En este contexto, según mi opinión, no solo hay que propender al equilibrio entre derechos fundamentales y derechos humanos en conflicto, sino también a intereses estatales de rango constitucional, como los deberes estatales de protección frente al público o la garantía de una administración de justicia penal apta para funcionar.⁵⁸

La multipolaridad, tal como la planteé respecto a la jurisprudencia en la causa *Carolina*, no debe inducir a suponer que cada disparidad de opiniones entre el TEDH y el Tribunal Constitucional Federal sobre el contenido y el alcance de los derechos fundamentales y derechos humanos se solucionará posteriormente en la jurisprudencia nacional a favor del sistema de protección nacional con referencia a la multipolaridad, pues con relación a los límites por considerar también el TEDH debe equilibrar los intereses en conflicto y cumple con su deber. Por ejemplo, en un caso de derecho de trato respecto a un padre biológico y sus hijos a finales del año 2010, el TEDH enfatizó expresamente la ponderación

⁵⁰ Hofmann-Riem, *NJW* 2009, p. 20 <22>.

⁵¹ Véase Scheyli, *EUGRZ* 2004, 628 <630 ss., 633>.

⁵² Scheyli, *EUGRZ* 2004, 628 <631 ss.>; véase Frenzel, *AfP* 2011, p. 335 ss.

⁵³ Hofmann-Riem, *NJW* 2009, p. 20 <26>.

⁵⁴ Tribunal Constitucional Federal 120, 180 ss.

⁵⁵ Hofmann-Riem, *NJW* 2009, p. 20 <22>.

⁵⁶ Concretamente como ley general restringente a los efectos del artículo 5, párrafo 2, de la Ley Fundamental, Tribunal Constitucional Federal 120, 180 <200 f>.

⁵⁷ Hofmann-Riem, *EUGRZ* 2006, p. 492 <499>.

⁵⁸ A.A.: Esser, *StV* 2005, p. 348 <351>.

entre los intereses “de la madre, del padre legal, del padre biológico, de los hijos biológicos del matrimonio y de los hijos de la madre y el padre biológico”,⁵⁹ y al mismo tiempo constató una consideración insuficiente de las diferentes posiciones por los tribunales intraestatales, los cuales no habían tenido en cuenta los efectos positivos que la relación con el padre biológico tendría para el niño.⁶⁰

Al final siempre se hace la pregunta de quién es el que decide de manera vinculante sobre el balance correcto de los intereses en conflicto y en qué medida el TEDH tiene en cuenta y responde a las tradiciones constitucionales nacionales y a los respectivos niveles de protección de derechos humanos, sin la pretensión de establecer un estándar común europeo.

3.2. Diferentes estándares de desarrollo en Europa

En su jurisprudencia el TEDH se encuentra frente a 47 países miembros de la CEDH que difieren mucho respecto a la garantía de los derechos fundamentales y derechos humanos, tanto en aspectos materiales como procesales. Con ello no solo me refiero a las divergencias entre los niveles de protección de los Estados, sino al hecho de que los objetos procesales difieren. Mientras en un Estado miembro se trata de muerte y tortura, en otros se trata de la protección de princesas famosas frente a la publicación de fotografías.⁶¹ En este sentido tampoco se deben pasar por alto las ponderaciones diferentes de posiciones en conflicto a causa de tradiciones constitucionales diferentes.

En razón de que el número de casos es cada vez más alto⁶² —hubo 61#300 casos nuevos en el año 2010—, el TEDH en el futuro se debería concentrar menos en la corrección de casos individuales y más en aquellas decisiones que dan orientación y son esenciales para la constitución, conservación y evolución de estándares mínimos comunes a escala europea en el ámbito de protección de los derechos humanos.⁶³ *No man is an island... Every man is a piece of the main.* (‘Ningún hombre es una isla... Cada hombre es parte del conjunto.’)⁶⁴ Quizá una imagen de la historia de la colonización de los Estados Unidos de América en el siglo XIX puede servir como ilustración: “Al oeste del Mississippi” los carriles deben construirse conjuntamente..., a través del TJUE, el TEDH y el Tribunal Constitucional Federal, basándose en valores comunes e ideales sobre la base de estructuras dogmáticas que han sido fijadas hace mucho tiempo.

⁵⁹ TEDH, *EUGRZ* 2011, p. 124 (130) (núm. 70).

⁶⁰ TEDH, *EUGRZ* 2011, p. 124 (130 y s.) (núm. 71).

⁶¹ Mayer, *EUGRZ* 2011, p. 234 (235).

⁶² Según la memoria del TEDH —que puede ser consultada en <http://www.echr.coe.int>— tan solo en 2010 alrededor de 61.300 causas fueron sometidas al tribunal de derechos humanos. En 2010 algo menos que 41.200 causas fueron resueltas mediante decisión. En la actualidad aproximadamente 155.550 causas siguen pendientes (situación al 30 de setiembre de 2011).

⁶³ Así también Papier, *ZSR* 2005, 113 (126). En el mismo sentido Wildhaber, *EUGRZ* 2002, p. 569 ss.

⁶⁴ Véase Marx, Kardinal Reinhard, en Stolleis (comp.), *Herzkammern der Republik*, Munich, 2011, p. 159 (166).

4. Conclusión y perspectiva

Dichoso quien tenga la oportunidad de razonar sobre el derecho de decisión en última instancia, los espacios de evaluación, el balance correcto en condiciones multipolares de derechos fundamentales así como asuntos de cooperación e intercambio. El viejo continente, abatido por la crisis financiera, probablemente perderá importancia mundial en cuanto al discurso de derechos humanos y Estado de derecho, debido a que existen problemas más urgentes y existenciales en el marco de la protección de derechos humanos —no solamente aquí en América Latina sino también en Europa.

Sin embargo, no se debe subestimar la importancia de la relación y del trato entre los diferentes tribunales constitucionales en un sistema a varios niveles, porque con ello por un lado se determina la aceptación de las decisiones judiciales como requisito para la observancia en los diferentes Estados partes, que en última instancia aseguran los estándares mínimos en materia de protección de los derechos humanos. Por otro lado, un alto nivel de protección no debe ser razón para mostrar tranquilidad, porque las evoluciones de la sociedad, el progreso tecnológico y los cambios políticos requieren de nuevas respuestas y de nuevos caminos que en una Europa unida exigen soluciones cooperativas.

En un sistema a varios niveles de la protección de derechos fundamentales y derechos humanos ningún participante puede ni debe ignorar la posición del otro. A raíz de sus propios preceptos el Tribunal Constitucional Federal se debe hasta cierto punto a la interpretación favorable al derecho internacional. El TEDH no puede tomar decisiones lejos de la jurisprudencia constitucional nacional si no quiere poner en riesgo la aceptación de sus decisiones, y además se encuentra con un Tribunal Constitucional Federal que mantiene la facultad decisiva. En este sentido, los dos actores deben resolver sus diferencias que de hecho son inmanentes de la jurisprudencia a través del diálogo de argumentos y no con pretensión de poder.

Por ello no se trata de una recepción unilateral, sino de encontrar un camino común sobre las bases compartidas de valores como la democracia, el Estado de derecho y la dignidad humana, y de mantener y ampliar los altos niveles de protección de los derechos humanos en Europa. El diálogo presenta la oportunidad de cuestionar estructuras que tal vez estén arraigadas, flexibilizarlas si es necesario, ajustarlas y mejorarlas. La meta no es unificar la protección europea de derechos humanos, sino concentrarse en los derechos fundamentales y derechos humanos en su función de derecho de defensa, teniendo en cuenta las tradiciones nacionales. Desde mi punto de vista, por ello es indispensable fortalecer el *margin of appreciation* como enfoque fundamental de la jurisprudencia constitucional europea.

Hay una cosa que no debemos perder de vista frente a estas cooperaciones complejas: la protección de los derechos humanos requiere esfuerzos continuos, porque es nuestro gran fin común.

En un mundo multipolar caracterizado por nuevas pretensiones de poder a escala planetaria, solo una implementación estricta, comprensiva y exitosa de los ideales de los derechos humanos hace que los valores de la libertad, de la democracia y del Estado de derecho se conviertan en el punto de atracción. Y es ahí donde radica también la tarea de la jurisprudencia constitucional, tanto para nosotros en Europa como en América Latina.

Jorge Mario Pardo Rebolledo (México)*

El caso Rosendo Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos**

RESUMEN

La sentencia pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *caso Radilla* permite entender mayormente la proyección que las decisiones tomadas al respecto tendrán para el Estado mexicano. Sobre todo por el alcance que les ha dado el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tales decisiones permearán a todos los impartidores de justicia y, por tanto, impactarán en la sociedad en general. La trascendencia de este caso resulta más evidente si se lo relaciona con el marco jurídico nacional en el que se inscribe. Coincide con las últimas reformas a la Constitución Federal en materia de derechos humanos, que cambiaron el paradigma de las garantías individuales que otorgaba la Constitución Federal por el reconocimiento de los derechos fundamentales del ser humano, así como del juicio de amparo como el instrumento de garantía de dichos derechos. Destaca asimismo la obligación que ahora se establece hacia todas las autoridades del país, para que en el ámbito de sus competencias promuevan, respeten, protejan y garanticen los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, así como hacia el Estado, el cual deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos en los términos que establezca la ley.

Palabras clave: jurisprudencia, derecho internacional de los derechos humanos, reforma constitucional, desaparición forzada de personas, tortura, control de convencionalidad, México.

* Doctor en Ciencias Penales por el Instituto de Ciencias Jurídicas de Estudios Superiores. Maestro en Derecho de Amparo por el Instituto de Ciencias Jurídicas de Estudios Superiores. Máster en Derecho Civil y Familiar por la Universidad Autónoma de Barcelona, Licenciatura en Derecho, Escuela Libre de Derecho. Presidente de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México).

** Agradezco el apoyo brindado para la realización del presente documento a la licenciada Nínive Ileana Penagos Robles, secretaria de Estudio y Cuenta adscrita a mi ponencia en la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

ZUSAMMENFASSUNG

Das Urteil des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte im *Fall Radilla* ermöglicht ein besseres Verständnis der Auswirkungen der zum Thema ergangenen Entscheidungen für den mexikanischen Staat. Vor allem aufgrund des Geltungsbereichs, den ihm das Plenum des Obersten Gerichtshofs der Nation eingeräumt hat, werden solche Entscheidungen alle rechtsprechenden Organe durchdringen und sich auf die Gesellschaft insgesamt auswirken. Die überragende Bedeutung dieses Falls wird umso deutlicher, wenn er im Kontext des geltenden nationalen rechtlichen Rahmens betrachtet wird. Er deckt sich mit den jüngsten Reformen der Bundesverfassung auf dem Gebiet der Menschenrechte, die über die Anerkennung der Grundrechte des Menschen und die Einführung der Verfassungsbeschwerde als Instrument zur Gewährleistung dieser Rechte einen Paradigmenwechsel bezüglich der von der Bundesverfassung garantierten Freiheitsrechte mit sich brachten. Zugleich wird die ab jetzt für alle Behörden des Landes geltende Verpflichtung hervorgehoben, in ihrem jeweiligen Zuständigkeitsbereich die Menschenrechte in Übereinstimmung mit den Grundsätzen der universellen Gültigkeit, Interdependenz, Unteilbarkeit und progressiven Umsetzung zu fördern, einzuhalten, zu schützen und zu gewährleisten, sowie die Verpflichtung des Staates, Menschenrechtsverletzungen entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen vorzubeugen, sie zu untersuchen, zu ahnden und wiedergutzumachen.

Schlagwörter: Rechtsprechung, Internationales Recht der Menschenrechte, Verfassungsreform, erzwungenes Verschwindenlassen von Personen, Folter, Normenkontrolle, Mexiko

ABSTRACT

The ruling by the Inter-American Court of Human Rights in the *Radilla* case allows a better understanding of the implications that related decisions will have for the Mexican State. In view of the significance acknowledged by the Plenum of the Supreme Court of Justice of the Nation, such decisions will affect all the judges and magistrates and, consequently, have an impact on society as a whole. The importance of this case is even more apparent when it is related to the national legal framework since it corresponds with the Federal Constitution's latest reforms on the matter of human rights. These reforms changed the paradigm of individual rights granted by the Federal Constitution, through the recognition of the fundamental rights of all human beings, as well as of the writ of amparo as the main vehicle for the protection of such rights. It also highlights the newly established duty of all the country's authorities of promoting, respecting, protecting and guaranteeing human rights within their respective jurisdictions, in conformity with the principles of universality, interdependence, indivisibility and progressive realization, as well as the State's duty of preventing, investigating, punishing and repairing human rights violations in accordance with the law.

Keywords: precedent; international human rights law; constitutional reform; forced disappearance; torture; conventionality control; Mexico

Los derechos humanos son sus derechos; tómenlos, defiéndanlos, promuévanlos, entiéndanlos e insistan en ellos, nútranlos y enriquezcanlos, son lo mejor de nosotros... Denles vida.

Kofi Annan, exsecretario general de las Naciones Unidas, 1997-2006.

1. Introducción

La Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana emitió recientemente una trascendente decisión a raíz de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 23 de noviembre de 2009, en el caso número 12.511, *Rosendo Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos*, a través de la cual el Estado mexicano fue condenado a cumplir diversas obligaciones por conducto de sus órganos, entre ellos el Poder Judicial.

En esa medida, la Suprema Corte examinó cuáles son las acciones que debe llevar a cabo para dar cumplimiento a la ejecutoria en comento. En efecto, el entonces presidente del alto tribunal realizó una consulta al Pleno con el objetivo de determinar cuáles son las obligaciones para el Poder Judicial de la Federación que derivan de la sentencia condenatoria. Para ello se formó el expediente Varios 912/2010, cuya ponente fue la señora ministra Margarita Beatriz Luna Ramos.

Dicho proyecto se discutió en el Tribunal Pleno en las sesiones del 4, 5, 7, 11, 12 y 14 de julio de 2011, de las que resultaron relevantes determinaciones que más adelante se detallarán.

2. Antecedentes

2.1. Hechos

El 25 de agosto de 1974, Rosendo Radilla Pacheco, ciudadano mexicano, presuntamente fue víctima de desaparición forzada por elementos del Ejército mexicano destacados en el estado de Guerrero. Por tal motivo, tanto el 27 de marzo de mil 1992, como el 14 de mayo de 1999, Andrea y Tita Radilla Martínez, ambas hijas de Rosendo Radilla, denunciaron su desaparición forzada en contra de quien resultara responsable. *Sin embargo, ambas denuncias fueron enviadas a reserva por la falta de indicios para determinar a los probables responsables.*

El 20 de octubre del 2000, Tita Radilla Martínez interpuso una nueva denuncia penal por la desaparición forzada de algunas personas, entre las que se encontraba su padre, y de nueva cuenta, el 9 de enero de 2001, junto con otras personas, presentó una denuncia penal ante la Procuraduría General de la República en relación con la presunta desaparición forzada de su padre, la que ratificó en marzo del mismo año.

En noviembre del 2001, la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos y la Asociación de Familiares de Detenidos-Desaparecidos y Víctimas de

Violaciones a los Derechos Humanos en México presentaron una denuncia contra el Estado mexicano ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En ese mismo mes, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos emitió una recomendación en la que concluyó que en al menos 275 casos de los que examinó se habían violado derechos de las personas reportadas como desaparecidas.

En la Fiscalía Especial para Movimientos Sociales y Políticos del Pasado, creada el 27 de noviembre de 2001, se inició una *averiguación previa* a la que se integraron la denuncia de Tita Radilla Martínez y otra, ambas sobre la desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco. Por este motivo, el 11 de agosto de 2005 se consignó al general Francisco Quirós Hermosillo *como probable responsable de la comisión del delito de privación ilegal de la libertad en su modalidad de plagio o secuestro, en perjuicio del señor Radilla Pacheco*.

En septiembre de 2005, el juez segundo de distrito en el estado de Guerrero conoció del asunto; sin embargo, declinó su competencia en favor del juzgado militar correspondiente. Tocó el turno al juez primero militar adscrito a la Primera Región Militar, quien aceptó la competencia y abrió el expediente 1513/2005.

En contra de la declaración de incompetencia del juez segundo de distrito en el estado de Guerrero, Tita Radilla Martínez interpuso una demanda de amparo que fue desechada y posteriormente promovió un recurso de revisión, en el que en octubre de 2005 se resolvió que el juez primero militar adscrito a la Primera Región Militar era competente para conocer del expediente referido. Empero, el 29 de noviembre de 2006 dicho juez militar sobreesayó la acción penal debido a que el general consignado había muerto.

Por otra parte, en el año 2007 se inició en la Procuraduría General de la República una nueva *averiguación previa* en relación con la presunta desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco.

En marzo de 2008, con motivo del informe de fondo emitido en julio de 2007, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió al conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el caso contra el Estado mexicano, en el que, seguido el procedimiento correspondiente, se dictó sentencia el 23 de noviembre de 2009.

2.2. Ordenamiento jurídico

En lo que respecta al ordenamiento jurídico aplicable al caso, debe señalarse que el 22 de noviembre de 1969 se firmó en San José (Costa Rica) la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuya adhesión por el Estado mexicano aprobó el Senado de la República el 18 de diciembre de 1980.

El día 9 de junio de 1994 se aprobó en Belém do Pará (Brasil) la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas, la que firmó ad referendum el plenipotenciario del Estado mexicano el 4 de mayo de 2001, para después publicar el decreto de aprobación, salvo por lo que respectaba al artículo IX, al formularse reserva expresa. Se señaló que la Constitución Federal reconoce el fuero de guerra cuando un militar haya cometido algún ilícito encontrándose en servicio, sin que el fuero de guerra constituya jurisdicción especial en el sentido de la Convención. Sin perjuicio de ello, el 27 de febrero de 2002 se publicó una fe de erratas en el *Diario Oficial de la Federación*, la que precisó en su declaración interpretativa que se entendería que las disposiciones de la

Convención publicada se aplicarían a los hechos que constituyeran desaparición forzada de personas y se ordenaran, ejecutaran o cometieran con posterioridad a la entrada en vigor del referido instrumento internacional.

Por otra parte, previa aprobación del Senado de la República, el 24 de febrero de 1999 se publicó el decreto que contenía la Declaración para el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, en el que se reconoció de pleno derecho de la competencia contenciosa de la Corte sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Asimismo, el 1.º de junio de 2001 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la adición al Código Penal Federal para tipificar el delito de desaparición forzada de personas.

2.3. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Radilla*

En su sentencia sobre el caso *Rosendo Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado mexicano a:

- Conducir eficazmente y con la debida diligencia la investigación y, en su caso, los procesos penales que se encontraran en trámite en relación con el asunto, para determinar las correspondientes responsabilidades penales y aplicar de manera efectiva las sanciones previstas legalmente, lo que debía ser cumplido en un plazo razonable; así como a mantener en conocimiento de la jurisdicción ordinaria la averiguación previa abierta por los hechos constitutivos de desaparición forzada del señor Rosendo Radilla.
- Asegurar, por medio de las autoridades encargadas, que las nuevas causas penales en contra de presuntos responsables de violaciones de derechos humanos que fueran o hubieran sido funcionarios militares se sometieran ante la jurisdicción común u ordinaria y en ninguna circunstancia en el fuero militar o de guerra.
- Asimismo, continuar con la búsqueda y localización inmediata de Rosendo Radilla o de sus restos mortales, ya fuera a través de la investigación penal o u otro procedimiento adecuado y efectivo.
- Realizar una interpretación constitucional y legislativa del artículo 13 de la Constitución Política mexicana que fuera coherente con los principios de debido proceso y acceso a la justicia contenidos la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana.
- Ejercer por parte del Poder Judicial un “control de convencionalidad *ex officio*” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes; se especificó que en esta tarea el Poder Judicial debe tener en cuenta tanto el tratado como la interpretación de la Corte Interamericana.
- Asimismo, aun cuando no se ordenó modificar el artículo 13 constitucional, se resolvió que el artículo 57 del Código de Justicia Militar es incompatible con la Convención, por lo que debía reformarse para compatibilizarlo con los estándares internacionales en la materia y con la Convención.

- Tipificar adecuadamente del delito de desaparición forzada de personas, es decir, reformar el artículo 215-A del Código Penal Federal conforme a los instrumentos internacionales.
- Y por último, a implementar:
 - programas o cursos permanentes relativos al análisis de la jurisprudencia del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en relación con los límites de la jurisdicción penal militar, los que deberán estar dirigidos a los miembros de todas las fuerzas militares, incluyendo a los agentes del Ministerio Público y jueces, así como a los agentes del Ministerio Público de la Procuraduría General de la República y jueces del Poder Judicial de la Federación, y
 - un programa de formación sobre la debida investigación y el juzgamiento de hechos constitutivos de desaparición forzada de personas, dirigido a agentes del Ministerio Público de la Procuraduría General de la República y jueces del Poder Judicial de la Federación. Se sostuvo que, en este tipo de casos, las autoridades encargadas de la investigación deberán estar entrenadas para el uso de la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones, la valoración de los patrones sistemáticos que puedan dar origen a los hechos que se investigan y la localización de personas desaparecidas de manera forzada.

3. Análisis del expediente varios 912/2010

Así, con base en lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció cuáles son las obligaciones del Poder Judicial como parte del Estado mexicano, al resolver el expediente Varios 912/2010. A continuación señalaremos las decisiones que estimamos de mayor relevancia y trascendencia para el quehacer jurídico.

3.1. Obligatoriedad de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El Pleno determinó que las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que el Estado mexicano sea parte son obligatorias para el Poder Judicial de la Federación en sus términos. En cambio, sus criterios interpretativos solamente serán orientadores, en aquello que sea más favorecedor a la persona, de conformidad con el artículo 1.º Constitucional, sin prejuzgar sobre la posibilidad de que los criterios internos sean los que garanticen de mejor manera la protección de los derechos humanos.

De igual manera, el Tribunal Pleno resolvió que la Suprema Corte de Justicia no puede revisar las excepciones hechas valer por el Estado mexicano en un procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, toda vez que todos estos argumentos son cosa juzgada y su revisión corresponde exclusivamente al órgano internacional jurisdiccional, por lo que la Suprema Corte debe limitarse al cumplimiento de la sentencia en su parte correspondiente.

3.2. Control de convencionalidad *ex officio*

La Suprema Corte mexicana resolvió que el Poder Judicial de la Federación debe ejercer un control de convencionalidad *ex officio*, entre las normas internas y todos los tratados internacionales en materia de derechos humanos en los que el Estado mexicano sea parte, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. De igual manera, concluyó que este control de convencionalidad debe ejercerse por todos los jueces mexicanos.

Esto último parte de la base de que solamente los jueces federales, al conocer de acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y juicios de amparo, *están facultados para hacer una declaratoria de invalidez de las normas que contravengan el bloque de convencionalidad*. En tanto, los demás jueces solamente *pueden desaplicar estas normas*, y el resto de las autoridades deben interpretar las normas referentes a derechos humanos de la manera más extensiva, *pero sin capacidad alguna de declarar la invalidez de una norma o de desaplicarla en un caso concreto*.

Este tema fue muy discutido en las sesiones correspondientes del Tribunal Pleno, en las que se advirtió que si la sentencia de la Corte Interamericana constriñe al Poder Judicial en general, es decir, tanto del fuero común como del fuero federal, a llevar cabo un control de convencionalidad *ex officio*, entonces era necesario definir qué sucedería con el control constitucional, pues no era posible entender que todos los jueces del Estado mexicano realizaran un control de convencionalidad y no pudieran realizar un control de constitucionalidad, dado que en principio deben salvaguardarse los postulados y principios derivados de la Norma Suprema.

Así, se propuso replantear el tema relativo a si es posible que todos los jueces mexicanos realicen un control constitucional, es decir, se puso en el centro del debate el control difuso de la Constitución Federal, para lo cual se recordó que en el caso mexicano se presentaba una situación peculiar. En efecto, hasta ese momento, como derivado de una interpretación jurisprudencial, el control de constitucionalidad se había ejercido de manera exclusiva por el Poder Judicial Federal mediante los mecanismos de amparo, controversias y acciones de inconstitucionalidad, y el Tribunal Electoral tiene la facultad de no aplicar las leyes sobre la materia contrarias a la Constitución. Así, la determinación de si en México había operado un sistema de control difuso de la constitucionalidad de las leyes no dependió directamente de una disposición constitucional clara sino que ha resultado de distintas construcciones jurisprudenciales a lo largo del tiempo.¹

¹ En abril de 1919, el criterio del Tribunal Pleno era que todas las leyes que se opusieran a lo dispuesto en la Constitución no debían ser obedecidas por ninguna autoridad. Este criterio se expresaba en la tesis de rubro: "Constitución, imperio de la" (registro IUS 289, 870). En mayo de 1934, la Segunda Sala estableció una tesis aislada con el rubro: "Constitucionalidad de la ley" (número de registro IUS 336,181), la cual reflejaba un criterio consistente en que, conforme con el artículo 133 de la Constitución Federal, todos los jueces de la República tenían la obligación de sujetar sus fallos a los dictados de esta, a pesar de las disposiciones que en contrario pudieran existir en otras leyes secundarias. Al año siguiente, en agosto de 1935, la misma sala señaló que los únicos que pueden determinar la inconstitucionalidad de algún precepto son los tribunales de la Federación, al emitir la tesis aislada de rubro: "Leyes de los estados, contrarias a los preceptos constitucionales" (número de registro IUS 335,247). Cuatro años después, en febrero de 1939, la Tercera Sala de la Corte determinó en un criterio aislado que la observancia del

Se destacó también que hoy en día existe una nueva perspectiva, derivada de la reciente reforma al artículo 1.º de la Constitución Federal, por la que todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no solo por los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales firmados por el Estado mexicano, sino también por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, y a adoptar la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se entiende en la doctrina como el *principio pro personae*.

Se consideró así que los mandatos contenidos en el nuevo artículo 1.º constitucional deben leerse junto con lo establecido por el diverso artículo 133 de la Constitución Federal para determinar en qué marco debe realizarse el control de convencionalidad, lo cual

artículo 133 de la Constitución Federal es obligatoria para los jueces locales de toda categoría; el rubro de la tesis es: “Leyes, constitucionalidad de las” (número de registro IUS 356,069). Posteriormente, en abril de 1942, la Segunda Sala se pronunció nuevamente en el sentido de que todas las autoridades del país deben observar la Constitución a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en otras leyes; las tesis tienen como rubro: “Constitucionalidad de las leyes, competencia del tribunal fiscal para examinarla y estatuir sobre ellas” (registro IUS 326,678) y “Constitucionalidad de la ley del impuesto al superprovecho competencia del Tribunal Fiscal para decidir sobre ella” (registro IUS 326, 642). En 1949 la misma Segunda Sala emitió un criterio contrario a los anteriores, en el que volvió a sostener que solo las autoridades judiciales de la Federación pueden conocer de los problemas de “anticonstitucionalidad”; la tesis tiene como rubro: “Leyes, constitucionalidad de las” (registro IUS 320,007). En septiembre de 1959, la Segunda Sala consideró que la vía adecuada para resolver los problemas sobre la oposición de una ley secundaria y la Constitución era el juicio de amparo; la tesis tiene como rubro: “Constitución y leyes secundarias, oposición en las” (registro IUS 268, 130). En 1960 la Tercera Sala resolvió que, si bien las autoridades judiciales del fuero común no pueden hacer declaratorias de inconstitucionalidad de leyes, en observancia del artículo 133 están obligadas a aplicar en primer término la Constitución Federal cuando una ley ordinaria la contravenga directamente; la tesis es de rubro: “Constitución. Su aplicación por parte de las autoridades del fuero común cuando se encuentra contravenida por una ley ordinaria” (registro IUS 270, 759). En septiembre de 1968, la Tercera Sala emitió un criterio en el que consideró que solo el Poder Judicial de la Federación puede calificar la constitucionalidad de las leyes a través del juicio de amparo; el rubro es: “Constitucionalidad de las leyes, examen de la, improcedente, por la autoridad judicial común” (número de registro IUS 269,162). En agosto de 1971, la Tercera Sala se pronunció en el sentido de que todas las autoridades judiciales deben apegar sus resoluciones a la Constitución; la tesis tiene el rubro: “Leyes, constitucionalidad de las. Su violación alegada ante el tribunal de apelación” (número de registro IUS 242, 149). En junio de 1972, la Tercera Sala consideraba que el examen de la constitucionalidad de las leyes solamente estaba a cargo del Poder Judicial Federal a través del juicio de amparo; el rubro de la tesis es: “Constitucionalidad de las leyes, examen de la, improcedente por la autoridad judicial común” (registro IUS 242, 028).

Ya en la novena época y mediante criterio plenario emitido en mayo de 1995, reiterado en junio de 1997 y en tres precedentes de 1998, se determinó que el artículo 133 de la Constitución no autoriza el control difuso de la constitucionalidad de normas generales, la tesis es la P/J 74/99 y lleva por rubro: “Control difuso de la constitucionalidad de normas generales. No lo autoriza el artículo 133 de la Constitución”. Este criterio se reiteró mediante la tesis plenaria P/J 73/99, de rubro: “Control judicial de la Constitución. Es atribución exclusiva del Poder Judicial de la Constitución”. En agosto de 2004, la Segunda Sala reiteró el criterio en la tesis de jurisprudencia 2.ª/J 109/2004, de rubro: “Contencioso administrativo. El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa carece de competencia para pronunciarse sobre los vicios de constitucionalidad que en la demanda respectiva se atribuyan a una regla general administrativa”.

En la misma novena época, esta Suprema Corte de Justicia, al resolver la contradicción de tesis 2/2000, emitió la tesis P/J 23/2002, de rubro: “Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Carece de competencia para pronunciarse sobre inconstitucionalidad de leyes”, la que quedó posteriormente sin efecto por la reforma constitucional al artículo 99 publicada el 13 de noviembre de 2007 en el *Diario Oficial*, en la que se facultó a las salas del Tribunal Electoral para inaplicar leyes electorales contrarias a la Constitución.

claramente es distinto del control concentrado que tradicionalmente operaba en nuestro sistema jurídico.²

De igual forma, se subrayó que en el caso de la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1.º, los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, *aun a pesar de las disposiciones en contrario establecidas en cualquier norma inferior*. Se precisó que, si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 107 y 105 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados en esta materia.

Se concluye que el mecanismo para el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente, pues no puede entenderse un control como el que se ordena en la sentencia examinada si no se parte de un control de constitucionalidad general que se desprende del análisis sistemático de los artículos 1.º y 133 de la Constitución y que es parte de la esencia de la función judicial.

Para ello, se precisó que este tipo de interpretación por los jueces presupone seguir los siguientes pasos:

1. Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que se debe interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.
2. Interpretación conforme en sentido estricto, para casos en los que existen varias interpretaciones jurídicamente válidas de determinado precepto, supuesto en el que los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales.
3. Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles.

Asimismo, se estableció la existencia de un modelo de control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control —acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto— y, en segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada.

² Artículo 133: “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. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”.

3.3. Restricción del fuero militar

En materia de fuero militar, el Tribunal Pleno estableció que el Poder Judicial de la Federación tiene la obligación de ejercer control de constitucionalidad, en los términos precisados en el punto anterior, sobre el artículo 57, fracción II, inciso e, del Código de Justicia Militar, de modo tal que dicho precepto se estime incompatible con lo dispuesto en el artículo 2.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo que a su vez otorga sentido interpretativo al artículo 13 de la Constitución Federal.

Dicha interpretación debe observarse en todos los casos futuros que sean del conocimiento de la Suprema Corte de Justicia, en pleno o en salas, e independientemente de la vía por la cual el asunto llegue a ser del conocimiento de estos órganos; esto es, por las vías ordinarias para la resolución de asuntos, sean estos de competencia originaria del tribunal o cuando sea necesaria su atracción, para lo cual debe considerarse este tema como de importancia y trascendencia para el ejercicio de las competencias correspondientes.

3.4. Medidas administrativas a cargo del Poder Judicial de la Federación

Por último, se establecieron las medidas administrativas que el Poder Judicial de la Federación debe implementar a raíz de la sentencia dictada en el *caso Radilla*, las cuales se dividieron en seis puntos:

1. Capacitación en materia de derechos humanos y del sistema interamericano de protección de estos derechos, así como la creación de un programa de formación sobre el debido juzgamiento de hechos constitutivos de desaparición forzada de personas.

En esta materia el Tribunal Pleno consideró que tales medidas relativas a los cursos de capacitación, si bien son obligatorias para todos los funcionarios señalados del Poder Judicial Federal, *pueden quedar abiertos al público en general que esté interesado en el conocimiento del tema*, e incluso coordinar con los poderes judiciales locales para que sus funcionarios también sean capacitados. Esto abre una puerta para que todos aquellos interesados en el análisis de las normas convencionales sobre derechos humanos y de los criterios respectivos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos accedan a los cursos que se impartirán, tomando en consideración a la comunidad jurídica en general, acerca de las obligaciones que ahora derivan del artículo 1.º de la Constitución Federal.

Estas medidas se han puesto en práctica con la impartición del *Seminario introductorio sobre las reformas constitucionales en materia de amparo y derechos humanos e implicaciones para el trabajo jurisdiccional*, celebrado los pasados 23 y 24 de septiembre en el edificio Sede de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Instituto de la Judicatura Federal y diferentes Casas de Cultura Jurídica.

2. Una vez que el Poder Ejecutivo lleve a cabo las medidas que le corresponden para el cumplimiento de la citada sentencia, el Poder Judicial de la Federación deberá garantizar que la averiguación previa abierta respecto al *caso Radilla* se mantenga en conocimiento de la jurisdicción ordinaria y bajo ninguna circunstancia en el fuero de guerra.

Al respecto, se precisó que este efecto no permite de manera alguna que el Poder Judicial de la Federación intervenga o interfiera en las competencias y facultades que tiene la Procuraduría General de la República en el trámite de la averiguación previa SIEDF/

CGI/454/2007. Lo único que esto implica es que, una vez consignada la investigación ante un juez federal, los hechos investigados no pueden ser remitidos al fuero militar ni debe serle reconocida competencia alguna al mencionado fuero.

3. En el tema relativo al control constitucionalidad y convencionalidad *ex officio*, el Tribunal Pleno determinó que, todos los jueces del Estado mexicano, de conformidad con el artículo 1.º constitucional, *están facultados para inaplicar las normas generales que, a su juicio, consideren transgresoras de los derechos humanos contenidos en la propia Constitución Federal y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano es parte.*

Además, señaló la necesidad de que un ministro solicite la modificación de la jurisprudencia P/J 74/1999, en la cual el artículo 133 de la Constitución Federal se interpretó en el sentido de que el control difuso de la constitucionalidad de normas generales no está autorizado para todos los jueces del Estado mexicano.

4. Se determinó que, en los casos concretos que sean del conocimiento del Poder Judicial de la Federación, este deberá orientar todas sus subsecuentes interpretaciones constitucionales y legales sobre la competencia material y personal de la jurisdicción militar con los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

5. De igual forma, el Tribunal Pleno *ordenó* que deberá garantizarse, en todas las instancias conducentes, el acceso al expediente relativo al señor Rosendo Radilla Pacheco y la expedición de copias para las víctimas.

6. Y por último, se ordenó a todos los juzgados y tribunales federales del país que, en caso de que tuvieran bajo su conocimiento algún asunto relacionado con el tema, así lo informaran a la Suprema Corte para que esta reasumiera su competencia originaria o bien ejerciera su facultad de atracción por tratarse de un tema de gran importancia.

Ahora bien, dada la enorme trascendencia de estas determinaciones en relación con la reforma constitucional en materia de derechos humanos, es innegable que admitir el control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad en México ello amplía el ámbito de protección de los derechos humanos, por lo que procederé a comentar en específico tales reformas.

4. Reforma en materia de derechos humanos

Como se ha visto, a través de la reforma constitucional publicada el 10 de junio se modificó la denominación del título primero, capítulo 1, y el contenido del artículo 1.º constitucional, cuyo texto reza ahora:

TÍTULO PRIMERO

CAPÍTULO 1

DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SUS GARANTÍAS

Artículo 1º.- En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, *las preferencias sexuales*, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

De esta reforma, se destacan varios temas relevantes:

En principio, el término *garantías individuales* fue sustituido por el de *derechos humanos y sus garantías*, a fin de adecuarlo a aquel comúnmente empleado en instrumentos internacionales ratificados por nuestro país. Esto permite, además, distinguir entre los *derechos humanos* y los medios de protección por los cuales aquellos se hacen exigibles, *garantías constitucionales*, lo que termina con la arraigada confusión entre dichos términos dentro del sistema mexicano.

En lo que atañe directamente a los aspectos abordados en la resolución del Varios 912/2010, resulta de gran relevancia la adición de los párrafos segundo y tercero al mencionado numeral, pues a través de esta se hace un reconocimiento tanto de los derechos humanos como de sus garantías, consagrados en la Constitución Federal *y en los tratados internacionales*; además se incorpora que la interpretación que se haga de estas normas debe ser bajo el principio *pro personae*.

En esa medida, todas las autoridades deben respetar y proteger los derechos humanos reconocidos por nuestra Constitución, pero además también aquellos reconocidos en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, y, en el caso de que se esté frente a dos normas aplicables en materia de derechos humanos, *deberá optar por aquella que otorgue a la persona una mayor protección*, fundamentando por qué dicha norma protege y/o garantiza mejor los derechos humanos (con independencia del orden establecido en el artículo 133).

Asimismo, se introducen diversas obligaciones para todas las autoridades en torno a los derechos humanos de conformidad con distintos principios. Con esta reforma se deja en claro que el deber de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos no corresponde solamente a los poderes de la Unión, sino a *todas* las autoridades que conforman el Estado mexicano.

Debe precisarse en qué consisten estas obligaciones tratándose del Poder Judicial.

Promover implicará el impulso de una cultura jurídica que manifieste el respeto a los derechos humanos. *Respetar* debe entenderse como la abstención de emitir resoluciones

que priven a las personas de sus derechos. *Proteger* los derechos humanos implica que las sentencias judiciales, así como las interpretaciones que en ellas se realicen, sean acordes con ellos. Finalmente, *garantizar* se refiere a que los miembros del Poder Judicial deben propiciar que todas las personas, sin distinción alguna, tengan acceso a una justicia pronta, completa e imparcial basada en los derechos humanos, así como velar por la efectiva reparación del daño a las víctimas.

Estas directrices deben guiar también la labor de todos los tribunales, en el ámbito de sus respectivas competencias.

Ahora, en cuanto a los principios que deben regir las actuaciones de las autoridades, siguiendo a la doctrina puede decirse:

- *Universalidad* se refiere a que los derechos humanos son aplicables a todas las personas, en todo tiempo y lugar, por lo que resulta impensable su desconocimiento o una aplicación parcial.
- Se habla también del principio de *interdependencia*, conforme al cual todos los derechos humanos se encuentran relacionados; por tanto, la violación de uno implica un riesgo latente para todos los demás.
- El principio de *indivisibilidad* explica que entre los derechos humanos no existe jerarquía; así, se entiende que para su guarda y protección ninguno puede prevalecer sobre los otros.
- Por último, en mérito del principio de *progresividad*, los derechos humanos que han alcanzado tal categoría no podrán dejar de serlo, lo que se aúna a la búsqueda para que más prerrogativas alcancen el citado estándar.

Según todos estos parámetros, el artículo 1.º constitucional señala como obligación que el Estado mexicano debe prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones cometidas en contra de los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. Como se ha indicado, esto comprende los derechos reconocidos en la Constitución Federal y en los tratados internacionales.

Asimismo, aunque no resulte especialmente relevante para las acciones derivadas del caso bajo análisis, sí es de destacar el cambio de los términos *individuos* por *personas* y *otorgar* por *reconocer*. Por la primera modificación, la Constitución ahora incluye en su ámbito de protección los derechos de grupo. La segunda es más congruente con la naturaleza de los derechos humanos, los cuales son inherentes a todas las personas por el simple hecho de serlo, no porque la Constitución se los “otorgara”.

5. Conclusiones

El Poder Judicial Federal tuvo, con motivo del citado expediente Varios 912/2010, y tendrá un papel fundamental derivado de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos, que concretan la búsqueda de una auténtica democratización y acceso universal a la justicia en México. Pero para ello los jueces tenemos la importante encomienda de aplicarlas según los principios en materia de derechos humanos y cumpliendo con las obligaciones que como autoridades tenemos.

La relación entre el Poder Judicial Federal y los jueces locales debe darse de acuerdo con los principios de independencia, ética y respeto mutuo. Es tarea de todos los jueces prepararnos para resolver de la mejor manera los problemas que se nos presentan a fin de servir a la ciudadanía, toda vez que el éxito de su implementación está en la interpretación congruente que hagamos en cada caso.

Si bien todos los jueces del Estado mexicano pueden realizar un control de la constitucionalidad y la convencionalidad de las normas internas en materia de derechos humanos, llevando a cabo un control concentrado o difuso, ambas vertientes de control se ejercen de manera independiente, por lo que la existencia de este modelo general de control no requiere que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas. Sin embargo, resulta importante que finalmente, si existe contradicción de criterios, los criterios de inconstitucionalidad fluyan hacia la Suprema Corte para que sea esta la que, a efecto de dar certidumbre jurídica a los ciudadanos, determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional.

Las nuevas reformas confirman que el papel de los jueces no implica la simple aplicación de la ley, sino el deber de velar por el respeto a los derechos de todas las personas. Sin embargo, esto no puede realizarlo el Poder Judicial suplantando las funciones del legislador o del Poder Constituyente. El sistema difuso o descentralizado de control de constitucionalidad da el poder-deber a los jueces ordinarios de inaplicar aquellas leyes que estimen contrarias a la Constitución en casos concretos, pero en virtud del principio *pro-personae* esto debe hacerse conforme a las atribuciones que originalmente nos fueron dadas como impartidores de justicia.

Advertimos que puede existir gran preocupación con motivo de la discrecionalidad de las autoridades y el principio de legalidad; no obstante, se debe entender que el citado principio no implica que las autoridades se desapeguen de las normas so pretexto de respetar el derecho de un ciudadano, sino un actuar fundado y motivado, siempre dentro del ámbito de sus atribuciones respectivas.

Si bien la determinación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hizo cambiar nuestro esquema de resolución de conflictos y adecuarnos a un nuevo sistema, lo cual podría parecer un tanto atemorizante, no estamos solos en nuestro camino como jueces. En tal sentido los impartidores de justicia debemos tomar una actitud de modestia respecto de las experiencias de otros en relación con nuestros mismos problemas, para aprender de los éxitos y los errores de los demás. Así, la jurisprudencia supranacional implica un complemento en beneficio de los derechos humanos.

Queda entonces una gran tarea que debemos cumplir todos los actores del Estado mexicano a efecto de procurar, en la medida de lo posible, no repetir otro *caso Radilla*; pero sobre todo aprender de esta experiencia y retomar en nuestra labor diaria todos los criterios trascendentales que surgieron con motivo de este asunto, dándoles a las recientes directrices constitucionales la relevancia necesaria a fin de que los derechos humanos tengan el efecto expansivo que se pretendió con su implementación.

V. Democracia y Estado de derecho

- Marco Antonio Baldivieso Jinés (Bolivia)
La independencia en la administración de justicia.
Elección de autoridades judiciales en Bolivia
- Lucas L. Moroni Romero (Argentina)
Crisis constitucional de la ética pública
- Enrique Navarro Beltrán (Chile)
Tribunal Constitucional y esfera de actuación de los órganos del Estado
- Martín Risso Ferrand (Uruguay)
¿Quién tiene la última palabra en temas de derechos humanos?
Democracia versus aristocracia con toga
- Torstein Stein (Alemania)
Siempre con un rumbo fijo.
El difícil equilibrio entre supernacionalidad y soberanía constitucional en la relación entre el Tribunal Constitucional alemán y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (con una breve mirada de soslayo a la judicatura de la Corte Constitucional Italiana)

Marco Antonio Baldivieso Jinés (Bolivia)*

La independencia en la administración de justicia. Elección de autoridades judiciales en Bolivia

RESUMEN

El presente texto analiza el problema de la garantía de la independencia en la administración de justicia en el caso boliviano, donde las autoridades judiciales son elegidas por voto popular. Para ello, en primera instancia se aboca a una revisión de los postulados modernos acerca del control del poder político y de los límites a su ejercicio, tras lo cual examina las ventajas y desventajas del sistema de selección y elección de magistrados del órgano judicial en Bolivia. En correspondencia con ello, el autor se detiene en el proceso establecido legalmente para la elección de las autoridades del órgano judicial y del Tribunal Constitucional Plurinacional en Bolivia. Este apartado da lugar a reflexiones y recomendaciones finales para prevenir los riesgos que pueden generarse en el proceso de elección del órgano judicial en este país.

Palabras clave: administración de justicia, Constitución política, derecho originario campesino, control del proceso electoral, control constitucional, Bolivia.

ZUSAMMENFASSUNG

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit dem Problem, wie eine unabhängige Ausübung der Gerichtsbarkeit im Falle Boliviens, wo die Justizorgane durch das Volk gewählt werden, zu gewährleisten ist. Dazu prüft er zunächst die modernen Forderungen zur Kontrolle der politischen Macht und der Grenzen ihrer Ausübung, um anschließend die Vor- und Nachteile der bolivianischen Richterauswahl – und Richterwahlsysteme zu untersuchen. Der Autor geht dabei insbesondere auf das rechtlich festgelegte Verfahren zur Wahl der Gerichte und des Plurinationalen Verfassungsgerichts in Bolivien ein. Dieser Abschnitt bietet Überlegungen und abschließende Empfehlungen zur Vermeidung von Risiken, die sich im Verlauf des Wahlverfahrens der Justizorgane in diesem Land ergeben könnten.

Abogado constitucionalista. Profesor universitario en Derecho Constitucional y Metodología de Investigación. Exdecano del Tribunal Constitucional. Conjuez de la Corte Superior de Chuquisca. Consultor internacional. Asesor en materia constitucional y de derechos humanos. Exmiembro del Consejo Preconstituyente y Autónomo de Bolivia. Expresidente de la Comisión Nacional para la Asamblea Constituyente del CONALAB. <ocram30002002@yahoo.es>

Schlagwörter: Rechtspflege, Staatsverfassung, ursprüngliches Campesino-Recht, Kontrolle des Wahlverfahrens, Verfassungskontrolle, Bolivien

ABSTRACT

This article analyzes the problem of ensuring independence in the administration of justice in Bolivia, where judicial authorities are elected by popular vote. In order to do so, it reviews the modern postulates regarding the control of political power and the limits to its exercise, after which it presents the advantages and disadvantages of the magistrate selection and election system in the judicial organ in Bolivia. Correspondingly, the author focuses on the legally established process for the election of authorities for the judicial organ and the Plurinational Constitutional Court in Bolivia. This section paves the way for some final reflections and recommendations for preventing the risks that may arise in the election process for the judicial organ of the country.

Keywords: administration of justice, political constitution, native peasant law, control of the electoral process, judicial review, Bolivia.

Es hora de que hagamos obras juntos y de que las hagamos bien, que “el hacer las cosas bien importa más que el hacerlas”.

Francisco Tomás y Valiente, citando a Antonio Machado

1. Antecedentes

Desde el fin del absolutismo, y asegurada la vigencia del Estado de derecho, el poder político ha tenido múltiples tareas para asegurar la forma de vida en comunidad que hoy conocemos como *democracia*. Entre sus roles más importantes, se le ha encargado la elaboración y continua adecuación de un sistema normativo que limite y mejore el ejercicio del poder.

Decía James Madison en *The Federalist*, n.º 51:

La meta de toda Constitución Política es, o debería ser, primero, procurar como gobernantes a hombres que cuenten con más sabiduría para discernir y más virtud para buscar el bien común de la sociedad [...] Al organizar un gobierno que ha de ser administrado por hombres para los hombres [...] primeramente hay que capacitar al gobierno para mandar sobre los gobernados, y luego obligarlo a que se regule a sí mismo.

Así también, los Principios Básicos de las Naciones Unidas Relativos a la Independencia de la Judicatura establecen:

1. La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura.

Ha sido tarea y preocupación de los teóricos del Estado buscar las formas, los artificios y artilugios para elegir a los mejores hombres (mujeres y varones) que accedan a la dirección del poder público, y, entre los órganos de gobierno, la función de impartir justicia ha merecido especial atención en cuanto a la conformación de los tribunales de justicia y la forma de selección de los jueces. Brevemente referiré algunas formas de organización del órgano judicial.

En vigencia del Estado republicano, los primeros magistrados fueron usualmente designados por el órgano más legitimado y representativo del pueblo soberano —los representantes del pueblo—, el órgano legislativo; esto ocurre en Perú, Colombia, Alemania (donde participan sus dos componentes, el Bundestag y el Bundesrat) y en casi todos los casos se exige mayoría calificada —dos tercios o mayoría absoluta—. A veces se designan a propuesta del Ejecutivo con ratificación del legislativo, como en los Estados Unidos, donde el presidente propone y el Senado ratifica. Hay formas más participativas, donde cada órgano tiene su *cuota*, como en Italia, Chile o El Salvador, y otras más corporativas, como en Honduras o Guatemala, donde además del Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial intervienen otras instituciones como el Colegio de Abogados, la universidad pública, corporaciones de trabajadores, de empresarios y otros grupos representativos de la población (que en Bolivia se denominarían *movimientos sociales*).

La elección de jueces que incorpora el principio de legitimidad en la función judicial ya se ha realizado sin mucho éxito en los Estados Unidos, según reconoce el propio Departamento de Estado, con mucha intromisión de grupos de interés. Al haberse demostrado que empresas e inclusive bufetes de abogados financiaban las campañas de los futuros administradores de justicia, esta práctica no se replicó en niveles superiores.

En Bolivia, por mandato constitucional, recientemente se han celebrado las primeras elecciones de los magistrados del órgano judicial, una experiencia interesante que seguramente merecerá el pronunciamiento de la comunidad académica.

2. La Constitución boliviana y el sistema de selección y elección de magistrados en Bolivia

Ante la crisis institucional del Poder Judicial, que tradicionalmente se había basado en la designación de magistrados por mayoría calificada del órgano legislativo (dos tercios), se identificó un problema recurrente que debilitaba la independencia de este órgano: la injerencia política. Como remedio a este gran mal orgánico y funcional, se pretendió desecher la intervención directa del legislativo y se decidió acudir al constituyente permanente —al pueblo— para que este elija a las autoridades jerárquicas del órgano judicial. A continuación corresponde un breve análisis del contenido constitucional, recordando que el propósito de la Asamblea Constituyente al diseñar esta modalidad de elección fue evitar la injerencia de los otros órganos en la conformación del judicial.

A continuación se citan y comentan artículos de la Constitución referidos al Tribunal Supremo de Justicia, que son aplicables también a los magistrados del Tribunal Agroambiental, del Consejo de la Magistratura y del Tribunal Constitucional Plurinacional.

Artículo 182

I. Las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidas y elegidos mediante sufragio universal.

La incorporación del pueblo soberano en la conformación del órgano judicial parece superar el añejo reparo que cuestionaba la legitimidad del Poder Judicial, que a diferencia del Ejecutivo y Legislativo no era integrado con la venia de la “voluntad popular”. Es indudable que esta renovada modalidad se basa en el principio democrático de legitimidad, recuperando para el ciudadano la potestad de decisión en la elección de sus autoridades (judiciales para el caso) y la formación del poder público.

De esta forma se procura fortalecer el principio de independencia de poderes (división en el ejercicio del poder público) sobre la base de la participación directa del pueblo soberano (principio de legitimidad). El único reparo que se podría oponer es la difícil adecuación de los instrumentos normativos y la organización del proceso, que permita alejar intereses foráneos y la intromisión de la política partidista.

La debilidad de esta modalidad reciclada (elección directa de las autoridades judiciales) es que pasa necesariamente por un mecanismo propio de la política partidista: el proceso electoral para alcanzar el voto universal.

II. La Asamblea Legislativa Plurinacional *efectuará por dos tercios de sus miembros presentes la preselección de las postulantes y los postulantes* por cada departamento y remitirá al órgano electoral la nómina de los precalificados para que éste proceda a la organización, única y exclusiva, del proceso electoral.

Este párrafo devuelve al Legislativo —Asamblea Legislativa Plurinacional— la capacidad de decidir (“preseleccionar”) quiénes deben ser los ciudadanos habilitados como candidatos y cuáles quedan eliminados. Además, este procedimiento requiere solamente una mayoría calificada debilitada (dos tercios de los miembros presentes), es decir que un reducido número de legisladores (quórum suficiente) define el listado de los bolivianos con derecho a participar como elegibles en la elección directa.

En sentido contrario a la finalidad de esta neomodalidad de elección de magistrados, que propone fortalecer la independencia de poderes, en este apartado se restituye al Legislativo la facultad de interferir en la formación del órgano judicial; en efecto, por previsión constitucional (artículo 184.3) las instancias de máxima jerarquía participan en la conformación de tribunales inferiores. Así se desnaturaliza la esencia de esta modalidad e indirectamente se retorna a la anterior. Nuevamente el Legislativo tiene la atribución constitucional de intervenir en la conformación del órgano judicial. Al encargarse a este la preselección de los postulantes a magistrados, ex profeso se deja a otro órgano, de naturaleza político-partidaria, decidir quiénes sí pueden participar en el proceso electoral, reconociéndole la autoridad para descalificar a unos y elaborar las nóminas de habilitados.

Abiertamente se filtra y menoscaba la base de esta neomodalidad fundada en la legitimidad del voto popular; de ahí que el diseño original quede defraudado, encubriendo a la modalidad anterior bajo el nomen de *preselección*. Es recomendable modificar este párrafo tan incoherente.

Por otra parte, la Carta encarga al Órgano Electoral Plurinacional la gestión privativa de todo el proceso de elección:

III. Las y los postulantes o persona alguna, *no podrán realizar campaña electoral* a favor de sus candidaturas, bajo sanción de inhabilitación. El Órgano Electoral será el único responsable de *difundir los méritos de las candidatas y los candidatos*.

En el afán de evitar la nociva intervención de los partidos políticos —y otros grupos de poder— y a la vez tratar de situar a la idoneidad como principal parámetro de elegibilidad, se prohíben las campañas a propios y extraños. Aunque las normas de desarrollo (Ley del Régimen Electoral y Reglamento del Régimen Especial de Propaganda) ratifican esta intención, es realmente complejo apartar a los interesados que deseen apoyar a sus elegibles, y hasta en contrario, evitar que se conspire para inhabilitar a algún candidato.

Se entiende que en un proceso previo a la preselección de los aspirantes, en alguna instancia académica adecuada y legitimada —comité o comisión— donde participen la Universidad, los Colegios de Abogados, asociaciones de jueces y otros (no debe intervenir el Legislativo y menos el Ejecutivo), se evaluarán las capacidades de los postulantes por medio de exámenes, entrevistas, debates, certámenes de oposición y otras modalidades que permitan sobresalir a los más idóneos. Como resultado de este importante proceso, tendrían que elaborarse síntesis de los méritos de cada participante, ponderando cualitativamente (calificando) y consignando los mejores puntajes en las nóminas de elegibles. Se supone que las impugnaciones a los postulantes —alegando cuestiones antiéticas— y los procedimientos para resolverlas, ya habrán sido previamente activados conforme a las normas reglamentarias.

Artículo 182

IV. Las magistradas y magistrados no podrán pertenecer a organizaciones políticas.

Descontando el párrafo II, el texto de este capítulo es coherente con el principio de independencia de poderes y en especial con la del órgano judicial. Esta prohibición se entiende como la afiliación formal a un partido político, que conste en los registros respectivos. La formalidad registral se cuestiona por cuanto muchos postulantes son reconocidos dirigentes y militantes no registrados; empero, los hechos notorios —publicaciones de prensa y otros medios de comunicación— permitirían impugnar y descalificar a los postulantes relacionados con partidos políticos.

V. Serán elegidas y elegidos las candidatas y los candidatos que obtengan *mayoría simple de votos*. La Presidenta o el Presidente del Estado ministrará posesión en sus cargos.

Este singular proceso electoral en el órgano judicial denota una enorme dispersión de votos entre 78 candidatos por papeleta (que pueden llegar hasta 80), separados en cuatro bloques, cada uno correspondiente a un subórgano: el Tribunal Supremo Electoral, el

Tribunal Agroambiental, el Consejo de la Magistratura y el Tribunal Constitucional Plurinacional —este último funcionalmente independiente del órgano judicial—.

Esta neomodalidad basada en la legitimación popular debe seguir sustentada en la participación y decisión mayoritaria. Así, el proceso electoral tendría que validarse en tres aspectos: 1) que participe más del 50% del electorado, 2) que la suma de los votos por los candidatos sea mayor que los votos blancos y nulos, y 3) que quienes obtengan la mayor votación en cada uno de los subórganos asuman la presidencia de estos directamente.

La simple mayoría ratificada llanamente por las normas de desarrollo no condice con el principio de legitimidad, cuya base es precisamente la amplia participación y mayoritaria decisión del pueblo soberano.

vi. Para optar a la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia será necesario cumplir con los requisitos generales establecidos para los servidores públicos: haber cumplido treinta años de *edad*, poseer *título de abogado*, haber *desempeñado, con honestidad y ética*, funciones judiciales, profesión de abogado o cátedra universitaria durante *ocho años* y no contar con sanción de *destitución del Consejo de la Magistratura*. Para la calificación de *méritos* se tomará en cuenta el haber ejercido la calidad de *autoridad originaria* bajo su sistema de justicia.

De este acápite se desprenden los requisitos comunes para todos los aspirantes a magistrado, a saber:

1. Tener como mínimo 30 años de edad, excepto para el Tribunal Constitucional Plurinacional, donde se exigen 35 años cumplidos (artículo 199.i).
2. Ser abogado/a, con acreditación del título respectivo, excepto para el Tribunal Constitucional Plurinacional y el Consejo de la Magistratura, aunque esta omisión constitucional fue subsanada por las leyes de desarrollo (n.ºs 27 de 2010 y 1836 de 1999) para el Tribunal Constitucional, y para el Consejo la Ley del Órgano Judicial ratificó que no es requisito contar con diploma académico para ser consejero. (Téngase en cuenta que no exigir que las Cortes deban ser conformadas por abogados implicaría la involución del sistema de control de constitucionalidad político.)
3. La honestidad y la ética podrían relacionarse con las impugnaciones, a fin de permitir que los ciudadanos denuncien cualquier aspecto referido a las cualidades morales de los postulantes.
4. La experiencia profesional mayor de ocho años —requisito común al Tribunal Constitucional y al Tribunal agroambiental— exige también especialidad en el área de conocimientos correspondiente, aunque se reitera que los consejeros de la Magistratura no requieren formación profesional.
5. El no haber sido procesado y sancionado por el régimen disciplinario es una condición propia de quienes hayan ejercido la administración de justicia, postulantes que abrazaron la carrera y la función judicial o que desempeñaron otras funciones dentro del órgano judicial.

Un aspecto relevante es la inclusión funcional de la cuestión indígena-originaria, ya que el Tribunal Constitucional Plurinacional viene a ser el punto de encuentro (la bisagra) entre la jurisdicción originaria y la jurisdicción ordinaria —recuérdese que de las

tres salas de este Tribunal existe una especializada para las causas emergentes de la jurisdicción originaria—. La presencia de indígenas en los tribunales de justicia y el Consejo de la Magistratura asume ínsitamente una acción afirmativa para asegurar la presencia de postulantes y candidatos, que se identifiquen con alguna de las 36 nacionalidades o hayan ejercido autoridad en las comunidades originarias.

VII. El sistema de prohibiciones e incompatibilidades aplicado a las Magistradas y a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia será el mismo que para los servidores públicos.

Los artículos constitucionales 238 y 239 también hacen referencia a la elegibilidad y las incompatibilidades en relación con los cargos públicos.

Artículo 238. No podrán acceder a cargos públicos electivos aquellas personas que incurran en las siguientes causales de inelegibilidad:

1. Quienes ocuparon u ocupen cargos directivos en empresas o corporaciones que tengan contratos o convenios con el Estado, y no hayan renunciado al menos tres meses antes al día de la elección.

2. Quienes hayan ocupado cargos directivos en empresas extranjeras transnacionales que tengan contratos o convenios con el Estado, y no hayan renunciado al menos cinco años antes al día de la elección.

3. Quienes ocupen cargos electivos, de designación o de libre nombramiento, que no hayan renunciado a éste, al menos tres meses antes al día de la elección, excepto el Presidente y el Vicepresidente de la República.

4. Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Boliviana en servicio activo que no hayan renunciado al menos tres meses antes al día de la elección.

5. Los ministros de cualquier culto religioso que no hayan renunciado al menos tres meses antes al día de la elección.

Artículo 239. Es incompatible con el ejercicio de la función pública:

1. La adquisición o arrendamiento de bienes públicos a nombre de la servidora pública o del servidor público, o de terceras personas.

2. La celebración de contratos administrativos o la obtención de otra clase de ventajas personales del Estado.

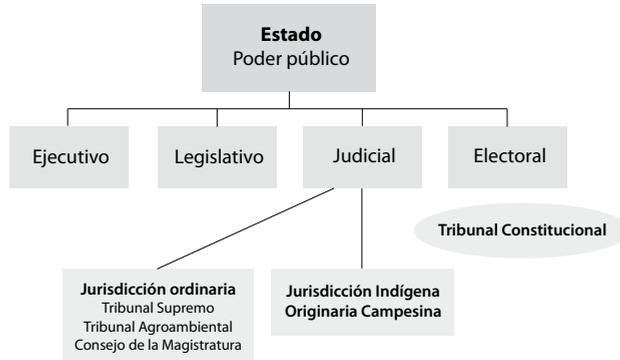
3. El ejercicio profesional como empleadas o empleados, apoderadas o apoderados, asesoras o asesores, gestoras o gestores de entidades, sociedades o empresas que tengan relación contractual con el Estado.

3. Proceso electoral

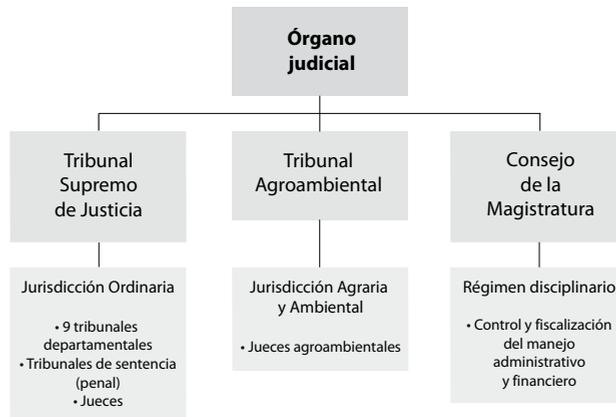
Antes de ingresar en el contenido de las normas de desarrollo constitucional, se debe comprender la nueva estructura del Estado boliviano.

Actualmente la Constitución establece que el poder público está distribuido a cuatro órganos de gobierno: la Asamblea Legislativa Plurinacional, el Ejecutivo, el Judicial y el Electoral. Se incorpora también al Tribunal Constitucional Plurinacional como órgano

independiente encargado —entre otras tareas— de resguardar la constitucionalidad del ejercicio del poder público (véase el organigrama).



La Ley de Desarrollo Constitucional (Ley del Régimen Electoral, n.o 26) prevé la elección simultánea de los magistrados de todos los subórganos que conforman el órgano judicial (Tribunal Supremo, Tribunal Agroambiental y Consejo de la Magistratura) y del Tribunal Constitucional Plurinacional. Se vota en listas separadas para cada uno de los tribunales, tres de ellos en circunscripción nacional —todos los ciudadanos— y el Tribunal Supremo en nueve circunscripciones departamentales (véase el segundo organigrama).



Publicada la convocatoria, se reciben postulaciones de los interesados y en el plazo de 60 días la Asamblea Legislativa Plurinacional —previa recepción y resolución de impugnaciones— selecciona a los postulantes y elabora un listado que contiene un máximo de 125 candidatos: 28 al Tribunal Constitucional Plurinacional, 28 al Tribunal Agroambiental, 15 al Consejo de la Magistratura y 54 al Tribunal Supremo de Justicia (6

por departamento). Se ratifican las observaciones al proceso de selección que implica la intromisión directa de un órgano político en la conformación del órgano judicial, con lo que se vulnera el principio de independencia.

LEY DEL RÉGIMEN ELECTORAL

LEY N.º 026

LEY DE 30 DE JUNIO DE 2010

CAPÍTULO V

ELECCIÓN DE AUTORIDADES DEL ÓRGANO JUDICIAL
Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL

Artículo 75 (OBJETO). El presente Capítulo regula la elección, mediante sufragio universal, de: Magistradas y Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia; Magistradas y Magistrados del Tribunal Agroambiental; Consejeras y Consejeros del Consejo de la Magistratura; y Magistradas y Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional.

Artículo 76 (CONVOCATORIA). El Tribunal Supremo Electoral emitirá la convocatoria al proceso electoral y publicará el calendario electoral.

Artículo 77 (ETAPAS DEL PROCESO ELECTORAL). *El proceso electoral se divide en dos etapas:*

- a) *La postulación y preselección de postulantes, con una duración de sesenta (60) días, y*
- b) *La organización y realización de la votación, con una duración de noventa (90) días.*

Artículo 78 (POSTULACIÓN Y PRESELECCIÓN DE POSTULANTES). La Asamblea Legislativa Plurinacional tiene la responsabilidad exclusiva de realizar la preselección de postulaciones. Finalizada esta etapa no se podrán realizar impugnaciones, denuncias, manifestaciones de apoyo o rechazo de las postulaciones.

La nómina de postulantes preseleccionados será remitida al Tribunal Supremo Electoral.

Artículo 79 (ORGANIZACIÓN DE LA VOTACIÓN). El Tribunal Supremo Electoral, luego de recibidas las nóminas de postulantes, organizará el proceso de votación según las siguientes previsiones:

I. Tribunal Supremo de Justicia

La elección se realizará en circunscripción departamental. En cada circunscripción se elegirá una Magistrada o Magistrado titular y una Magistrada o Magistrado suplente.

La Asamblea Legislativa Plurinacional preseleccionará hasta seis (6) postulantes para cada Departamento en dos listas separadas de mujeres y hombres. La Asamblea Legislativa Plurinacional *garantizará que el cincuenta por ciento 50% de las personas preseleccionadas sean mujeres y la presencia de al menos una persona de origen indígena originario campesino en cada lista.*

El orden de ubicación de postulantes en la franja correspondiente de la papeleta de sufragio se definirá mediante sorteo público realizado por el Tribunal Supremo Electoral.

Los electores emitirán dos (2) votos, uno en la lista de candidatas mujeres y otro en la lista de candidatos hombres.

Será electo como Magistrada o Magistrado titular en cada Departamento la *candidata o candidato que obtenga el mayor número de votos válidos de las dos listas*. Si el elegido es hombre, la mujer más votada de su lista será la Magistrada suplente. Si la elegida es mujer, el hombre más votado de su lista será el Magistrado suplente.

II. Tribunal Agroambiental

La elección se realizará en circunscripción nacional, en la cual *se elegirán siete (7) Magistradas o Magistrados titulares y siete (7) Magistradas o Magistrados suplentes*.

La Asamblea Legislativa Plurinacional preseleccionará *hasta veintiocho (28) postulantes*, garantizando que el cincuenta por ciento (50%) de las personas seleccionadas sean mujeres y *la inclusión de postulantes de origen indígena originario campesino*.

El orden de ubicación de las candidatas y candidatos en la franja correspondiente de la papeleta electoral se definirá mediante sorteo público realizado por el Tribunal Supremo Electoral.

Las Magistradas o Magistrados titulares serán las y los siete (7) postulantes que obtengan el mayor número de votos válidos. Las Magistradas o Magistrados suplentes serán las y los siguientes siete (7) en votación.

III. Consejo de la Magistratura

La elección se realizará en *circunscripción nacional, en la cual se elegirán cinco (5) miembros titulares y cinco (5) miembros suplentes*.

La Asamblea Legislativa Plurinacional preseleccionará hasta quince (15) postulantes, garantizando que el cincuenta por ciento (50%) de las personas preseleccionadas sean mujeres y *la inclusión de postulantes de origen indígena originario campesino*.

El orden de ubicación de las candidatas y candidatos en la franja correspondiente de la papeleta electoral se definirá mediante sorteo público realizado por el Tribunal Supremo Electoral.

Las Consejeras o Consejeros titulares serán las y los cinco (5) postulantes que obtengan el mayor número de votos válidos. Las Consejeras o Consejeros suplentes serán las y los siguientes cinco (5) en votación.

IV. Tribunal Constitucional Plurinacional

La elección se realizará en *circunscripción nacional, en la cual se elegirán siete (7) Magistradas o Magistrados titulares y siete (7) Magistradas o Magistrados suplentes*.

La Asamblea Legislativa Plurinacional preseleccionará veintiocho (28) postulantes garantizando que el cincuenta por ciento (50%) de las personas preseleccionadas sean mujeres y *la inclusión de postulantes de origen indígena originario campesino*.

El orden de ubicación de los postulantes en la franja correspondiente de la papeleta electoral se definirá mediante sorteo público realizado por el Tribunal Supremo Electoral.

Las Magistradas o Magistrados titulares serán las o los siete (7) postulantes que obtengan el mayor número de votos válidos. Las Magistradas o Magistrados suplentes serán las o los siguientes siete (7) en votación.

V. En caso de incumplimiento de las disposiciones establecidas para la pre-selección de postulantes, el Tribunal Supremo Electoral devolverá las listas a la Asamblea Legislativa Plurinacional para su corrección.

Artículo 80 (DIFUSIÓN DE MÉRITOS). El Tribunal Supremo Electoral es la única instancia autorizada para difundir los méritos de los postulantes seleccionados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, dentro de los cuarenta y cinco (45) días previos a la votación.

El Tribunal Supremo Electoral establecerá un formato único, impreso y audiovisual que garantice la igualdad de condiciones de todos los postulantes, durante el proceso de difusión de méritos.

El Tribunal Supremo Electoral difundirá, al menos, lo siguiente:

a) Una separata de prensa, en la que se presenten los méritos de cada una o uno de las o los postulantes, que se publicará en los diarios necesarios para garantizar su difusión en todo el territorio del Estado. La separata también será expuesta en todos los recintos electorales el día de la votación.

b) Los datos personales y principales méritos de cada una o uno de las o los postulantes, en los medios radiales que sean necesarios para garantizar la difusión en todo el territorio del Estado.

c) Los datos personales y principales méritos de cada una o uno de las o los postulantes, en los medios televisivos que sean necesarios para garantizar la difusión en todo el territorio del Estado.

Artículo 81 (DIFUSIÓN EN MEDIOS ESTATALES). Los medios audiovisuales de comunicación del Estado Plurinacional deberán disponer espacios para la difusión, por parte del Tribunal Supremo Electoral, de los datos personales y principales méritos de los postulantes. El Tribunal Supremo Electoral incluirá en el presupuesto del proceso la partida correspondiente para cubrir los costos de esta difusión.

Artículo 82 (PROHIBICIONES). En el marco del régimen especial de propaganda para los procesos de elección de autoridades del Órgano Judicial y del Tribunal Constitucional Plurinacional, se establecen las siguientes prohibiciones:

I. Las y los postulantes, desde el momento de su postulación, bajo sanción de inhabilitación, están prohibidos de:

a) Efectuar directa o indirectamente cualquier forma de campaña o propaganda relativa a su postulación, en medios de comunicación radiales, televisivos, escritos o espacios públicos;

b) Manifestar opinión ni tratar temas vinculados directa o indirectamente a su postulación en foros públicos, encuentros u otros de similar índole;

c) Emitir opinión a su favor, o a favor o en contra de otros postulantes, en medios de comunicación, radiales, televisivos, escritos o espacios públicos;

d) Dirigir, conducir o participar en programas radiales o televisivos, o mantener espacios informativos o de opinión en medios escritos; o

e) Acceder a entrevistas, por cualquier medio de comunicación, relacionadas con el cargo al que postula.

II. A partir de la convocatoria, los medios de comunicación, bajo sanción y sin perjuicio de su responsabilidad penal, están prohibidos de:

- a) Difundir documentos distintos a los producidos por el Órgano Electoral.
- b) Referirse específicamente a una o un postulante, en forma positiva o negativa.
- c) Generar espacios de opinión de ninguna índole sobre los postulantes.
- d) Dar espacios de opinión, conducción o participación en programas a cualquier postulante.

III. A partir de la convocatoria, ninguna persona particular, individual o colectiva, organización social, colegiada o política, podrá realizar campaña o propaganda a favor o en contra de alguna o algún postulante, por ningún medio de comunicación, incluyendo internet y mensajes masivos de texto por telefonía celular, constituyendo falta electoral sin perjuicio de su calificación penal.

IV. A partir de la convocatoria, ninguna autoridad o institución pública podrá emitir opiniones o realizar acciones que favorezcan o perjudiquen a alguna de las postulaciones, constituyendo falta electoral sin perjuicio de su calificación penal.

Artículo 83 (INHABILITACIÓN DE POSTULANTES). El Tribunal Supremo Electoral, de oficio o a solicitud de parte, dispondrá la inhabilitación inmediata de un postulante mediante Resolución fundamentada, dentro del plazo establecido en el calendario electoral, cuando se acredite que haya realizado o inducido campaña o propaganda electoral a su favor o en contra de otra, otro u otras u otros postulantes.

El procedimiento a ser aplicado para la inhabilitación de postulantes será el mismo que para la inhabilitación de candidaturas, en lo pertinente.

Artículo 84 (SANCIONES A LOS MEDIOS). El Tribunal Supremo Electoral, mediante Resolución fundamentada, sancionará al medio de comunicación que viole el régimen especial de propaganda para los procesos de elección de autoridades del Órgano Judicial y del Tribunal Constitucional Plurinacional, con su inhabilitación para emitir propaganda electoral en los siguientes dos procesos electorales, referendos o revocatorias de mandato.¹

Persistiendo en criticar la mácula constitucional que lamentablemente impregna a todo el proceso —intromisión directa del legislativo en la elección de magistrados—, se debe reconocer que las leyes de desarrollo contienen algunos aspectos positivos, entre ellos la aplicación obligatoria de la equidad de género y la inclusión —también obligatoria— de los indígenas en ámbitos judiciales. Como ejemplo, las listas para elegir magistrados en el Tribunal Supremo son duales: una columna para elegir entre candidatos varones y la otra para seleccionar una candidata mujer, además de asegurar la alternancia de género entre titulares y suplentes. Entre los postulantes clasificados como aptos, más de dos tercios se identificaron como indígenas.

Hoy es presidenta del Consejo de la Magistratura una mujer originaria que obtuvo el mayor número de votos entre todos los candidatos, otra mujer la acompaña como titular y cuando menos tres de los cinco consejeros se identifican como originarios.

1 Cursivas añadidas.

En el Tribunal Constitucional Plurinacional, de siete titulares, un indígena obtuvo la mayor votación, otro más lo secunda como titular y cuatro mujeres fungen como magistradas titulares.

El Tribunal Agroambiental, también de siete titulares, está regido por un originario que obtuvo la mayor votación en ese órgano, existe otra titular que se autoidentifica como indígena y tres mujeres más, las cuales conforman una mayoría de género en este órgano.

El Tribunal Supremo de Justicia, de nueve titulares, está integrado por cuatro mujeres y cuando menos existe autoidentificación de dos titulares como indígenas.

Muchos de los magistrados visten a la usanza de sus comunidades —sombrero, poncho y ojotas—, empuñando el bastón de mando que los distingue como autoridades originarias; también es parte de lo cotidiano ver tribunales presididos por mujeres o con mayoría de ellas. Esta modalidad de selección y elección de magistrados ha mejorado ampliamente la representatividad en estos órganos; ahora son más los originarios y las mujeres que los conforman. Empero, esta virtud política se asienta en el menoscabo de la cualificación profesional (la especialización académica y la experiencia).

La otra cara de la moneda muestra los aspectos negativos que rebasan a las pequeñas ventajas que otorga la legitimidad de la elección, o que entraña la elección por sí misma.

- La legitimidad, que es la mayor ventaja de esta neomodalidad de selección y elección de autoridades, se diluyó en el proceso electoral. Los resultados marcan una gran participación de electores, pero también un rotundo rechazo a la intromisión política. Frente a 1.758.283 votos válidos, hubo 579.363 blancos y 1.838.903 nulos, lo que evidencia que más de dos tercios de los ciudadanos estaban inconformes con el proceso electoral. Esto merma la legitimidad del órgano judicial, del mandato de los elegidos y cuestiona la modalidad de selección prevista en la Constitución.
- En el proceso de selección de candidatos ante el órgano legislativo se obviaron méritos académicos y experiencia. Hasta los tribunales examinadores estaban conformados por legos en derecho. Los pocos observadores acreditados de las Naciones Unidas expresaron su preocupación por el escaso nivel académico y la inexperiencia de la mayoría de los postulantes. Por si fuera poco, los propios examinadores reconocieron que valoraban más la procedencia étnica que la vocación o la capacidad.
- Aunque toda forma de campaña estaba prohibida, hubo un gran trabajo proselitista subrepticio. Pese a las denuncias, circularon listas de candidatos y propaganda abundante pero discreta. Indicadores como los números que individualizaban a los candidatos, la votación concentrada en el sector rural y otros coinciden con la capacidad del gobierno para apoyar a sus adeptos.
- La desinformación, debido a las cláusulas de censura de las normas de desarrollo, empeoró el complejo panorama. Los electores debíamos reconocer a más de un centenar de candidatos, escuchar sus propuestas y evaluar sus méritos. En un Estado con altos índices de analfabetismo, no se puede esperar que el pueblo conozca las funciones de los subórganos judiciales y del Tribunal Constitucional Plurinacional.

4. Supuestos necesarios

Aunque ya culminó el proceso para elegir a las autoridades jerárquicas del órgano judicial y las nuevas autoridades ejercen sus funciones, vale la pena reflexionar sobre este tema, principalmente para advertir sobre los riesgos y conflictos que podrían ser evitados.

4.1. El órgano judicial no es parte del esquema del poder político

A partir de la obra del barón de Montesquieu *Del espíritu de las leyes*, se ha estandarizado el sistema tripartito de distribución del poder público plasmado en el principio de división en el ejercicio del poder, directriz estructural asumida por la mayoría de los Estados en el mundo entero. Partiendo de esta teoría, y pese a la incorporación de uno o dos órganos al esquema estatal —como el Poder Electoral y el Poder Ciudadano en Venezuela—, es fácil identificar a dos de estos órganos como eminentemente políticos: son aquellos elegidos por el voto popular y con base en un sistema de partidos políticos —redundancia necesaria—. Los candidatos al Legislativo y al Ejecutivo se identifican y pertenecen a una estructura política.

El otro órgano, también denominado Poder Judicial, por la función que ejerce y el rol que desempeña por mandato constitucional, no debe, a riesgo de caos, relacionarse con la estructura político-partidista. Tomar el órgano judicial como botín político implicaría la deformación de la democracia en totalitarismo al quebrantarse el sistema de frenos y contrapesos (*checks and balances*) y, como efecto más nocivo todavía, vulneraría el principio básico de independencia en la administración de justicia.

Cabe hacer notar que actualmente y desde la consolidación del control de constitucionalidad —difuso o concentrado—, el órgano más efectivo en el sistema de control horizontal del poder es el máximo tribunal de justicia constitucional (cortes, tribunales o salas especializadas). Incluir al órgano judicial dentro del esquema político-partidista significaría el acabose del Estado de derecho (o Estado constitucional para los *neoconstitucionalistas*), por cuanto se perforarían todos los principios constitucionales y legales previstos para impartir justicia y ejercer el control de constitucionalidad. En la vieja alegoría de Karl Loewenstein (*Teoría de la Constitución*), sería como entregar el jardín a los conejos.

Dice el profesor Néstor Pedro Sagüés, citando a Vanossi:

[...] para que funcione un auténtico proceso de control de constitucionalidad, el órgano de control no sólo tiene que resultar *distinto del órgano controlado*, sino que además debe ser autónomo de éste, y no depender de él. Si hay subordinación, “es absolutamente ingenuo pensar que estando sujeto el controlante al controlado pueda ejercer uno sobre otro función de control.

4.2. Condiciones para ser magistrado

Descontando los requisitos formales que las normas establecen, la función de las autoridades judiciales elegibles connota múltiples responsabilidades y exige también capacidades imprescindibles. Perfilando a los futuros magistrados, a partir de los artículos 144. II.2 y 232 a 240 de la CPE, se tienen los siguientes requisitos:

- a. Honestidad: virtud interna prevista como principio constitucional, que también está directamente relacionada con los principios de probidad, imparcialidad, transparencia, ética y legalidad.
- b. Idoneidad: talentos que corresponden a los principios constitucionales de competencia, responsabilidad, eficiencia y resultados.
- c. Vocación: aptitud para desempeñar la función pública que conlleva los principios constitucionales de compromiso e interés social, calidad, calidez y publicidad.

Las dos últimas pueden verificarse y medirse a partir de pruebas y entrevistas donde los postulantes a magistrados demostrarán sus condiciones *técnicas* para el ejercicio de la función judicial —tendrían que ser selectivas de acuerdo al cargo— y la relación con la comunidad y sus instituciones. Empero, el factor más importante —la honestidad—, garantía de independencia e imparcialidad, deberá auscultarse minuciosamente a partir de *todos* los antecedentes de la persona; contará su vida personal, familiar, profesional, religiosa, etc. (entendida como cualquier otro factor que avale la moralidad del postulante).

4.3. Información al pueblo

Respaldado en las numerosas actividades electorales que se han llevado adelante en vigencia plena de la democracia participativa —elecciones nacionales, departamentales y municipales, referendos y hasta revocatorias de mandato—, parecería que el pueblo boliviano hubiese desarrollado un alto grado de cultura política y en particular *destrezas electorales* (la votación en doble papeleta para dos cuestiones diferentes, el alto índice de voto cruzado, la mayoritaria participación de la población). Estos indicadores tendrían que apuntar a un alto grado de conocimiento y compromiso con el derecho de ciudadanía: “Elegir y ser elegido”.

No obstante, con base en lo expuesto en el punto 4.1, no se trata de una elección cualquiera, no es una repetición de procedimientos electorales: se trata de la inédita elección de autoridades judiciales, un ensayo histórico del que dependen la democracia y la justicia en Bolivia. Habrá que diferenciar candidatos de postulantes, propuestas de campaña de propósitos principistas, picardía politiquera de cualidades profesionales, popularidad discursiva de carisma y lealtad.

Queda una enorme tarea que desempeñar para que el pueblo conozca la importancia de cada uno de los subórganos judiciales y de la justicia constitucional, su estructura y funcionamiento; un sinnúmero de mecanismos que implementar para que todos los postulantes participen en igualdad de condiciones, sean correctamente evaluados y sobre todo adecuadamente presentados a los electores por los medios de comunicación.

5. Conclusiones

- El interés político siempre tenderá a la hegemonía del poder, no cesará en su afán de controlar o avasallar a quienes pretendan imponerle los límites constitucionales. Es natural su tendencia a imponerse y subordinar a los demás órganos de gobierno, de ahí que persistirán las presiones y tensiones sobre los tribunales y jueces, y sobre las formas de elección de estos.
- Existen diversas formas de elección de autoridades judiciales; en todas se trata de garantizar el principio de independencia. Sin embargo, no existe un mecanismo perfecto. La modalidad de elección más aceptable deberá establecer reglas claras y mecanismos apropiados que valoren el conocimiento especializado y la experiencia; así también tenderá a seleccionar a quienes hayan demostrado honestidad y vocación de servicio.
- La selección y elección de magistrados que contempla la Constitución boliviana plantea un escenario propiamente político: convencer a los electores, preparar campañas (aunque veladas), descalificar a otros candidatos y contar con aparatos proselitistas. Efectivamente, en este proceso electoral se ha verificado una gran injerencia de partidos políticos y del gobierno en apoyo a sus candidatos.
- La intervención previa de la Asamblea Legislativa Plurinacional en el filtro de los postulantes trae consigo todas las desventajas que se atribuyen a la intromisión política y la vulneración del principio de independencia de poderes.

6. Recomendaciones

Aunque la idoneidad y la honestidad persisten como principios en la actual Constitución, transcribo parte del artículo 180 de la CPE abrogada: “[...] de modo que sean la vocación y la capacidad las condiciones que prevalezcan sobre la posición social y económica” (y la militancia política, agregaría).

En todas partes del mundo se piensan y cavilan modos y mecanismos para garantizar el principio de independencia de la administración de justicia y la idoneidad de los jueces; pero como siempre, ninguno es infalible. Al final, *son la condición moral de la persona, sus valores y convicciones los que sabrán imponerse o subordinarse al influjo del poder político o económico*. Empero, debemos seguir discutiendo en nuevos mecanismos y modalidades que mejoren los sistemas de conformación de los tribunales de justicia, madurando un esquema que permita garantizar el principio de independencia, la honestidad e idoneidad de los jueces. Como diría Giovanni Sartori en su obra *Ingeniería constitucional*: “Es cierto que sistemas y mecanismos no hacen milagros, pero difícil será gobernar bien sin buenos instrumentos de gobierno”.

Lucas L. Moroni Romero (Argentina)*

Crisis constitucional de la ética pública**

RESUMEN

El presente artículo tiene por objeto presentar una mirada teórica y práctica de la ética pública en la República Argentina, buscando demostrar la distancia que existe entre ambas dimensiones, lo que evidencia una crisis material en torno a ella. En tal sentido, se destacan el alcance y las características de la ética aplicada a la administración pública y a la política, el marco regulatorio y la jerarquía constitucional de que esta goza en Argentina. Se analiza especialmente el flagelo de la corrupción en general y, en particular, en dicho país.

Palabras clave: ética pública, reforma constitucional, administración pública, control constitucional, corrupción política, Argentina.

ZUSAMMENFASSUNG

Gegenstand des Beitrags ist eine theoretische und praktische Analyse der öffentlichen Ethik in Argentinien mit dem Ziel, die Distanz zwischen diesen beiden Dimensionen darzulegen, in der die Krise hinsichtlich ihrer materiellen Umsetzung zum Ausdruck kommt. Unter diesem Gesichtspunkt werden die Bedeutung und die Besonderheiten der auf die öffentliche Verwaltung und die Politik angewendeten Ethik sowie ihr Regulierungsrahmen und der Verfassungsrang, den sie in Argentinien genießt, betont. Dabei wird schwerpunktmäßig auf die Geißel der Korruption im Allgemeinen und in dem betrachteten Land im Besonderen eingegangen.

Schlagwörter: Öffentliche Ethik, Verfassungsreform, öffentliche Verwaltung, Verfassungskontrolle, politische Korruption, Argentinien.

* Abogado por la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba y de Derecho Procesal Constitucional en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. lucasmoroni@hotmail.com

** El presente artículo es la base de la exposición del autor en el congreso *La ética jurídica, pilar del Estado de derecho*, organizado por la Fundación Konrad Adenauer y la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, Montevideo, 3 y 4 de octubre de 2011.

ABSTRACT

The goal of this article is to present a theoretical and practical perspective of public ethics in the Argentine Republic in order to show the gap between both dimensions which indicates the existence of a real crisis. Thus, issues to be highlighted include: the scope and characteristics of ethics when applied to public administration and politics, the legal framework and the constitutional hierarchy that it enjoys in Argentina. Special analysis is devoted to the scourge of corruption in general and in Argentina in particular.

Keywords: public ethics; constitutional reform; public administration; constitutional control; political corruption; Argentina

1. Introducción

La ética ha sido objeto de análisis desde distintas y variadas perspectivas. Se pueden observar enfoques que van desde lo jurídico a lo político, pasando por los tradicionales como son el sociológico, el filosófico y el antropológico.

No obstante ello, nuestra mirada busca desentrañar el estado actual en torno a la ética pública, es decir, la ética aplicada en los servidores públicos, entendidos como aquellas personas que ocupan un cargo público ya sea por elección, oposición u otro medio dispuesto por las normas, y que tienen una responsabilidad ante el Estado.

La ética pública se refiere entonces a los actos humanos realizados por gobernantes y funcionarios públicos en el cumplimiento del deber.

El presente análisis busca hacer un examen crítico desde la realidad, para demostrar la situación de la ética pública en la República Argentina, partiendo del hecho de que son tan repetidas las violaciones que a diario se dan en todas las áreas de la vida social que, por mucho que se diga en el plano del deber ser que existen normas éticas que los agentes del Estado deben respetar, la realidad muchas veces muestra su falta de atención y la mirada parcial, frente a la veneración que debería existir en torno de los principios éticos que desde el plano teórico gobiernan la función pública.

2. Marco teórico general de la ética pública

La ética es la disciplina de conocimiento que tiene como objeto el estudio de los caracteres, hábitos, actitudes y costumbres del ser humano. Toma su nombre de la palabra *ethos*, que significa 'costumbre' o 'hábito'.

No obstante ello, podemos definirla como ese conjunto de principios y normas morales que regulan las actividades humanas de acuerdo con la recta razón, de tal manera que es la primera entre todas las ciencias prácticas. Más que como una reglamentación, debe entenderse como la fuente de las cualidades, la disposición al hábito moral y la adecuación personal al ideal humano.

Ahora bien, en el momento en que la ética es aplicada al ámbito público se denomina *ética pública* o *ética para la política y la administración pública*.

Así aplicada, es de vital importancia porque tiene como eje la idea de *servicio*, es decir, estudia el comportamiento de los funcionarios en orden a la finalidad de servicio público que le es inherente. Es la ciencia que trata de la moralidad de los actos realizados por los agentes que administran la cosa pública.

Es además un fuerte mecanismo de fiscalización de las arbitrariedades y antivalores llevados a cabo en el uso del poder político. Es un factor esencial para la creación y el mantenimiento de la confianza en la administración y sus instituciones, a la vez de vital importancia para elevar la calidad de la política y la gestión pública gracias a la conducta honesta, eficiente e íntegra de los agentes públicos.

La idea de servicio a la colectividad —en definitiva, a los demás— es el eje de la ética pública, como lo es la conservación del bien común. Esta idea de servicio al público es el fundamento constitucional de la administración y debe conectarse con una gestión que realiza prestaciones de calidad y promueve el ejercicio de los derechos fundamentales a los ciudadanos. Una administración que se mueva en esta doble perspectiva debe estar compuesta por personas convencidas de que la calidad de los servicios que se ofertan tiene mucho que ver con el trabajo bien terminado y que es necesario encontrar los intereses legítimos de los ciudadanos en los múltiples casos que hay que resolver.

La tarea pública moderna del Estado social y democrático significa, en última instancia, asumir el protagonismo de sentirse responsables, en función de la posición que se ocupe en el engranaje administrativo, de sacar adelante los intereses de carácter colectivo.

En un Estado social y democrático de derecho, la administración ya no es dueña del interés público sino que está llamada a articular una adecuada intercomunicación con los agentes sociales para definir las políticas públicas. Desde esta perspectiva puede entenderse mejor la función promocional de los poderes públicos, cuya misión es crear un clima en el que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos fundamentales y puedan colaborar con la propia Administración en la gestión de los intereses generales. En este contexto, seguramente estaremos más cerca de un aparato estatal que oferte servicios de calidad y que promueva los derechos fundamentales de los ciudadanos.

La ética pública se mueve en la frontera con la ley y el derecho.¹ La ética hace referencia a valores objetivos que trascienden a la persona y que hacen referencia al comportamiento de los individuos. Se puede decir, en palabras de Meilán Gil, que el derecho es insuficiente para cubrir toda la actuación del funcionario y para remediar los perjuicios de lo que no es conforme a los cánones del buen gobierno, sobre todo en un contexto de creciente complejidad en el que la eficacia debe estar integrada en la legalidad y en los valores del servicio público. La ética supone la existencia de unos valores que van más allá del derecho.²

De ahí la cada vez más evidente necesidad de una ética pública que debe configurarse como una “ética de máximos”, fundada en principios o declaraciones universales que deben servir de guía para la reflexión, la comprensión moral y la

¹ Jaime Rodríguez-Arana Muñoz: *La ética en la administración pública*, Santiago de Compostela: Xunta de Galicia, 1995, pp. 17-18.

² José Luis Meilán Gil: “Ética pública e formación de funcionarios”, *Revista Gallega de Administración Pública*, n.º 7, 1994, p. 50.

actuación pública, en contra posición a una “ética de mínimos” basada en la mera formulación negativa de lo que no se puede hacer.

Los principios éticos para la acción administrativa no deben ser contemplados como restricciones para la actividad pública. Deben ser interpretados como garantías para una mejor gestión pública y como una oportunidad importante para que los ciudadanos sean más conscientes de que la Administración es una función de servicio y que únicamente busca la satisfacción de los intereses colectivos.³

En este contexto, me permito sintetizar los principios y/o presupuestos esenciales que deben reinar en la ética pública.

- a. Se requieren procesos selectivos para el ingreso y la carrera en la función pública, donde predominen la capacidad y el mérito.
- b. Al tratarse de una labor en beneficio de otros, debe existir una formación continua en los agentes en torno a que el trabajo debe realizarse con el máximo grado de perfección.
- c. El clima laboral debe estar guiado por la buena educación y un trato correcto.
- d. Deben predominar la mentalidad y la actitud natural de servicio.
- e. Un comportamiento ético debe estar presidido por la búsqueda de fórmulas más eficientes y económicas en el desarrollo de la gestión pública.
- f. Deben respetarse los principios de igualdad y no discriminación.
- g. El funcionario debe actuar como servidor público y no transmitir información privilegiada o de carácter confidencial. Debe guardar el silencio de oficio.
- h. En todo agente de la Administración debe estar presente la idea de no recibir retribuciones distintas a la oficial que proporciona el organismo en que se trabaja.
- i. El Estado social y democrático de derecho requiere formación permanente en ética pública como un ingrediente imprescindible en los planes de capacitación para los funcionarios, para hacer posible un perfeccionamiento integral que permita a los ciudadanos el ejercicio efectivo de todos sus derechos fundamentales.

Las administraciones públicas deberán fomentar modelos de conducta que integren valores éticos del servicio público en la actuación profesional y en las relaciones de los agentes con los ciudadanos.

La ética pública supone la enseñanza de un conjunto de conocimientos que deben convertirse en un hábito para el funcionario. No se trata de transmitir ideas tan interesantes como la lealtad institucional, la igualdad, la transparencia, el uso racional de los recursos, la promoción de los derechos fundamentales de los ciudadanos, etcétera. Es imprescindible que la actividad del funcionario esté guiada por un conjunto de valores humanos inseparablemente unidos a la idea del servicio y que indudablemente facilitan la sensibilidad ante lo público. Se trata de virtudes tan trascendentes como la laboriosidad, la solidaridad, la magnanimidad o la modestia, entre otras.⁴

³ Rodríguez-Arana Muñoz: o. cit., p. 19.

⁴ *Ibidem*, p. 23.

3. Régimen de la ética pública argentina

Con la reforma constitucional argentina de 1994 se incorporó en el nuevo artículo 36 una disposición que contempla claramente dos supuestos. Por un lado, en su primera parte, protege el orden constitucional y el sistema democrático contra los actos de fuerza interruptivos de la normalidad institucional; para ello declara la nulidad de los actos que pudieran realizarse en su consecuencia, la inhabilitación a perpetuidad de los autores y de quienes usurpen funciones, y consagra, adicionalmente, el derecho de resistencia. Por otro lado, sanciona los actos de corrupción contra el Estado argentino como una grave falta a la ética pública, a tal punto que señala dicho accionar como atentatorio no solo del Estado sino del orden democrático en general.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre este aspecto ha dicho:

Los valores republicanos y democráticos se encuentran expresamente incorporados al ordenamiento jurídico argentino a nivel constitucional (arts 29 y 36) y esos principios iluminan todo el sistema jurídico, de allí se deriva que es una pauta ética valiosa y necesaria que los funcionarios públicos posean dichos valores democráticos y republicanos y que no hayan participado en hechos que impliquen alzarse contra los poderes constitucionalmente constituidos y ejercer la suma del poder público, por ello, quien pueda ser encuadrado en esa situación objetiva no posee los requisitos éticos que integran el concepto de idoneidad del art. 16 de la Constitución Nacional, como recaudo excluyente para el acceso a la función pública.⁵

A mayor abundamiento se transcribe la parte pertinente de la cláusula prevista en el artículo 36 de la Constitución Nacional:

[...] Atentará contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos.

El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función.

No obstante, cabe destacar que la regulación de la ética pública en la Constitución Nacional no es patrimonio exclusivo de la Convención Reformadora de 1994. Diversas disposiciones datan incluso de su sanción en 1853. Y es natural que así sea, pues uno de los postulados de la democracia es el *presupuesto ético*.⁶

En este sentido, se destacan el requisito de idoneidad para asumir empleos públicos (artículo 16 de la CN), el sometimiento a la autoridad de los magistrados de aquellas acciones que ofendan el orden y la moral públicos y perjudiquen a terceros (artículo 19 de la CN), la norma que permite a cada Cámara del Congreso Nacional corregir y excluir de

⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación: *Fallos*, n.º 330. p. 3160.

⁶ Néstor P. Sagüés: "El factor ético: presupuesto de la democracia", en *Los presupuestos de la democracia. Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Político*, Buenos Aires: Cuadernos El Derecho, 1979.

su seno a los miembros que incurran en desorden de conducta o inhabilidad física o moral sobreviniente (actual artículo 66, ex 58, de la CN), las causales de juicio político como el mal desempeño (actuales artículos 53, 59 y 60, ex 45, 51 y 52, de la CN) y la obligación de los magistrados judiciales de tener buena conducta para mantenerse en sus cargos (artículo 110 de la CN).

Si bien el ordenamiento constitucional anterior a 1994 no era una normativa ética-mente neutral,⁷ es cierto que la mención expresa de “ética pública” en nuestra Ley Suprema se produce recién con la entrada en vigencia de la reforma aludida.

En efecto, como hemos señalado, la expresión relacionada surge en el artículo 36 de la CN. De esta manera, al insertarse la cláusula ética en la Constitución, se creó un espacio propicio para la aparición de otros instrumentos normativos que continuaron con la línea trazada por el constituyente de 1994.⁸

En esta línea de pensamiento, en el afán de seguir desentrañando el marco normativo que regula la ética pública en Argentina, resulta didáctico seguir el criterio jerárquico de las normas diseñado en el ordenamiento jurídico argentino.

Corresponde mencionar, en primer lugar, los instrumentos internacionales que la República Argentina celebra con otros Estados y que, por expresa disposición del artículo 75, inciso 22, de la CN, gozan de jerarquía suprallegal.

En este contexto, cabe destacar que el Congreso Argentino, mediante la ley 24759, aprobó en diciembre de 1996 la Convención Interamericana contra la Corrupción, que intenta dar respuesta sistemática al problema por medio de la prevención y sanción de la corrupción administrativa.

Con ese fin se desarrollan mecanismos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción, y los Estados firmantes se comprometen a cooperar para asegurar la eficacia de las medidas que se propone adoptar.

Asimismo, el Congreso Argentino, mediante la ley 25319, aprobó en el año 2000 un nuevo tratado internacional de estrecha vinculación con la protección de la ética pública: la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales. Con su suscripción, cada Estado signatario se obliga a tipificar penalmente el delito de cohecho a un funcionario público extranjero y a tomar las medidas conducentes para determinar la responsabilidad de las personas jurídicas que lo cometan.

Por otra parte, siguiendo la idea de ir descubriendo el marco normativo de la ética pública en Argentina, ya en el plano del derecho interno resulta de singular interés la norma que en definitiva reglamentó la manda constitucional dispuesta en el artículo 36 de la CN. Se trata de la ley 25188, de noviembre de 1999, conocida como Ley de Ética de la Función Pública.

Esta legislación establece un conjunto de deberes y pautas de comportamiento ético de seguimiento para los funcionarios públicos que pertenezcan a cualquiera de los

7 Ricardo Alberto Muñoz: “La cláusula ética y los derechos fundamentales”, ponencia en el XVIII Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Constitucional, Paraná, 2007.

8 Federico Nielsen y Julio Pablo Comadira: “Apuntes sobre los principios de la ética pública en el derecho argentino”, en <www.reforma-politica.com.ar> (visitado el 13 de agosto de 2004).

poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial o incluso cualquiera de los órganos extrapoder de la Nación), a la vez que prevé un régimen de incompatibilidades y conflictos de intereses.

En este sentido, se puede destacar la obligación de: a) cumplir y hacer cumplir estrictamente la Constitución Nacional, las leyes y los reglamentos que en su consecuencia se dicten y defender el sistema republicano y democrático de gobierno; b) desempeñarse con honestidad, probidad, rectitud, buena fe y austeridad republicana; c) velar en todos sus actos por los intereses del Estado, orientados a la satisfacción del bienestar general, privilegiando de esa manera el interés público sobre el particular; d) no recibir ningún beneficio personal indebido vinculado a la realización, retardo u omisión de un acto inherente a sus funciones, ni imponer condiciones especiales que deriven en ello; e) fundar sus actos y mostrar la mayor transparencia en las decisiones adoptadas sin restringir información, a menos que una norma o el interés público claramente lo exijan; f) proteger y conservar la propiedad del Estado y solo emplear sus bienes con los fines autorizados; g) abstenerse de utilizar información adquirida en el cumplimiento de sus funciones para realizar actividades no relacionadas con sus tareas oficiales o de permitir su uso en beneficio de intereses privados, y h) abstenerse de usar las instalaciones y servicios del Estado para su beneficio particular o para el de sus familiares, allegados o personas ajenas a la función oficial, a fin de avalar o promover algún producto, servicio o empresa.

Asimismo, la norma instauro el régimen de presentación de declaraciones juradas patrimoniales de cumplimiento obligatorio para todo funcionario ahí indicado, especificando los requisitos y las sanciones en caso de incumplimiento.

Por otra parte, dentro del marco normativo de la ética pública argentina se destacan las previsiones del régimen de empleo público establecido en la ley 25164, que entre sus normas refleja un claro objetivo de preservar una actuación acorde con los principios éticos.

Resta señalar nominalmente los decretos del Poder Ejecutivo 164/99, reglamentario de la Ley de Ética en la Función Pública, 41/99, que aprueba el Código de Ética para la Función Pública. Este rige para todos los agentes del Poder Ejecutivo en la medida en que sus disposiciones no sean contradictorias con la Ley de Ética de la Función Pública y su reglamentación y 229/00, que creó el Programa Carta Compromiso con el Ciudadano.

4. La corrupción

El acto de corrupción consiste en la violación de un deber posicional realizado por quien ostenta un cargo o cumple alguna función determinada por cierto sistema de reglas, efectuada con motivo del ejercicio del cargo o del cumplimiento de la función y realizada en un marco de discreción, con el objeto de lograr algún beneficio extraposicional.⁹

9 Jorge Malem Seña: *La corrupción política*, Barcelona, 1997.

Sin embargo, no puede soslayarse que cualquier enfoque que se haga de la corrupción debe ser de carácter multidisciplinario y no meramente jurídico, pues sus causas son multívocas, aunque en todos los casos se originan en la degradación de los valores morales y éticos, en virtud del triunfo del materialismo exacerbado, el relativismo y el hedonismo.

Es que en el mundo actual se pone el acento en lo que uno tiene y no en lo que es, y el relativismo extremo, por otra parte, hace que los juicios de valor siempre dependan de la vara del juzgador, habida cuenta de que, de acuerdo con esta concepción, no hay nada que pueda catalogarse de correcto de una manera apriorística y ninguna persona tiene autoridad para hacerlo. El trasplante de esos razonamientos al campo de la ética nos impone el subjetivismo y nos obliga a descartar teorías de tipo objetivo.¹⁰

Ahora bien, no puede dudarse de que la corrupción se erige como el gran flagelo de los valores esenciales de la ética pública. A tal punto que, para consagrar esta con jerarquía constitucional, el constituyente argentino de 1994 eligió el camino de reflejar en la Ley Fundamental la sanción a los actos de corrupción (artículo 36 de la CN).

En este contexto, Carlos H. Valdez resalta:

Si se vincula el texto de la norma con las manifestaciones que hicieron los miembros informantes de la Convención Reformadora de 1994 surge claro que se refiere a los llamados actos de corrupción. Estos importan: a) Determinados tipos de comportamientos y/o resultados que son transgresiones al orden jurídico vigente; b) en su caso, son atentados a las normas que dan regularidad a los procedimientos de la acción estatal; c) del mismo modo tales conductas (u omisiones) se convierten en violaciones a las pautas que expresamente refieren a la crisis de conducta legal y ética de parte de los funcionarios públicos e inclusive de los particulares (Actas: intervención de los constituyentes Antonio Cafiero y Juan Carlos Maqueda).¹¹

El término *corrupción* proviene del vocablo latino *corrompere*, que quiere decir ‘echar a perder’; es decir, alude a la acción de producir alteraciones en una cosa degradándola o volviéndola mala.

Las formas que adopta la corrupción permiten formular una suerte de clasificación de conductas. A título ejemplificativo pueden mencionarse: lavado de dinero, gastos reservados, distracción de recursos públicos para uso privado, distracción de recursos públicos para financiamiento de campañas electorales, tráfico de influencias y mantenimiento de privilegios e incentivos que favorecen exclusivamente a las clases dirigentes y socialmente poderosas, nepotismo (dar preferencia a familiares y amigos para cargos públicos), establecimiento de sobrepagos en la ejecución de proyectos, fraudes tributa-

¹⁰ Alfonso Buteler: “La eficacia de los organismos de control de ética pública y anticorrupción”, en *Cuestiones de control de la Administración Pública*, Buenos Aires: Universidad Austral, Facultad de Derecho, 2010, p. 530.

¹¹ Carlos Hugo Valdez: “La defensa del sistema democrático (a propósito del delito de corrupción)”, en *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles. Libro en reconocimiento al Dr. Germán Bidart Campos*, Buenos Aires: Ediar, 2003, p. 942.

rios, aceptación de dinero, recompensas o regalos por el otorgamiento o la adjudicación de un contrato.

No resulta baladí la distinción formulada por Mariano Grondona entre *actos corruptos* y *estado de corrupción*. Los primeros son aquellos conflictos de intereses en que una persona, especialmente cuando está obligada moral y jurídicamente hacia un interés ajeno, lo pospone en función de un interés propio. El segundo, en cambio, existe cuando la habitualidad de los actos corruptos se convierte en un sistema. Si en los actos corruptos lo que se desnaturaliza es la acción, en el estado de corrupción se transforma el propio Estado, cuya finalidad es servir al bien común, en un instrumento en provecho de pocos.¹²

En este contexto, la *anomia* se presenta también como un estado de corrupción. Se manifiesta como el incumplimiento reiterado de normas por parte de autoridades públicas, lo que conspira contra el Estado social y democrático de derecho y el desarrollo y crecimiento con justicia de la sociedad, toda vez que provoca un ambiente generalizado de desorden y genera efectos negativos tanto en aspectos políticos e institucionales como sociales y económicos.

En términos generales es posible reconocer que un sistema es corrupto cuando el interés privado o particular de los funcionarios estatales prevalece sobre el interés público o interfiere con él.

Es que algunos funcionarios o empleados públicos ven la función estatal como la oportunidad para beneficiarse a sí mismos, a sus familiares, a un partido político, etcétera, dejando absolutamente de lado los valores éticos que deben impregnar su gestión pública. Su actuar no está ya incardinado a alcanzar el interés de la comunidad, sino el propio. Esas personas no se sienten como servidores que sufren ante las carencias de los ciudadanos, sino que estas les son indiferentes. Han perdido la sensibilidad y, por ende, la capacidad de ver que detrás de un problema o expediente administrativo existe una persona, un ciudadano al cual prestar atención.¹³

5. Crisis material de la ética pública

Hemos desarrollado hasta aquí el marco teórico de la ética pública, repasando la regulación jurídica nacional e internacional con vigencia en la República Argentina que destaca los valores y principios éticos que deben reinar en la función pública y establece sanciones por su incumplimiento.

De la misma forma, con una mirada objetiva afirmamos que el gran flagelo de la ética pública es la corrupción, sea que se manifieste como acto o como estado.

Sin embargo, todo lo expuesto brinda una imagen teórica, objetiva y hasta ideal basada en los valores y principios éticos que deben estar presentes en la gestión pública. Pero la realidad, lo que sucede en la práctica de Argentina y de muchos lugares del mundo, dista muchísimo de ese marco ideal; es decir, hay una gran distancia entre lo que se dice y lo que se hace.

¹² Mariano Grondona: *La corrupción*, Buenos Aires: Planeta, 1993.

¹³ Jaime Rodríguez-Arana Muñoz: *Ética, poder y Estado*, Buenos Aires: RAP, 2004, p. 172.

El escritor Eduardo Galeano comenta que tan separados están los planos de la teoría y la práctica que, si se cruzan en una esquina, pasan de largo sin saludarse porque no se conocen.

En este sentido, podemos comparar los principios de la ética pública con la ciencia-ficción,¹⁴ porque en el mundo en que vivimos, en materia de ética pública, el cotejo de lo que se hace con lo que se dice a menudo nos lleva al terreno de la ciencia-ficción, por el abismo que existe entre ambas dimensiones. Tan constantes y sistemáticas son las violaciones a los deberes éticos en todas las parcelas de la vida social y política que, por mucho que en el plano del deber ser y las buenas palabras se diga que reinan la ética y la moral en la gestión pública y política, la realidad nos muestra su inexistencia. Es de ciencia-ficción pretender que en las sociedades en que vivimos todos los funcionarios públicos lleguen a un pleno y efectivo cumplimiento de los deberes, obligaciones y principios de la ética pública.

La realidad argentina nos muestra una crisis material de la concepción de los principios éticos de la función público-política que niega el cumplimiento y respeto integral de estos. Nos encontramos inmersos en un estado de corrupción generalizado y, aunque la consagración de deberes éticos exista en la ley, en muchos casos en la práctica se muestra su negación.

Algunos datos empíricos analizados en los últimos años demuestran que la República Argentina se encuentra entre los países con mayores niveles de corrupción del mundo.¹⁵

Medir el costo de la corrupción es una tarea muy difícil, prácticamente imposible. Esto se debe en principio a la característica ilegal de estos hechos y, por consiguiente, el alto nivel de desconocimiento que se tiene de ellos. Además, es fundamental destacar que los costos de la corrupción no se explicitan solamente en la cantidad de dinero que pierden el Estado y toda la sociedad, sino en la pérdida de eficiencia, la caída de la inversión y la mala asignación de fondos que genera.

No obstante ello, viene al caso recordar que un informe del Centro de Investigación y Prevención sobre la Criminalidad Económica (CIPCE) ha calculado que desde 1980 hasta 2006 la corrupción ha privado al Estado de unos diez mil millones de dólares, el equivalente, según el mismo informe, a lo que gastaría durante diez años el Ministerio de Desarrollo Social con su planes de asistencia a pobres.

Asimismo, un relevamiento realizado por el mismo instituto ha revelado que, desde la reinstauración de la democracia se promovieron setecientas cincuenta causas judiciales vinculadas a la corrupción y solo en tres de ellas hubo condenas. Según ese informe, el promedio de duración de las causas judiciales en que se investigan actos de corrupción es de catorce años desde la fecha en que se radica la denuncia hasta su finalización, lo cual ubica a esas causas cerca de los plazos de prescripción.¹⁶

¹⁴ David Sánchez Rubio: "Ciencia ficción y derechos humanos. Una aproximación desde la complejidad, las tramas sociales y los condicionales contrafácticos", en Marcelo Oliveira de Moura (ed.): *Irrompendo no real. Escritos de teoría crítica dos direitos humanos*, Pelotas: Educat, 2005, p. 151. El autor en este artículo compara el pleno ejercicio de los derechos humanos con la ciencia ficción.

¹⁵ En www.transparency.org se pueden observar los índices de transparencia internacional de los últimos años.

¹⁶ Buteler: o. cit., p. 533. El autor cita el informe denominado "La parálisis de la justicia frente a los casos de la corrupción" realizado por la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, disponible en www.acij.org.ar.

También, a pesar de la existencia de organismos especializados en la detección e investigación de posibles hechos de corrupción, como la Fiscalía de Investigaciones Administrativas (FIA) en el ámbito del Ministerio Público y la Oficina Anticorrupción (OA) dependiente del Poder Ejecutivo Nacional, los esfuerzos realizados en pos del esclarecimiento judicial de la corrupción no logran incidir de manera significativa en los resultados. Los organismos con tareas preventivas, como la Sindicatura General de la Nación (SIGEN) o la Unidad de Información Financiera (UIF), tienen un alto grado de ineficacia y descontrol, lo que lleva a que sea muy complejo montar casos judiciales con los mínimos elementos necesarios.¹⁷

Por otra parte, la actualidad de Argentina muestra que el financiamiento de partidos y campañas políticas, una necesidad de las democracias modernas, es una de las puertas de entrada para la corrupción. Sobre este aspecto se observan de manera constante la subestimación y el ocultamiento de ingresos y gastos, el ocultamiento de donantes, el uso de recursos públicos para favorecer a algunos candidatos en particular y los problemas —y ausencia— de recepción del aporte público por los partidos opositores al oficialismo.

Asimismo, la realidad argentina muestra altas dosis de clientelismo político, definido principalmente como “la práctica social y política que consiste en el intercambio de favores, bienes y servicios de parte de líderes políticos partidarios por apoyo o lealtad política por parte de los ciudadanos, los cuales en este marco adquieren el carácter de cliente”.¹⁸ En este sistema el ciudadano-cliente, si bien gana en favores, trabajos o recompensas económicas directas, pierde autonomía para ejercer su función dentro de la sociedad civil al verse inhibido por su vínculo de dependencia.

Esta modalidad tiene fuerte vinculación con la corrupción política. Es que cuando los recursos públicos son utilizados por los partidos políticos para beneficios partidistas, se incurre en actos de corrupción, ya que los fondos no se destinan en beneficio de toda la sociedad. Por otro lado, la red clientelista mantiene las estructuras de poder con vistas a la conservación y/o ampliación de la misma red, con lo que retroalimenta un patrón de la forma clientelismo-corrupción-clientelismo. Esta práctica abarca no solo el intercambio de bienes o favores, sino también la incorporación a los presupuestos del Estado, como personal contratado, de una extensa red de punteros.¹⁹ De ahí la enorme desigualdad que se observa entre el partido que está en el poder y los otros.

Las consecuencias de estas prácticas, como se puede advertir actualmente en Argentina, son letales para el ejercicio de la democracia y provocan una grave ineficiencia del Estado. La incorporación indiscriminada de personas a la administración pública, cuyo cometido está completamente alejado de la función asignada y que dedican la mayoría

¹⁷ Ezequiel Brodschi, Eduardo Francchia y Martín López Amorós: “La corrupción en la Argentina: un diagnóstico de la actual situación”, en <www.mba.americaeconomia.com> (visitado el 1 de octubre de 2009).

¹⁸ Alfredo Rehren: “Clientelismo político, corrupción y reforma del Estado en Chile”, elaborado para la Comisión de Reforma del Estado del Centro de Estudios Públicos, Documento de Trabajo 305, 2000.

¹⁹ Un *puntero* es alguien que milita en una organización política y desarrolla su tarea en un local partidario barrial. Esa persona, como consecuencia de su actividad en el barrio, consigue afiliados y votos para las elecciones a cambio de recibir de las autoridades partidarias beneficios personales.

de su tiempo al cultivo de la red clientelar, es causa de grave de desprotección de los intereses de la sociedad en general.

En definitiva, el sistema político clientelista de Argentina no solo aparece inhibiendo el control por la ciudadanía, sino que fomenta y perpetúa las condiciones favorables a los actos de corrupción.²⁰

Una muestra clara del estado de corrupción que se vive en la República Argentina es la atención parcial que se presta a los derechos humanos en general, toda vez que se atenta contra la democracia y el desarrollo humano no solamente cuando existen actos o estados de corrupción sino también cuando se instrumentan políticas públicas que no llevan al respeto íntegro y sin distinción de los derechos fundamentales.

Hay una tendencia actual en nuestro país a limitar la concepción de los derechos humanos a cierto grupo de personas, las cuales, por supuesto, necesitan de la protección, pero no son las únicas.

Los derechos humanos aparecen en nuestra sociedad con una alta dosis de irracionalidad y, en general, con una visión parcializada. Si bien hoy se les reconoce su singular importancia, si bien hoy todos los discursos —sean políticos, jurídicos, económicos, sociales— buscan su fundamento en los derechos humanos y procuran presentarse a sí mismos como sus defensores, no es menos cierto que la actual clase dirigente argentina asocia inmediatamente derechos humanos con lo ocurrido en la última dictadura: la prisión irregular de individuos, la tortura y las desapariciones forzadas de personas.

Esta visión parcial, sin perjuicio de ser correcta (todos esos ejemplos refieren a terribles casos de violaciones de los derechos humanos), tiene un contenido trágico, un sentimiento de injusticia y quizás un reclamo de justicia por lo ocurrido en el pasado. Lejos de ser los derechos humanos algo para enfrentar en el presente y el futuro, en nuestro país la constante es analizarlos exclusiva o básicamente mirando hacia atrás, y hoy lo único que importa es saber qué pasó y castigar a aquellos responsables. Importan más, o parecen importar más, las violaciones del pasado que las actuales o futuras.²¹

Y esto tiene el agravante de que en Argentina, en ocasiones, las personas asociadas a la defensa de esta parcela de los derechos humanos se encuentran sospechadas de administración fraudulenta de los fondos recibidos por el gobierno nacional en complicidad con funcionarios de este.

Ello demuestra que no solo la atención protectora de los derechos fundamentales es guiada de manera parcial, sino que además se la utiliza como una maniobra corrupta para la satisfacción de intereses particulares en desmedro de la tutela integral de los derechos humanos en general.

La actualidad comentada en torno a la corrupción que se vive en Argentina no es para nada taxativa; es meramente ejemplificativa a efectos de hacer un muestreo de los casos más significativos en tal sentido, pero de ninguna manera sugiere que estos sean los únicos supuestos de corrupción en el país. Basta mencionar, por ejemplo, las *candidaturas*

²⁰ Brodschi, Francchia y López Amorós: o. cit.

²¹ Martín Risso Ferrand: “Los derechos humanos como concepto mítico”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2008*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2008, pp. 144-145.

testimoniales,²² las innecesarias múltiples elecciones que se fijan en un mismo año con altísimos costos para el Estado y que solo están motivadas por el interés particular del gobierno de turno, el uso indebido del patrimonio público, los fondos del Estado depositados en el extranjero, las contrataciones públicas y las privatizaciones irregulares que son y han sido una constante, entre otros tantos casos que por razones de espacio preferimos no desarrollar en esta oportunidad, para demostrar que los actos con tales características no son pocos en la República Argentina en la época que transitamos.

Insistimos en que difícilmente podamos alcanzar la efectivización de los valores éticos en los funcionarios públicos, hoy con rango constitucional, si la gestión pública argentina va engarzada en el camino señalado en los párrafos precedentes. Se observa una práctica desconstitucional de la ética pública, o sea, una crisis material de esta, en que la realidad difiere de lo consagrado en el marco normativo; una suerte de derogación sociológica de los preceptos constitucionales.²³

6. Dos factores necesarios

Lamentablemente, a lo expresado resta agregar la circunstancia de que el combate a la corrupción no aparece como un valor que hoy reclame la sociedad argentina; en tal sentido, el Gobierno nacional acude a la técnica de eludir el tratamiento de actos corruptos ante la opinión pública, a la espera de que otros hechos terminen dominando la agenda y estos pasen inadvertidos.

Existen dos factores de vital importancia para el desarrollo pleno del ejercicio de los valores y principios éticos en el Estado social y democrático de derecho que, según la actitud y característica que presenten, podrán contrarrestar o consentir los actos de corrupción en favor o en desmedro de aquellos, respectivamente. Estamos haciendo referencia a la prensa, por un lado, y al comportamiento de la sociedad, por el otro.

Contribuye a la protección de la ética pública, sin dudas, una prensa independiente que no guarde en secreto los actos de corrupción. La información pública y difundida se liga a la posición de entidades representativas como las iglesias, los partidos políticos, los sindicatos y numerosas organizaciones no gubernamentales que se comprometen con las denuncias pertinentes.

El sentimiento del *nosotros* de la sociedad homogénea es mantenido, sobre todo, por los medios de comunicación masiva. Con la fuerza y el poder sugestivo de sus palabras e imágenes, constituyen la ayuda más importante de la comunicación. Sin una opinión pública que provoca la información, es inconcebible un Estado de derecho. Desde lue-

²² *Candidatura testimonial* es un concepto creado por algunos periodistas argentinos en 2009 para referirse aquellas situaciones en que los principales dirigentes o personalidades de un partido político se ponen a la cabeza de las listas, sin la intención real de asumir el cargo en caso de ser electos, con el fin de aprovechar su imagen pública para sumar votos. Si el candidato testimonial resulta electo, asumirá quien le siga en orden (http://es.wikipedia.org/wiki/Candidaturas_testimoniales).

²³ Néstor P. Sagüés: "El concepto de 'desconstitucionalización'", *La Ley* 2007-B, 1268-LLP 2007 (junio), p. 571.

go, debido a la relación de tensión entre homogeneidad y diferenciación, los medios de información tienen que posibilitar y representar la pluralidad de opiniones.

Sobre el punto, vale la pena recordar lo expresado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

La ética pública es cosa pública, de modo tal que en una sociedad en la que los individuos no pueden observar personalmente todos los actos de su gobierno, estos —necesariamente— deben ser conocidos a través de la prensa, en ese cometido, esta última cumple un rol estratégico y esencial para la auténtica vida democrática y la posibilidad del debate público, su deber es el de informar al soberano, proporcionando el conocimiento de cómo actúan sus representantes, administradores, funcionarios o figuras públicas; si han cometido hechos que deben ser sometidos a investigación; si han incurrido en abusos, desviaciones, excesos o irregularidades.²⁴

El Estado de derecho tiene que adoptar medidas protectoras en contra de la formación de un poder exclusivo de los medios de información y de estructuras oligopólicas. Lo que se necesita es la transparencia del Estado de derecho, que crea confianza. El poder pluralista de las asociaciones puede, sobre todo, manifestarse en la prensa, pero esta no es un sustituto de la publicidad del Estado de derecho.²⁵

Nos permitimos estimar que existe una opinión pública de proyección nacional e internacional que *puede* funcionar como una gran fuerza de control y actuar incluso como sustento de los órganos encargados de hacer cumplir el ordenamiento jurídico que regula el régimen de la ética pública.

El otro factor que juega un papel preponderante en la defensa de los valores éticos que deben reinar en el ejercicio de la función pública y política es el comportamiento de la sociedad. No es posible hablar de promoción y efectividad de los principios éticos y de un reproche a los actos de corrupción sin un comportamiento social consecuente con ello.

En esta línea de pensamiento, carecería de sentido plasmar una gama de principios, deberes y obligaciones éticos aplicados a la función pública si no existe un consenso general acerca de su validez.

Para luchar contra la corrupción se requiere que la sociedad reconozca los efectos nocivos de este flagelo y la necesidad de contar con la participación responsable para prevenirla y combatirla.

Una sociedad más participativa en la toma de decisiones seguramente será más consciente de la necesidad de respetar la ley y de exigir a sus gobernantes la observancia estricta de las normas.

En definitiva, la plena realización de los principios y deberes éticos no depende solo de las buenas razones que se puedan aducir para demostrar su bondad, sino más bien del consenso social, vale decir, la plena aceptación por parte de la comunidad acerca de

²⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación: *Fallos*, n.º 327, p. 138.

²⁵ Ulrich Karpen: *Condiciones de la eficiencia del Estado de derecho*, Buenos Aires: Ciedla, 1997, p. 223.

su vigencia y de la necesidad de que sean respetados. Sin la existencia de este factor el comportamiento ético puede caer en un mero compendio de formulaciones teóricas.

7. Palabras finales

Hemos querido señalar el marco teórico-normativo de la ética aplicada a la administración pública de la República Argentina, destacando la crisis que atravesamos en el plano de la realidad.

El panorama señalado demuestra que en la teoría el país cuenta con importantes herramientas normativas con respaldo constitucional (artículo 36 de la CN), las cuales reconocen la importancia de que principios y valores éticos impregnen el ámbito de la gestión pública. Sin embargo, lo real nos muestra que la corrupción, gran flagelo de la ética aplicada a lo público, viene ganando terreno.

Lo real nos irradia con constantes casos de antivalores encontrados en la conducta de políticos y funcionarios públicos.

Lo real nos señala que el corrupto viola derechos fundamentales al desviar recursos y fondos imposibilitando el ejercicio y goce integral de estos.

Lo real nos muestra un Poder Judicial que parece más garante que perseguidor de los actos de corrupción.

Lo real refleja que la lucha contra la corrupción no es un valor primario en la agenda social, que existe falta de memoria colectiva de los hechos corruptos que se cometen, y que ello es utilizado por la clase dirigente para lograr impunidad.

Esto nos expone que el accionar de la clase dirigente y de los agentes públicos en general está al margen de la Constitución Nacional y del bloque de constitucionalidad que ella consagra. El Estado argentino exhibe una práctica desconstitucional de la ética pública; se ignoran las características, deberes y obligaciones más importantes que esta impone en la administración de la cosa pública y que surgen de los preceptos señalados, y como sociedad estamos, sin duda, asintiendo a esa crisis material, a esos reiterados incumplimientos de los agentes estatales.

Frente a ello, solo nos queda el deber de esforzarnos, como la tarea más urgente, en fortalecer el hábito de obediencia a las normas, a los principios y los valores fundamentales que estas contienen. Es una tarea que toca a las raíces mismas de nuestra vida democrática. Si la mayoría de los argentinos no nos ponemos de acuerdo sobre esto, si existe una real divergencia, así sea tácita, sobre la necesidad de respetar la Constitución y conservar los derechos esenciales de todos los hombres, entonces habrá que pensar que nuestros males son mucho más graves de lo que aparece en la superficie.

Se precisa que en nuestra sociedad cale profundo la idea de que el respeto de los valores éticos es algo básico para la vida individual y social del Estado de derecho, que se vea en ellos una oportunidad real para el presente y el futuro, algo por lo que vale la pena luchar.

Se necesita, fundamentalmente, lograr la convicción de que solo es posible el desarrollo pleno de la ética pública en un Estado democrático de derecho y que la plenitud de este depende de un íntegro ejercicio de los valores y principios de aquella, puesto que

cualquier gobierno estará legitimado si defiende y aplica una verdadera ética pública que conlleve responsabilidad, espíritu de servicio, atención, equidad y justicia para el ciudadano.

Bibliografía

- BRODSCHI, Ezequiel, Eduardo FRANCCIA y Martín LÓPEZ AMORÓS: “La corrupción en la Argentina: un diagnóstico de la actual situación”, en *América Economía - MBA y Educación Ejecutiva*, <<http://mba.americaeconomia.com>> (1/10/2009).
- BUTELER, Alfonso: “La eficacia de los organismos de control de ética pública y anticorrupción”, en *Cuestiones de control de la Administración Pública, Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires: Universidad Austral, Facultad de Derecho, y RAP, 2010.
- GRONDONA, Mariano: *La corrupción*, Buenos Aires: Planeta, 1993.
- KARPEN, Ulrich: *Condiciones de la eficiencia del Estado de derecho*, Buenos Aires: CIEDLA, 1997.
- MALEM SEÑA, Jorge: *La corrupción política*, Barcelona: Gedisa, 1997.
- MEILÁN GIL, José Luis: “Ética pública e formación de funcionarios”, *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, n.º 17, 1994.
- MUÑOZ, Ricardo Alberto: “La cláusula ética y los derechos fundamentales”, Ponencia en el XVIII Encuentro Argentino de Derecho Constitucional, Paraná, 2007.
- NIELSEN, Federico, y Julio Pablo COMADIRA: “Apuntes sobre los principios de la ética pública en el derecho argentino”, en *Reforma Política para la República*, <www.reforma-politica.com.ar> (13/8/2004).
- REHREN, Alfredo: “Clientelismo político, corrupción, y reforma del Estado en Chile”, en Salvador VALDÉS PRIETO (ed.): *Reforma del Estado*, Santiago de Chile: Centro de Estudios Públicos, Documento de Trabajo n.º 305, 2000.
- RISSO FERRAND, Martín: “Los derechos humanos como concepto mítico”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2008*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2008.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime: *Ética, poder y Estado*, Buenos Aires: RAP, 2004.
- *La ética en la administración pública*, Santiago de Compostela: Xunta de Galicia, 1995.
- SAGÜÉS, Néstor P.: “El concepto de desconstitucionalización”, *La Ley* 2007-B, 1268-LLP, junio 2007.
- “El factor ético: presupuesto de la democracia”, en *Los presupuestos de la democracia. Encuentro Argentino de Profesores de Derecho Político*, Buenos Aires: Cuadernos El Derecho, 1979.
- VALDEZ, Carlos Hugo: “La defensa del sistema democrático (a propósito del delito de corrupción)”, en *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles. Libro en reconocimiento al Dr. Germán Bidart Campos*, Buenos Aires: Ediar, 2003.

Enrique Navarro Beltrán (Chile)*

Tribunal Constitucional y esfera de actuación de los órganos del Estado

RESUMEN

Los antecedentes históricos en perspectiva comparada y las actuales facultades del Tribunal Constitucional chileno para conocer de los conflictos entre los órganos del Estado son el centro analítico y argumentativo del texto. En este sentido, se señalan los orígenes de los tribunales constitucionales en Europa a partir de los presupuestos doctrinales de Hans Kelsen, y a continuación se expone sobre el surgimiento de este organismo en Chile. Las reformas constitucionales chilenas desde 2005 respecto de las atribuciones del Tribunal frente a los conflictos entre órganos estatales ocupa el tercer foco analítico del texto. Finalmente, se presentan diversos pronunciamientos y criterios sostenidos por el Tribunal Constitucional en relación con la esfera de actuación de los órganos del Estado.

Palabras clave: tribunales constitucionales, Europa, América, jurisdicción constitucional, control de constitucionalidad, competencia de tribunales, reforma constitucional, jurisprudencia, Chile.

ZUSAMMENFASSUNG

Im Mittelpunkt der Analyse dieses Beitrags und seiner Argumentation stehen die heutigen Befugnisse des chilenischen Verfassungsgerichts zur Entscheidung von Konflikten zwischen Staatsorganen und eine vergleichende Betrachtung des Sachverhalts in historischer Perspektive. In diesem Sinne wird zunächst auf die unter dem Einfluss der Lehrmeinungen Hans Kelsens stehenden Ursprünge der Verfassungsgerichte verwiesen, um im Anschluss daran die Entstehung dieses Organs in Chile darzustellen. Den dritten analytischen Schwerpunkt des Beitrags bilden die seit 2005 in Chile vorgenommenen Verfassungsreformen zu den Befugnissen des Gerichts bei Konflikten zwischen Staatsorganen. Abschließend werden einige Entscheidungen des Verfassungsgerichts einschließlich der zugrunde gelegten Kriterien zur Frage der Tätigkeitsbereiche der Staatsorgane vorgestellt.

* Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Chile y Universidad Finis Terrae. <enavarro@derecho.uchile.cl>.

Schlagwörter: Verfassungsgerichte, Europa, Amerika, Verfassungsgerichtsbarkeit, Normenkontrolle, Gerichtszuständigkeit, Verfassungsreform, Rechtsprechung, Chile

ABSTRACT

The analytical and argumentative center of this text are a comparative perspective of the historical background of Chile's Constitutional Court and a description of its current authority for resolving conflicts between the organs of the state. Thus, it points out the origins of constitutional courts in Europe that stem from the academic foundations provided by Hans Kelsen and then explains the emergence of this body in Chile. The Chilean constitutional reforms of 2005 concerning the Court's attributions when facing conflicts between the State's organs are the third analytical focus of this text. Finally, several decisions and criteria held by the Constitutional Court regarding the sphere of action of the State's organs are presented.

Keywords: constitutional courts, Europe, America, constitutional jurisdiction, constitutional control, jurisdiction of the courts, constitutional reform, case law, Chile.

1. Surgimiento de los tribunales constitucionales en el siglo XX en Europa y América como guardianes de la Constitución

Los tribunales constitucionales surgen en Europa en 1920, como creación del notable jurista austríaco Hans Kelsen, quien en su famosa controversia con Carl Schmitt acerca del defensor de la Constitución insistió en la necesidad de una "jurisdicción constitucional, por la cual la función de garantía de la Constitución sea transferida a un tribunal independiente".¹ Y agregó:

[Dicho tribunal] funciona como jurisdicción constitucional en la medida en que deba decidir, a través de un procedimiento contencioso de partes, sobre la constitucionalidad de actos del Parlamento (en especial de las leyes), así como también del Gobierno (especialmente de los decretos), cuando hayan sido cuestionados, anulando tales actos en el caso de inconstitucionalidad y eventualmente juzgando a determinados organismos imputados, acerca de la responsabilidad probada.²

Al explicar su funcionamiento señaló Kelsen:

Aplicando la Constitución a un hecho concreto de producción legislativa y llegando a anular leyes anticonstitucionales [el tribunal constitucional] no genera sino destruye una norma general, es decir, pone el *actus contrarius* correspon-

¹ Hans Kelsen: *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, Madrid, 1995, p. 14.

² *Ibidem*, pp. 14-15.

diente a la producción jurídica, o sea, que —tal como lo he señalado— oficia de “legislador negativo”.³

A partir de la Constitución de Austria de 1920,⁴ y en particular después de la segunda guerra, los tribunales constitucionales se expandieron por el continente: Italia (1947), Alemania (1949), Francia (1958) y España (1978), por mencionar algunos.⁵ En Hispanoamérica también se establecieron, siguiendo el modelo español. Hoy además se aprecia su presencia en la Europa oriental, Asia y África. Su papel fundamental es resolver las controversias de constitucionalidad entre los diversos órganos del Estado.

Como se sabe, el control de la constitucionalidad en el derecho comparado tiene características disímiles.⁶ En algunos casos existen controles de carácter preventivo (Consejo Constitucional de Francia, aunque recientemente modificado) y en otros *a posteriori* (Alemania y España). Ciertamente también los hay mixtos (Tribunal Constitucional de Italia).

En cuanto a su forma, el control puede ser concentrado o radicado en un órgano (modelo constitucional kelseniano de tribunal constitucional) o entregado a diversos entes (modelo constitucional de Estados Unidos).

Respecto de los efectos del control también son diversos. Así, en algunos sistemas la sentencia tiene efectos de carácter general, como es el caso típico de las sentencias de los tribunales constitucionales (España, Alemania o Italia), o limitarse al caso concreto (Corte Suprema en Chile entre 1925 y 2005).

2. Surgimiento del Tribunal Constitucional en Chile

En Chile, a mediados de la década del sesenta se había discutido a nivel académico acerca de la necesidad de contar con un tribunal constitucional. Específicamente, en un seminario efectuado en 1963 en la Biblioteca Nacional, bajo la dirección del profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile Jorge Guzmán Dinator, el destacado jurista Alejandro Silva Bascuñán propuso crear una corte constitucional.⁷ Luego esto se profundizó en las III Jornadas Chilenas de Derecho Público, en una ponencia del profesor Francisco Cumplido, quien resaltó la necesidad de un control preventivo de la constitucionalidad de las leyes.⁸

³ *Ibídem*, pp. 36-37.

⁴ En 1885 Jellinek había señalado la necesidad un tribunal constitucional. Sobre la materia véase Pedro Cruz Villalon: *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad 1919-1939*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

⁵ Dominique Rousseau: *La justicia constitucional en Europa*, Madrid, 2002.

⁶ Una obra clásica sobre la materia es Louis Favoreau: *Los tribunales constitucionales*, (1994). Una visión como juez la ofrece Gustavo Zagrebelsky: *Principios y votos. El Tribunal Constitucional y la política*, Madrid, 2005.

⁷ Jorge Guzmán Dinator: *Nueva Constitución. Vieja Constitución*, Santiago, 1964.

⁸ Francisco Cumplido Cereceda: Ponencia a las III Jornadas de Derecho Público, *Revista de Derecho Público*, n.º 3, 1965.

La reforma constitucional de 1970⁹ incorporó —por primera vez en Chile— un Tribunal Constitucional para resolver las cuestiones sobre constitucionalidad suscitadas durante la tramitación de los proyectos de ley, el que lamentablemente tuvo una efímera existencia y no alcanzó a producir una jurisprudencia relevante.¹⁰

Sobre la importancia de esta nueva institución, el expresidente Eduardo Frei Montalva señaló al efecto, en su mensaje:

Todo ordenamiento jurídico requiere la existencia de un tribunal que vele por la constitucionalidad de las leyes aprobadas por el Poder Legislativo, ya que de otra manera el imperio de la Constitución queda sin resguardo ante los posibles excesos de leyes que violan las garantías constitucionales o cualquiera otra disposición fundamental de la Constitución Política.

Agregó luego:

El Tribunal Constitucional que por este mensaje propongo crear, ya existente en otras legislaciones más avanzadas, cumplirá satisfactoriamente su objetivo primordial, cual es la definición de los conflictos de poderes que surgen por la desigual interpretación de las normas constitucionales, cuyo imperio y observancia así quedan robustecidos.

Dicho Tribunal, que sesionó por cerca de dos años y que fue presidido por el profesor de Derecho Administrativo Enrique Silva Cimma, dictó 17 sentencias y en 1973 fue disuelto por la Junta Militar, la cual estimó que su existencia era “innecesaria”, lo que solo puede entenderse en un contexto institucional en el que el Congreso Nacional había sido clausurado.¹¹

En todo caso, para comprender el rol de este tipo de tribunales, especialmente visionarias resultan las palabras pronunciadas por el expresidente Balmaceda en un discurso pronunciado el 20 de abril de 1891 ante el Congreso Nacional —casi tres décadas antes de que la formulara Kelsen— que ha sido catalogado como su testamento político:

Sería conveniente crear un tribunal especial compuesto de 3 personas nombradas por el Presidente de la República, de 3 nombrados por el Congreso y de otras 3 nombradas por la Corte Suprema, para dirimir sin ulterior recurso los conflictos entre poderes en los casos y en la forma que la Constitución establezca.

Y concluyó:

No es natural, ni justo, que en los conflictos de poderes sea alguno de éstos el que se pronuncie y resuelva, porque se establece una supremacía de autoridad con

⁹ En 1965 el presidente Frei también había enviado un proyecto de reforma constitucional que incluía, entre otras materias, la creación de un tribunal constitucional, idea de legislar que no prosperó.

¹⁰ Primeros cinco fallos dictados por el Tribunal Constitucional de la República de Chile (1972).

¹¹ Sobre los antecedentes históricos véase Enrique Silva Cimma: “El Tribunal Constitucional 1971-1973”, *Cuadernos del Tribunal Constitucional*, n.º 38 (2008).

menoscabo de las otras, ni habría jamás conveniencia en que uno solo de los poderes públicos sea únicamente juez, siendo al mismo tiempo parte.¹²

3. Nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional establecidas en la reforma constitucional de 2005

En el derecho comparado las atribuciones del Tribunal Constitucional son vastas. Así, en Alemania conoce de los conflictos constitucionales; en España, de los recursos de inconstitucionalidad de las leyes y de los amparos; en Francia le competen también materias electorales y en Italia los conflictos de constitucionalidad de manera amplia.

En Chile conocía del control de constitucionalidad de las leyes, de las cuestiones de constitucionalidad y de inhabilidades, en general. Entre las nuevas atribuciones que se le otorgan al Tribunal Constitucional chileno destacan las siguientes —excluyendo, por cierto, lo relativo al control de constitucionalidad de los tratados¹³ y de las leyes—.¹⁴

3.1. Control de la constitucionalidad de los autos acordados

Como se sabe, la reforma constitucional surgió en dos *mociones parlamentarias*,¹⁵ y ambas contemplaban el control de los autos acordados. Así, el texto de la Alianza por Chile (cuyos autores son los senadores señores Chadwick, Díez, Larraín y Romero) se refiere a los “autos acordados de la Corte Suprema que afecten materias o recursos constitucionales”.¹⁶ Por su parte, en el proyecto de la Concertación (originado por moción de los senadores señores Bitar, Hamilton, Silva y Viera-Gallo), el control corresponde a los “autos acordados de los tribunales superiores de justicia y de los tribunales de justicia electoral, como asimismo los reglamentos de los órganos constitucionales autónomos”.¹⁷

En el Informe de la *Comisión de Constitución del Senado* se contiene la facultad que se otorga al Tribunal Constitucional para conocer del “control de constitucionalidad de los autos acordados dictados por la Corte Suprema, por las Cortes de Apelaciones y por el Tribunal Calificador de Elecciones, que versen sobre materias constitucionales o propias de ley orgánica constitucional”.¹⁸

¹² Discurso del presidente José Manuel Balmaceda ante el Congreso Nacional, 20 de abril de 1891. En José Manuel Balmaceda: *Discursos de José Manuel Balmaceda: Iconografía*, Santiago: Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, 1991-1992, 3 vols., vol. II, pp. 359-371.

¹³ Le corresponderá conocer del control de constitucionalidad de los tratados internacionales cuando versen sobre materias orgánicas. Esta reforma consolida lo que había venido sosteniendo el propio Tribunal Constitucional en algunos fallos anteriores (rol 346).

¹⁴ Tanto de la inaplicabilidad como de la inconstitucionalidad de las leyes. Véase Enrique Navarro Beltrán: “Criterios establecidos por el Tribunal Constitucional en materia de admisibilidad de la acción de inaplicabilidad”, *Revista de Derecho Público*, n.º 72, 2010.

¹⁵ Sobre la materia véase Enrique Navarro Beltrán: “Reformas Constitucionales 2005”, *Revista del Colegio de Abogados*, diciembre de 2005, pp. 46-47.

¹⁶ Boletín 2526-07.

¹⁷ Boletín 2534-07.

¹⁸ Informe de la Comisión de Constitución del H. Senado.

Por su parte, la *Cámara de Diputados* aprobó el siguiente texto: “Resolver las cuestiones de constitucionalidad de los autos acordados dictados por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones”¹⁹

El *H. Senado* compartió en términos generales el texto.²⁰

Finalmente, en el *veto presidencial* se propuso agregar el control de constitucionalidad de las instrucciones generales emanadas del Ministerio Público, lo que sin embargo fue posteriormente retirado, luego de observaciones formuladas al efecto por el senador señor Viera Gallo.²¹

De este modo, el texto aprobado por los legisladores no incluye otros cuerpos normativos.²²

Del texto aprobado y vigente se desprende las siguientes observaciones de carácter general:

- a. Solo se trata del control de *ciertos y determinados autos acordados*, como es el caso de los pronunciados por la Corte Suprema, las cortes de apelaciones y el Tribunal Calificador de Elecciones.
- b. Así las cosas, *se han excluido importantes resoluciones*, como es el caso de los autos acordados que pudieren emanar de otros órganos jurisdiccionales relevantes, como el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia²³ o el Tribunal de la Contratación.²⁴
- c. Por último, como puede observarse, *solo se trata de autos acordados* y no de otras normas, como podrían ser las instrucciones u otras disposiciones como los reglamentos internos de las cámaras, por ejemplo.²⁵

3.2. Conttiendas de competencia

Las contiendas de competencia bajo la carta de 1833 eran resueltas por el Consejo de Estado. En la Constitución de 1925 esa facultad se entregó al Senado respecto de los tribunales superiores y a la Corte Suprema en los demás casos. Esto se trasladó en términos similares al texto de 1980.

Con la reforma constitucional le corresponde artículo al Tribunal Constitucional resolver las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia que no correspondan al Senado, esto es, las que se produzcan entre dichas autoridades y los tribunales inferiores.

Cabe señalar en todo caso que en un principio se otorgaba al Tribunal Constitucional el conocimiento de todas las contiendas de competencia, con lo que se eliminaba la

¹⁹ H. Cámara de Diputados, 22 de junio de 2005.

²⁰ Informe de la Comisión de Constitución, 8 de julio de 2005.

²¹ Veto presidencial, 16 de agosto de 2005.

²² Ley n.º 20.050, de 26 de agosto de 2005.

²³ El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dictó un auto acordado sobre asuntos contenciosos y no contenciosos, con fecha 22 de julio de 2004. La Corte Suprema rechazó una solicitud presentada en la que se cuestionaba la constitucionalidad de la referida normativa (2004).

²⁴ La Corte Suprema, por acta n.º 81-2003, publicada en el *Diario Oficial* el 30 de diciembre de 2003, dictó auto acordado sobre el funcionamiento del Tribunal de Contratación Pública.

²⁵ Así además lo reiteró el Tribunal Constitucional en los autos rol 1216/2008.

atribución del Senado, lo que parecería más conveniente, dada la naturaleza del conflicto y del órgano resolutor.

4. Criterios sostenidos por el Tribunal Constitucional con relación a la esfera de actuación de los órganos del Estado

En los últimos cuatro años se han producido diversos requerimientos ante el Tribunal Constitucional en los que se ha ido configurando la esfera de actuación de los diversos órganos del Estado.

4.1. Esfera propia del legislador y de la potestad reglamentaria

El Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos ha ido configurando la esfera propia del legislador y de la potestad reglamentaria. Así se ha dictaminado, particularmente con motivo de “controlar que los actos administrativos mediante los cuales el Poder Ejecutivo desarrolla su programa de gobierno se sujeten a la Constitución”.²⁶

Por de pronto ha señalado que —de acuerdo al principio de primacía de la realidad— ciertas resoluciones que por su contenido son reglamentos deben ser firmadas no solo por el ministro del área sino por el propio presidente de la República. Ello en atención a que se trata de normas “cuyo alcance es nacional o de aplicación general a todos los destinatarios de ellas” y además “dotadas de carácter permanente, es decir, que no agotan o pierden vigencia por su aplicación en un caso determinado”.²⁷ De este modo, fue calificada como una “falsa resolución” o, más propiamente, una “resolución de carácter reglamentaria”.

En otro caso (*Transantiago*) se cuestionaban créditos otorgados al transporte terrestre de Santiago por acto administrativo y no por ley. En tal sentido, se precisó que un endeudamiento como el que se autorizó a través de un decreto “requería de un debate parlamentario que se tradujese en la dictación de una ley especial que confiriera la autorización, puesto que, evidentemente, está en juego la estabilidad financiera del mismo Estado y también el ejercicio eficaz de su potestad administrativa que apunta a la satisfacción de las necesidades de los gobernados”.²⁸ Del mismo modo, se indicó que la actuación administrativa vulneraba la Constitución “puesto que se permite que se convenga un préstamo entre empresas del Estado en contravención a lo dispuesto en el artículo 63, N.º 9.º, de la Carta Fundamental”.²⁹ A su turno, en la medida en que el aludido decreto supremo “otorga un subsidio a un sector de la vida nacional, sin cumplir la reserva legal exigida por la Constitución, vulnera su artículo 19 N.º 22”.³⁰ Finalmente, se consideró vulnerada la Ley Fundamental al tratarse de “un préstamo cuyo beneficiario y deudor

²⁶ Caso *Pildora del día después I*, rol 591, 11 de enero de 2007, considerando 3.º.

²⁷ *Ibidem*, considerando 33.

²⁸ Rol 1035, 30 de septiembre de 2008, considerando 39.

²⁹ *Ibidem*, considerando 55.

³⁰ *Ibidem*, considerando 66.

final es el mismo Estado y cuya fecha de vencimiento excede del actual período presidencial, sin que la referida autorización se haya prestado, además, por una ley de quórum calificado³¹

También se han efectuado otros pronunciamientos en los que se ha determinado la imposibilidad de remisión en términos genéricos y abiertos al reglamento, especialmente en materia de exención tributaria³² y tipicidad penal.³³

4.2. Actuaciones del Congreso Nacional relativas a la aprobación de disposiciones legales

En diversos requerimientos se ha planteado el rol que le corresponde al Congreso Nacional en ciertos proyectos de ley. Desde ya cabe señalar que la circunstancia de haber concurrido a aprobar una norma no inhabilita a los parlamentarios para deducir un requerimiento.³⁴ En tal sentido, debe precisarse que las cuestiones de constitucionalidad pueden ser formuladas durante la tramitación de un proyecto de ley, “lo que implica que dicho plazo se inicia al dar cuenta del respectivo proyecto en la Cámara de origen y se extiende hasta la promulgación del mismo”.³⁵

Por de pronto, ciertas materias que decían relación con materias sobre “seguridad social o que inciden en ella” han debido iniciarse por mensaje y no por moción. De este modo, la infracción se sustenta en que “la proposición que tuvo por objeto conceptualizar la definición de empresa que se encuentra contenida en el artículo 183 ter, surgió por indicación parlamentaria y no de la Presidenta de la República, a pesar de que se trata de una materia reservada por la Constitución Política a la iniciativa exclusiva del Jefe de Estado”.³⁶

Del mismo modo, la aprobación de un proyecto debe realizarse cumpliendo ciertas formalidades. Así, por ejemplo, con relación a la Ley de Presupuesto se discutió la posibilidad de que se agregara una disposición propuesta por parlamentarios respecto de la probidad administrativa, indicando al efecto que “no hay obstáculo para que en la ley anual de presupuesto se incluyan normas sobre materias relativas a su ejecución o a la administración financiera del Estado, pero estas disposiciones han de tener relación directa con las ideas matrices o fundamentales de la misma que no son otras que el cálculo de ingresos y la autorización de gastos”.³⁷ Por ello, en este caso se estimó que la disposición no tenía relación directa con sus ideas matrices, puesto que se “contempla un nuevo caso de vulneración del principio de probidad administrativa, el cual no hace referencia alguna al mal uso de recursos públicos sino a la realización de ciertas actividades políticas”.³⁸

³¹ *Ibíd.*, considerando 76.

³² Roles 718, 759 y 773, todos de 2007.

³³ Rol 781/2007.

³⁴ Rol 1005, 24 de diciembre de 2007.

³⁵ Rol 1655, 1 de abril de 2010, considerando 3.º.

³⁶ Rol 534, 21 de agosto de 2006, considerando 10.

³⁷ Rol 1005, 24 de diciembre de 2007, considerando 12.

³⁸ *Ibíd.*, considerando 13.

Por último, se ha sostenido que no resulta procedente la revisión de la normativa reglamentaria interna del Congreso Nacional. En efecto, el Tribunal Constitucional “solo tiene jurisdicción para pronunciarse sobre las materias que están contenidas en los dieciséis numerales que dicha disposición contiene, entre las cuales no se encuentra el resolver acerca de la eventual inconstitucionalidad planteada por los actores respecto de la declaración de admisibilidad de un proyecto de modificación del reglamento de la corporación”.³⁹

4.3. Autos acordados emanados de tribunales superiores de justicia

Como se expresó, la reforma constitucional de 2005 entregó al Tribunal Constitucional la facultad de revisar determinados autos acordados emanados de tribunales superiores. En cuanto a la naturaleza jurídica de los autos acordados, se ha sentenciado que debe tratarse de actos de carácter “general y abstracto” y no de simples resoluciones administrativas.⁴⁰

Entre los casos conocidos debe mencionarse la inconstitucionalidad de una normativa dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago y que decía relación con el procedimiento disciplinario al contemplar carácter secreto de la investigación sumarial.⁴¹

Sin perjuicio de lo anterior, se estableció que “en aspectos de funcionamiento en que el legislador no ha establecido normas o que expresamente no le ha reservado a este, el propio órgano judicial puede auto-regularse”, haciendo presente que “naturalmente estas regulaciones no pueden contradecir normas legales ni menos las de rango constitucional”. Por ende, se concluyó que “los autos acordados no pueden regular materias que el constituyente ha reservado al legislador”.⁴² Obviamente los tribunales de justicia pueden “en materias disciplinarias de su competencia, precisar su propio funcionamiento, dictando normas reglamentarias ante la falta de normas legales, a través de un auto acordado”.⁴³

4.4. Facultad de la Corte Suprema de emitir su opinión en la tramitación de leyes orgánicas

La Carta Fundamental establece que respecto de ciertas leyes orgánicas, como es el caso de la relativa a organización y atribución de los tribunales, es menester escuchar obligatoriamente a la Corte Suprema.

La aludida exigencia constitucional “tiene su razón de ser en el hecho de que resulta conveniente y necesario que el Tribunal Superior del Poder Judicial, atendida su calificación y experiencia en la materia, pueda dar a conocer a los órganos colegisladores su parecer acerca de un proyecto de ley en el cual se contienen reformas que se considera

³⁹ Rol 1216, 30 de octubre de 2008, considerando 5.

⁴⁰ Rol 1009, 8 de abril de 2008.

⁴¹ Rol 783, 31 de agosto de 2007.

⁴² *Ibidem*, considerando 25.

⁴³ *Ibidem*, considerando 29.

necesario introducir a dicho cuerpo normativo, con el objeto de contribuir, así, a que estas sean las más adecuadas”.⁴⁴

Por lo mismo se ha estimado que es necesario que “se efectúe la consulta durante la discusión de la ley en el Congreso Nacional”.⁴⁵

Como consecuencia de lo anterior, se estimó que se había vulnerado la Carta Fundamental al solicitar la opinión de la Corte Suprema respecto de un proyecto que ya había sido aprobado por ambas Cámaras, razón por la cual “no puede considerarse cabalmente cumplida la exigencia establecida”.⁴⁶

4.5. Contiendas de competencia entre jueces inferiores y fiscales

Las contiendas de competencia producidas entre tribunales inferiores y autoridades administrativas son conocidas por el Tribunal Constitucional, órgano jurisdiccional que ha sido llamado “a tutelar la distribución de competencia entre los órganos dispuesta por el constituyente, corrigiendo tanto las extralimitaciones como la negativa de aquéllos a ejercer las funciones que la Ley Fundamental les ha encomendado”.⁴⁷

Se ha sentenciado que no se verifica una contienda de competencia “si un órgano realiza con su actuar u omisión un errado ejercicio de sus competencias, sino solo cuando ello lesiona la titularidad de las competencias de otro”, y se concluye que existe así una contienda de competencia o de funciones “cuando un órgano, con su actuar u omisión, afecta las competencias de otro, siempre y cuando tal situación importe una real y actual lesión o menoscabo”.⁴⁸

Así, por ejemplo, no existe contienda de competencia en el caso en que el Ministerio Público, con posterioridad a lo solicitado por el Tribunal, manifiesta que luego de un mejor estudio de los antecedentes proseguirá con la investigación de los hechos que originaron la causa.⁴⁹

Tratándose del delito de maltrato habitual, que tipifica la Ley de Violencia Intrafamiliar, no es requisito de procesabilidad que el juez de familia haya realizado la audiencia preparatoria o la del juicio para enviar los antecedentes de la causa con el fin de que el Ministerio Público inicie la investigación criminal.⁵⁰ Se estima por lo mismo que ello limita el ejercicio de la función que al Ministerio Público en términos que no se avienen con una “interpretación armónica y sistemática de nuestro ordenamiento”.⁵¹ De este modo, se hace presente que el Ministerio Público debe “proceder a investigar los hechos delictivos con la mayor celeridad y prontitud para que dicha investigación sea, en la medida de lo posible, exitosa. Y ello claramente se pone en riesgo si se admite que la norma

⁴⁴ Rol 1316, 31 de marzo de 2009, considerando 7.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Rol 1651, 24 de marzo de 2010, considerando 15.

⁴⁷ Rol 1320, 17 de marzo de 2009, considerando 16. En el mismo sentido, rol 1383.

⁴⁸ Rol 1531, 10 de diciembre de 2009, considerando 6.º.

⁴⁹ Roles 770/2007, 789/2007, 1015/2008, 1261/2008, 1495/2009, 1496/2009, 1705/2010 y 1773/2010.

⁵⁰ Rol 1248, 4 de noviembre de 2008. En el mismo sentido, roles 1142/2008, 1272/2008 y 1320/2009.

⁵¹ *Ibidem*, considerando 13.

en estudio establece una condición previa para que pueda ejercer las atribuciones que la Constitución le ha conferido”.⁵²

En otro ámbito de materia, se ha resuelto que la declaración de inhabilidad de un fiscal “es de competencia exclusiva del Ministerio Público”. A su vez, determinar si un fiscal puede declarar como testigo es “atribución exclusiva de los tribunales ordinarios de justicia”.⁵³

4.6. Investigación por el Ministerio Público

La investigación que debe practicar el Ministerio Público debe respetar los principios de “racionalidad y justicia”.

En tal sentido, se resuelve que “la exclusividad con que este organismo dirige la investigación penal, no impide el control de sus actuaciones, sino que, por el contrario, requiera de mecanismos legales de control que aseguren que la actividad persecutoria se someta a aquella exigencia”.⁵⁴

En concordancia con lo anterior, la circunstancia de que se otorgue al Ministerio Público la dirección de la investigación penal no importa permitir la arbitrariedad en su desempeño, pues “esta hipótesis se encuentra excluida por el conjunto de disposiciones contenidas en dicho cuerpo legal (CPP) y en la Ley Orgánica del Ministerio Público, que reglan sus potestades y que establecen el control jerárquico y jurisdiccional de su actuación”.⁵⁵

4.7. Atribuciones constitucionales de la Contraloría General de la República

La Contraloría General de la República debe revisar ciertos actos administrativos, lo que se realiza principalmente a través de la toma de razón y de la petición de dictámenes.

Por de pronto, se ha sentenciado que las atribuciones y funciones de dicho órgano contralor “pueden encontrarse tanto en la Ley N.º 10.336 como en otros ordenamientos legales, siendo imperativo para la validez normativa de todos ellos que revistan jerarquía orgánico constitucional”.⁵⁶

En Tribunal Constitucional, conociendo de un requerimiento de inaplicabilidad, validó la normativa contenida en el DL 799, que permite a la Contraloría General de la República ejercer potestad sancionatoria disciplinaria respecto del uso de vehículos fiscales.⁵⁷

Del mismo modo, se señaló que las facultades del Consejo para la Transparencia en el ámbito de su competencia no dejan sin efecto las atribuciones propias de la Contraloría General de la República, las que tienen fundamento constitucional.⁵⁸

⁵² *Ibidem*, considerando 15.

⁵³ Rol 1531, 10 de diciembre de 2009, considerando 16.

⁵⁴ Rol 1445, 20 de enero de 2010, considerando 14.

⁵⁵ Rol 1467.

⁵⁶ Rol 796, 11 de diciembre de 2007, considerando 8.

⁵⁷ *Ibidem*

⁵⁸ Rol 1051; traducción elaborada por el Mtro. Pedro Alejandro Villarreal Lizárraga.

5. Conclusiones

De lo señalado es posible concluir lo siguiente:

1. Los tribunales constitucionales, configurados a partir de los años veinte en Europa, han sido facultados para conocer de los conflictos entre los órganos del Estado.
2. En Chile, el Tribunal Constitucional se estableció en la reforma constitucional de 1970, aunque sus antecedentes históricos pueden encontrarse en las palabras formuladas en 1891 por el expresidente Balmaceda.
3. La reforma constitucional de 2005 otorgó nuevas atribuciones al Tribunal Constitucional, entre las que cabe destacar conocer de la inconstitucionalidad de los autos acordados y de ciertas contiendas de competencia.
4. Al Tribunal le ha correspondido ir fijando ciertos criterios especialmente con relación a la esfera de actuación de la reserva legislativa y de la potestad reglamentaria, especialmente en materia de derechos fundamentales.
5. De igual modo, ha ido señalando diversos aspectos referidos a la tramitación de la ley y a su aprobación por los colegisladores.
6. Asimismo, ha señalado el marco de habilitación constitucional para la dictación de autos acordados por los tribunales superiores de justicia, a la vez que ha fijado el sentido que tiene la facultad informativa de la Corte Suprema respecto de los proyectos de ley sobre organización y atribuciones de los tribunales.
7. Finalmente, se ha insistido en diversos pronunciamientos acerca de la esfera propia de actuación de órganos autónomos constitucionales, como es el caso de la Contraloría General de la República y el Ministerio Público.

Martín Risso Ferrand (Uruguay)*

¿Quién tiene la última palabra en temas de derechos humanos? Democracia versus aristocracia con toga

RESUMEN

El autor retoma una pregunta que tiene más de doscientos años de formulada, pero que aún no ha recibido una respuesta definitiva. Se repasan las respuestas recibidas ante la pregunta formulada en el título y se señalan los elementos contemporáneos que hacen más difícil la cuestión. Se exploran críticamente las distintas tensiones con la justicia: justicia versus poderes políticos, justicia versus cuerpo electoral, justicia internacional versus órganos internos. Se incluyen perspectivas no jurídicas, como la política, diferenciando la visión del tema desde la democracia y desde la democracia populista, lo que pone de manifiesto otra interrogante: ¿qué es la democracia en nuestros días? En definitiva, se hace necesario definir cuál es el equilibrio entre la voluntad popular (expresada por las mayorías, directamente a través de los institutos de gobierno directo o a través de sus representantes) y los órganos de contralor contramayoritario (sea el Poder Judicial u órganos ajenos a dicho poder, como los tribunales constitucionales); equilibrio difícil de encontrar.

Palabras clave: sistema contramayoritario, Constitución política, derecho comparado, ordenamiento jurídico nacional, protección de los derechos fundamentales, control de constitucionalidad, Uruguay.

ZUSAMMENFASSUNG

Der Autor greift eine Frage auf, die vor über zweihundert Jahren gestellt wurde, bisher jedoch noch keine endgültige Antwort erhalten hat. Die bislang auf die Frage im Titel gegebenen Antworten werden überprüft und es wird auf aktuellen Elemente hingewiesen, die eine Beantwortung zusätzlich erschweren. Die einzelnen Aspekte des Spannungsverhältnisses mit der Justiz werden einer kritischen Prüfung unterzogen: Justiz gegen politische Gewalten, Justiz gegen Wählerschaft, internationale Justiz gegen nationale

* Director del Departamento de Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad Católica del Uruguay. <mrisso@ucu.edu.uy>

Rechtsprechungsgorgane. Dabei werden nicht-juristische Perspektiven wie etwa die politische mit einbezogen; die Betrachtung des Themas unterscheidet damit zwischen der demokratischen und der populistisch-demokratischen Sichtweise, womit sich eine weitere Frage stellt: Was ist heutzutage unter Demokratie zu verstehen? Letzten Endes ist es notwendig, das Gleichgewicht zwischen dem (von der Mehrheit unmittelbar mit Hilfe der mit der Regierung beauftragten Institutionen oder ihrer Vertreter zum Ausdruck gebrachten) Volkswillen und den nicht dem Mehrheitswillen untergeordneten Kontrollorganen (wie die Justiz oder nicht zu ihr gehörende Organe wie etwa die Verfassungsgerichte) zu definieren - ein nur schwer zu erreichendes Gleichgewicht.

Schlagwörter: Mehrheitsunabhängiges System, Staatsverfassung, vergleichende Rechtswissenschaft, nationale Rechtsordnung, Grundrechtsschutz, Normenkontrolle, Uruguay.

ABSTRACT

The author revisits a question that has persisted for over two hundred years and has yet to be solved. There is an overview of several answers posited to the title question, as well as of the contemporary elements that further complicate the matter. Different tensions with justice are herein explored: justice vs. political powers, justice vs. electorate, international justice vs. internal government agencies. Non-legal perspectives such as politics are also included, in order to distinguish the approach from the perspective of democracy and the one from populist democracy, which leads to another question: what is democracy nowadays? It is undoubtedly necessary to define where the balance lies between the people's will (expressed by majorities directly through the institutions of direct government or through their representatives) and the counter-majority control agencies (be it the Judicial power or external entities such as constitutional courts), a balance that is hard to achieve.

Keywords: counter-majority system, political constitution, comparative law, national legal system, protection of fundamental rights, constitutional control, Uruguay.

1. Introducción

La relación entre la justicia, los poderes políticos (entendiendo por tales en este trabajo al Ejecutivo y al Legislativo) y el pueblo (cuerpo electoral) siempre ha sido problemática y polémica. ¿Quién tiene la palabra final a los efectos de la interpretación de la Constitución? ¿Quién es el mejor defensor de los derechos humanos? ¿El pueblo, los poderes políticos o las autoridades jurisdiccionales?

El 22 de diciembre de 1792 se preguntaba James Madison quién es el mejor custodio de las libertades del pueblo, y daba dos posibles respuestas, extremas, a la interrogante: a) Para un republicano la respuesta será *el pueblo mismo. La confianza sagrada no puede estar en ningún lugar más segura que en las manos de quienes tienen interés en preservarla.* b) Para un antirrepublicano la respuesta será: *el pueblo es estúpido, desconfiado, indisciplinado. No puede confiar con seguridad en sí mismo. Una vez que ha establecido un*

*gobierno no debería preocuparse en nada más que en la obediencia, dejando el cuidado de sus libertades a sus gobernantes, que son más sabios.*¹

Por supuesto que las anteriores son respuestas extremas y sin matizaciones, pero sirve para ir descubriendo el problema.

2. El caso uruguayo

En Uruguay esta cuestión se presentó en toda su extensión en los últimos veinticinco años. Para comprenderla debe tenerse presente lo siguiente:

- a. La salida de la dictadura militar (1973-1985) no fue sencilla, y entre sus temas polémicos se encuentra la ley 15.848, del 22 de diciembre de 1986, comúnmente llamada *Ley de Caducidad*, que estableció:

Artículo 1º.- Reconócese que, como consecuencia de la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre partidos políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984 y a efecto de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional, ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1º de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto.

- b. Pese a ser un tema que ha generado discusiones, creo que en términos prácticos el artículo transcrito vino a ser una amnistía con una redacción peculiar. Razones políticas llevaron a algunos sectores del Partido Nacional a no aceptar una amnistía lisa y llana y se buscó esta fórmula. La posición de este partido fue que la amnistía había sido acordada por el Partido Colorado y el Frente Amplio con los representantes de la dictadura en las llamadas negociaciones (y acuerdo) del Club Naval, en las que el Partido Nacional no había participado. Con esta redacción se quiso aclarar y compartir la responsabilidad con el Frente Amplio.
- c. La Constitución uruguaya prevé el referéndum contra las leyes como un recurso promovido, dentro del año de la promulgación de la ley, por una porción del cuerpo electoral (25% de los habilitados para votar); en caso de obtener las mayorías requeridas, se convoca al cuerpo electoral a que, en un procedimiento con las garantías del sufragio, se pronuncie a favor o en contra de la ley, estándose a lo que resuelva la mayoría (artículo 79 de la Constitución).
- d. Grupos políticos, sindicales y ONG interpusieron el referido recurso de referéndum contra la Ley de Caducidad y se convocó al cuerpo electoral para que se pronunciara mediante voto secreto. El resultado fue contrario al recurso, por lo que indirecta o tácitamente el cuerpo electoral confirmó la ley.

¹ Publicado en *National Gazette* y citado por Larry D. Kramer en *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, Madrid: Marcial Pons, 2011.

- e. La Suprema Corte de Justicia, único órgano competente conforme la Constitución uruguaya para pronunciarse sobre demandas de inconstitucionalidad de las leyes, por sentencia del 2 de mayo de 1988 se pronunció por primera vez sobre el tema, rechazando la pretensión de inconstitucionalidad y concluyendo que la norma legal era ajustada a la Carta. La decisión se tomó por mayoría, tres votos contra dos.
- f. La Constitución uruguaya prevé, en su artículo 331, cuatro procedimientos de reforma constitucional, uno de los cuales puede ser promovido por el 10% de los ciudadanos habilitados a votar y se resuelve mediante *plebiscito* (con este nombre se denomina en la Carta nacional al referéndum constitutivo).
- g. En 2009 se sometió a la ciudadanía un proyecto de reforma constitucional que declaraba la inconstitucionalidad e inexistencia de la Ley de Caducidad. El cuerpo electoral se pronunció en contra de la propuesta en octubre de 2009. O sea, en forma implícita o tácita, por segunda vez, el cuerpo electoral sostuvo la Ley de Caducidad.
- h. El acto plebiscitario de 2009 tiene gran importancia para la consideración del tema, ya que, cuando el cuerpo electoral rechazó el recurso de referéndum en los años ochenta, muchos sostuvieron que no había sido un pronunciamiento libre sino que la gente estaba presionada por la posibilidad de un nuevo golpe de Estado militar o por la posibilidad de enfrentamientos muy serios. Luego, en 2009, nadie puede sostener esto, por lo que el pronunciamiento es totalmente legítimo.
- i. El 17 de octubre de 2009, la Suprema Corte de Justicia dictó una nueva sentencia sobre la Ley de Caducidad, pero en esta ocasión cambió su jurisprudencia anterior y declaró, por unanimidad de sus miembros, la inconstitucionalidad de los artículos 1, 3 y 4 de la referida norma. Esta jurisprudencia fue confirmada en pronunciamientos posteriores.
- j. Por último, en febrero de 2011, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considerando que la Ley de Caducidad es nula (contraria a la Convención Americana) y no tiene ningún efecto, ordenó que el Estado elimine todos los obstáculos que impidan o hayan impedido o dificultado la investigación de los hechos comprendidos en la mencionada ley y, si correspondiera, se proceda a la aplicación de las sanciones penales a los responsables criminalmente de dichos hechos.

Como era de esperar lo anterior ha generado una cierta polémica, aunque ahora parece haber bajado su intensidad, en cuanto a qué prima: el (o los) pronunciamientos populares, los poderes políticos o los pronunciamientos judiciales.

3. Encare del tema

El tema es de una gran amplitud y es evidente que sus diversos componentes darían para estudios extraordinariamente extensos, incompatibles con los objetivos de esta publicación. Por ello procederé a analizar el tema de la siguiente forma:

- a. como una discusión histórica, teórica y con un enfoque axiológico (qué debería decir la Constitución);
- b. con un enfoque más estricto, que apunte a descubrir lo que cada Constitución establece;

- c. con una perspectiva que comprenda el problema desde el principio de separación de poderes en un sentido moderno;
- d. con una visión que distinga en las variantes de gobiernos democráticos que pueden existir en nuestros días y parta de la defensa de los derechos humanos, y
- e. por último, procuraré resolver algunas cuestiones puntuales y establecer algunas conclusiones generales y otras particulares para la situación de la Ley de Caducidad.

4. Análisis histórico, teórico y axiológico

4.1. Planteo del problema

Los orígenes de los sistemas democráticos modernos se encuentran incuestionablemente en tres procesos revolucionarios y en las culturas políticas y jurídicas previas, concomitantes y posteriores a ellos. Las revoluciones inglesa, estadounidense y francesa.

Desde el origen apareció una diferencia clara entre América y Europa. En Europa, con los revolucionarios enfrentados al rey (el tirano) y sus allegados (ministros y jueces), se perfiló un sistema basado en: a) la sobrevaloración del Parlamento y de la ley, y b) la desconfianza en los jueces. La legitimidad democrática del Parlamento, el respeto de las mayorías y de la ley fueron centrales. En América, en un contexto distinto, en que los revolucionarios estadounidenses se sentían principalmente oprimidos por el Parlamento inglés y no había desconfianza hacia los jueces, se hizo más hincapié en los controles contramayoritarios, en cómo defender los derechos de los individuos aun frente a las mayorías legislativas.

Ambos sistemas tienen diferencias históricas importantes: 1) el Parlamento goza de máxima importancia en Europa (soberanía parlamentaria inglesa y la ley como expresión de la “voluntad general” en Francia), mientras que Estados Unidos tiene un sistema de separación de poderes equilibrado, y 2) desde 1803 se admite en Estados Unidos que un juez pueda no aplicar una ley que considera inconstitucional en un caso concreto, mientras que recién en el año 2008 Francia admitió, en parte, el control de constitucionalidad sobre leyes perfectas. La diferencia temporal es elocuente: dos siglos y cinco años.

Los dos sistemas evolucionaron y se aproximaron, y hoy parece muy clara la aceptación de que una de las claves de los sistemas democráticos modernos reposa, por un lado, en un apropiado equilibrio entre el respeto de las mayorías, de los órganos con legitimidad democrática, y, por otro, en la existencia de un adecuado sistema de control sobre dichas mayorías.

Pero la cuestión no debe ni puede plantearse en términos tan simples porque, como suele ocurrir, la realidad es mucho más compleja.

Históricamente, en los Estados Unidos el tema no fue claramente comprendido ni resuelto. La Constitución federal nada dijo al respecto, aunque la cuestión era claramente percibida, como surge de las expresiones clásicas de Hamilton.²

² Hamilton, Madison y Jay, *The Federalist papers* (Introduction and notes by Charles R. KESLER), Nueva York: A. Signet Classic, 1999.

Sin perjuicio de una opinión personal del juez James Iredell en la Corte Suprema en 1780,³ fue en 1803, con el pronunciamiento judicial en el caso *Marbury v. Madison*,⁴ cuando el juez John Marshall estableció la opinión de la Corte Suprema de los Estados Unidos y dio comienzo a la evolución jurisprudencial del *judicial review*. Un juez que, para resolver el caso que se le ha presentado, tiene que aplicar una ley que está en contradicción con la Constitución, deberá aplicar esta y no aquella. Se aprecia la diferente orientación histórica y filosófica así como el muy distinto rol de los jueces, que hacen que, en cierta forma, el sistema estadounidense aparezca como opuesto al francés, el cual fue el más influyente en Europa.

Pero el *judicial review* fue, y es, discutido. Los presidentes Jefferson,⁵ Lincoln⁶ y Roosevelt⁷ lo cuestionaron fuertemente, en especial el último. Para defender la Constitución Jefferson llegó a proponer que se facultara a que dos poderes pudieran convocar a una asamblea del pueblo a fin de corregir incumplimientos de la Constitución.⁸

La cuestión es realmente compleja. En contra de la competencia del Poder Judicial suele decirse que: 1) Dado que los jueces no tienen legitimidad democrática, no puede ser que tengan la palabra final en lo que refiere a algo tan importante como la interpretación de la Constitución. 2) Asimismo son los legisladores, además de representantes del pueblo, quienes están sometidos al control político de los votantes (valorarán su gestión a la hora de las elecciones) mientras que no existe dicho contralor popular respecto a los jueces.⁹ 3) Los tres poderes de gobierno están en plano de igualdad y no puede ser que uno, el que carece de legitimidad democrática, termine primando sobre los otros. 4) Se reconoce que la regularidad de los actos jurídicos debe ser objeto de control, pero se niega que esta potestad tan importante pueda recaer en los jueces. 5) No se puede aceptar que los jueces primen sobre el Legislativo en lo que refiere a la constitucionalidad de las leyes, ya que de ser así sería como que la Constitución hubiera establecido dos agentes para ocuparse de lo mismo: el Legislativo y el Judicial, y que este último puede interferir en las funciones del primero. No se niega, en definitiva, la superioridad de la Constitución sino que un poder pueda interpretar la Constitución fuera del legislativo.

Un argumento que merece ser tratado por separado refiere a los procedimientos de designación de los funcionarios. En lo que atañe a los legisladores, nadie duda de la elección popular (que admite varias modalidades). Por supuesto que hay matices y variantes, pero los caminos generales son claros. En cambio, ¿cuál es la forma en que deben ser

³ Kathleen M. Sullivan y Gerald Gunther: *Constitutional Law*, 15.^a ed., Nueva York: Foundation Press y Thomson West, 2004, p. 15. También Larry Kramer: *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 83. Este autor recuerda la aparición, bajo el seudónimo de *El Lector*, de un ensayo de IREDELL en este sentido.

⁴ Me remito a Martín Risso: *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008, pp. 141-144.

⁵ Carta de Jefferson a Abigail Adams de 1804: "nada en la Constitución les da derecho a los jueces para decidir por el Ejecutivo". Y luego, en carta a William Jarvis, señala que es peligroso considerar que son los jueces los árbitros de las cuestiones constitucionales (ve peligros de despotismo y de oligarquía). Ambas cartas citadas por Sullivan y Gunther: o. cit., p. 22.

⁶ En discurso de 1858 para oponerse a la sentencia de la Corte Suprema en el caso *Dred Scott*.

⁷ Kramer: o. cit., pp. 302 ss.

⁸ *Ibidem*, pp. 80 ss.

⁹ *Ibidem*, p. 40 ss.

seleccionados los jueces en un sistema democrático? No hay respuesta clara en la materia y todos los sistemas son criticables: designación por el presidente, por el Legislativo, por los propios jueces, por órganos especiales (consejos de judicatura), elección popular, sistemas mixtos, etc. Todas las alternativas son criticables y ninguna es plenamente satisfactoria. Entonces, en términos democráticos, ¿es razonable confiar la decisión final en la interpretación de la Constitución a funcionarios sin legitimidad democrática y respecto a los cuales ni siquiera podemos elegir y justificar cuál es la mejor forma de designación conforme con un sistema democrático?

Pero con otra visión se señala que el respeto de la soberanía popular requiere del control judicial de la inconstitucionalidad de las leyes. Si la Constitución es la ley suprema, todo acto contrario a ella será nulo. El principio de la soberanía popular requiere que las leyes inconstitucionales sean consideradas inválidas.

Chemerinsky¹⁰ ha destacado los tres factores que hacen especial la interpretación de la Constitución, al indicar: 1) la Constitución debe ser entendida como un documento contramayoritario: en la base de la democracia americana está la afirmación de que hay que cuidarse de las mayorías;¹¹ 2) la Carta debe apreciarse desde la perspectiva de límite a las mayorías, en especial en los tiempos de crisis, y 3) la Constitución aparece como una forma de proteger *long-term values* de las *short-term passions*. Aparece un carácter especial de las constituciones democráticas: por un lado promueven la toma de decisiones que no logran acuerdo por la regla de la mayoría, pero al mismo tiempo se controla el producto de dicho proceso de toma de decisiones. Esta es la esencia del constitucionalismo moderno: su rol contramayoritario.

Sullivan y Gunther¹² se preguntan si el *judicial review*, y este control contramayoritario, es consistente con la democracia. La crítica más obvia al *judicial review* viene en este punto. ¿Puede una Corte no electa por el pueblo declarar la inconstitucionalidad de una ley aprobada por los representantes del pueblo? La pregunta genera inquietudes acerca del control contramayoritario y aparecen quienes reclaman el *self-restraint* frente a las decisiones de órganos electos popularmente. La opción es, o una confianza absoluta en las decisiones de las mayorías legislativas, o que también estas estén sometidas a un control en cuanto a su constitucionalidad. Y aquí nos aproximamos a un carácter doble, en cierta forma contradictorio, que presentan las constituciones democráticas: por un lado son democráticas en tanto establecen este sistema y disponen lo necesario para que sea efectivo, pero al mismo tiempo son antidemocráticas en tanto ponen límites a las decisiones de las mayorías legislativas.

Pero esto no debe extrañar ya que algo parecido pasa si confrontamos la democracia con los derechos humanos. Como enseña Alexy, hay tres formas de analizar la confrontación: a) Con una visión *ingenua* se afirma que los derechos humanos y la democracia son cosas buenas que no pueden confrontar entre sí (solo habría conflictos entre el bien y el mal). 2) Con una concepción *idealista* se reconoce el conflicto (nuestro mundo se

¹⁰ Erwin Chemerinsky: *Constitutional Law. Principles and policies*, 3.^a ed., Nueva York: Aspen, 2006, pp. 6 ss.

¹¹ Es tan peligrosa la tiranía de una mayoría como la de un grupo o la de una persona.

¹² Sullivan y Gunther: o. cit., p. 19.

caracteriza por la escasez y la limitación), pero este opera en el mundo real y no en el ideal. 3) Por último, con una visión *realista* se aprecia que la relación entre democracia y derechos humanos presenta dos realidades opuestas entre sí.

Por un lado los derechos humanos son profundamente democráticos y por otro lado son profundamente antidemocráticos. Son básicamente democráticos por cuanto aseguran el desarrollo de la democracia y de las personas gracias a la garantía de la libertad y la igualdad, que son las bases para que pueda funcionar un sistema democrático (pensemos en libertad de opinión, de sufragio, de asociación, de prensa, etc.). Pero también son antidemocráticos en la medida en que desconfían del proceso democrático y buscan el sometimiento, incluso del Poder Legislativo, privando de decisión en ciertos casos a las mayorías parlamentarias.¹³ Por último, un argumento importante para el *judicial review* es que no hay nada que lo pueda sustituir. No hay propuesta alternativa viable.¹⁴ Si no son los jueces: ¿quién controla la regularidad constitucional de las leyes y defiende los derechos de los ciudadanos frente a las leyes inconstitucionales?

De todas formas también en este enfoque se debe ser cauteloso. A veces se defiende la potestad de los jueces con términos tales como que la decisión final no esté *contaminada* políticamente, o se reconoce y reclama de los jueces una solución a las insuficiencias políticas, e incluso se llega a reclamar la participación judicial en la fijación de las políticas públicas cuando, a juicio de los jueces, fallan los representantes. Estas visiones, en mi opinión, no pueden ser aceptadas. Pensar en la contaminación política o en corregir las insuficiencias de los políticos implica una opción prejuiciosa y negativa en cuanto a la labor de los representantes del pueblo. Esta visión es contraria al sistema democrático (por supuesto que los representantes pueden fallar —como también se equivocan los jueces—, pero no contaminan nada al analizar los temas sino que los enriquecen; en la base del sistema democrático está la discusión y la toma de decisiones políticas por los representantes del pueblo) y tiende al establecimiento, en los hechos, de otro sistema, de tipo aristocrático (con toga). En este tema se debe ser cuidadoso y no caer en visiones extremistas o en consideraciones en blanco y negro. No podemos ni negar el contralor sobre el Legislativo (no es infalible en tanto representante del pueblo) ni caer en un control excesivo, que pierda de vista que las decisiones judiciales son solo para el caso concreto (no se fijan políticas generales por sentencias) y que haga que el sistema sea menos democrático y más aristocrático.

La discusión de los Estados Unidos, que llega a nuestros días, reposa en la carencia de elementos constitucionales para resolver la cuestión. Y así puede recordarse el famoso debate a mediados del siglo xx entre el juez Learned Hand y el profesor Herbert Wechsler. Lo que existía en la base de este debate era una cuestión de legitimidad. Para Hand, en tanto a su juicio el poder de control de las leyes (*judicial review*) no es una

¹³ Robert Alexy: “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en Miguel Carbonell (ed.): *Neoconstitucionalismo*, Madrid: Trotta, 2005, pp. 37 ss.

¹⁴ Chemerinsky plantea varias alternativas sobre quién tiene la opinión autoritativa: a) primera posibilidad: nadie; b) segunda: las tres ramas del gobierno tienen idéntico poder para interpretar la Constitución dentro de sus ámbitos de competencia, con lo que se aproxima a Jefferson (por ejemplo, el juzgar la validez de la guerra de Vietnam es competencia del Ejecutivo), y c) la autoridad judicial. Chemerinsky: o. cit., pp. 30 ss.

lógica deducción de la Constitución, es necesario que el juez sea sumamente cauto en el ejercicio de este poder. En cambio, para Wechsler, el *judicial review* encuentra claro anclaje en la Constitución, por lo que la Corte no tiene forma de escapar a su obligación competencial (el deber de ejercer la competencia no puede ser atenuado ni eludido).¹⁵

Lo que se ve es una tensión, dentro de los Estados de derecho contemporáneos, entre la democracia y la aristocracia. La cuestión termina siendo un problema de confianza: ¿en quién se confía más?, ¿en los representantes del pueblo o en los jueces? La aristocracia moderna no se basa en títulos o cargos hereditarios sino en lo que se ha dado en llamar la *aristocracia de la toga*, individuos no electos por el pueblo, que carecen de legitimidad democrática, a los que se les otorga el poder de que, para el caso concreto, sean los intérpretes finales de la Constitución.

4.2. Continuación

Pero la cuestión puede verse con el enfoque de un autor europeo. En el año 1921, el célebre jurista francés Edouard Lambert publicó la primera edición de su libro producto del estudio del sistema norteamericano: *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en Estados Unidos*.¹⁶ Este autor, además de realizar uno de los más completos análisis del *judicial review*, con la visión de un europeo (lo que hace más interesante el estudio), y de criticar el sistema estadounidense¹⁷ (refiere críticamente a la “aristocracia con toga”), la enseñanza del derecho en América y el *judicial review*, sitúa el nudo de la cuestión en el principio de separación de poderes. Para Lambert, el sistema de separación de poderes de 1787 y el sistema de separación federal y estadual han resistido el embate del tiempo, pero el principio de separación de poderes de Montesquieu es impotente para cumplir sus promesas por un período prolongado. Tarde o temprano un poder prima sobre los otros e impone unidad de opiniones y de acción. En Inglaterra y Francia se hizo primar al Legislativo y en Estados Unidos al judicial.¹⁸

Señala Lambert, analizando la historia estadounidense, que hasta 1883 el *judicial review* fue moderado y en general se refirió a cuestiones federales, pero a partir de dicho año aumentó su campo de acción y llevó a que la rama más conservadora¹⁹ del gobierno, la judicial, regulara, filtrara y frenara la actividad más inquieta y audaz, que sería la legislativa. En el mismo sentido recuerda la opinión de Pound en cuanto a la existencia de tres períodos en Estados Unidos: la Constitución estableció la igualdad de poderes, pero primero primó el Legislativo, en la primera mitad del siglo XIX, luego surgió la hegemonía del Poder Judicial y, anunciaba este autor, la primacía del Ejecutivo estaba cerca (lo que parece haberse cumplido).

¹⁵ Sullivan y Gunther: o. cit., pp. 18 ss.

¹⁶ Edouard Lambert: *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos*, Madrid: Tecnos, 2010.

¹⁷ Téngase presente que el estudio refiere a la jurisprudencia de la Corte Suprema antes de 1921.

¹⁸ Lambert: o. cit., pp. 15-25.

¹⁹ Los juristas son los personajes más conservadores del gobierno, formados en la búsqueda del precedente y en la mirada al pasado.

El enfoque de Lambert es extraordinariamente interesante y profundo, pero hay algunos problemas no resueltos en el estudio. Primero, el problema del mal funcionamiento del principio de separación de poderes está siempre presente, pero ante la crítica basada en la realidad no hay alternativa posible: todo sistema puede funcionar bien o mal en distintos períodos y es imposible asegurar su correcto desempeño. El propio autor demuestra y da ejemplos de que cualquiera de los tres poderes puede excederse, pero la pregunta que aparece a mi juicio es ¿qué es mejor?: ¿un sistema en que los tres poderes se controlan recíprocamente (sin perjuicio de hegemonías temporales de uno u otro poder) o dar directamente la primacía a uno de ellos? La experiencia nos demuestra que los tres poderes, integrados por seres humanos, presentan antecedentes de aciertos trascendentes y de errores inconcebibles. El viejo y sabio principio parece ser mejor, por cuanto da la oportunidad de que funcionen los controles recíprocos entre los tres centros de autoridad.

Adviértase que la obra mencionada, publicada en 1921, es casi contemporánea del Tribunal Constitucional alemán, creado en enero de 1919, y del Tribunal Constitucional austríaco, creado en octubre de 1920. Esto es, la conveniencia de la supremacía legislativa en este tema que propone Lambert comenzaba a ser abandonada en Europa, que desplazaba la interpretación constitucional hacia un órgano jurisdiccional con competencias e integraciones especiales. Claro que la excepción fue Francia, que no reconoció el control de la constitucionalidad de las leyes perfectas hasta el año 2008.

5. Análisis del tema según previsiones constitucionales expresas

En Europa el planteo del tema no fue idéntico al norteamericano. Con diferente punto de partida en materia de cultura e historia política, y sin perjuicio de algún precedente,²⁰ debe recordarse que en Francia, en la Constitución del Año VIII (1799), se instauró un Senado conservador, entre cuyas facultades aparece la de juzgar sobre la constitucionalidad de los actos del Parlamento y del Gobierno que les hubiera diferido el Tribunal ante una supuesta inconstitucionalidad.

Las diferencias con el modelo norteamericano son notorias, ya que el contralor de la constitucionalidad de las leyes se confía a un órgano político, que incluso tuvo una mala actuación en la materia. Ese carácter político de la jurisdicción constitucional se mantuvo en Francia en la Constitución de 1852 y, atemperado, en la propia Carta de 1946. No es hasta la Constitución de la Quinta República que se advierte un cambio en dicha orientación. Y recién en el año 2008 se reformará la Constitución permitiendo, en algunas hipótesis, la declaración de inconstitucionalidad de una ley ya perfeccionada (no solo de un proyecto de ley).

En el siglo xx el control de la constitucionalidad de las leyes ingresó en Europa. Como uno de sus primeros antecedentes puede citarse el del Tribunal Constitucional alemán, creado por ley del 25 de enero de 1919, y en forma casi inmediata la Constitución Federal de la República Austríaca, del 1.º de octubre de 1920. Es en este período cuando, también

²⁰ El caso de la posición de Edward Coke.

en lo que a jurisdicción constitucional refiere, aparece la obra de Hans Kelsen, desarrollada básicamente en su *Teoría general del Derecho y del Estado*.

Este autor considera que el orden jurídico es un sistema de normas generales e individuales entrelazadas, según el principio de que el derecho regula su propia creación. Cada norma es creada de acuerdo a prescripciones de otra norma y, en última instancia, de acuerdo con la norma fundamental. Así, cada acto de creación jurídica es un acto de aplicación del derecho anterior. Se plantea Kelsen el problema de las eventuales contradicciones entre las normas aplicables y entiende, en primer término, que la expresión *inconstitucional* es un contrasentido, ya que significa que la ley es nula, o sea, que no es una ley, cuando lo que la expresión realmente indica es que la ley, por alguna razón, puede ser anulada conforme a la Constitución.²¹ El juez que resuelve una acusación del fiscal no solo debe resolver la *quaestio facti*, sino también la *quaestio juris*; debe examinar si la norma general que pretende aplicar es realmente válida, esto es, si ha sido creada en la forma prescrita por la Constitución.²²

Comúnmente la ley es anulada de acuerdo al principio *lex posterior derogat priori* o por el desuetudo. Pero en lo que refiere a la contradicción entre una norma legal y la Constitución, para Kelsen la Carta puede encargar a un órgano determinado el decidir si fueron observadas las normas constitucionales para la creación de la ley, y el resultado de la actuación de dicho órgano, en caso de concluir en la invalidez de la norma, será su anulación. La jurisdicción constitucional aparece así como un legislador negativo, ya que el resultado implicará la abrogación de la ley no creada conforme a la Constitución.

La aplicación de la Constitución, para Kelsen, solo puede hallarse debidamente garantizada si un órgano distinto al legislativo tiene a su cargo la tarea de comprobar si una ley es constitucional y anularla si es inconstitucional. Mientras la ley no ha sido nulificada, es constitucional y no inconstitucional en el sentido de ser contraria a la Constitución. El principio general, para Kelsen, es que la norma jurídica es siempre válida, es decir, no nula, pero puede ser anulada. A tales efectos el orden jurídico puede facultar a un órgano a declarar nula la norma.

También en Europa se discutió sobre quién era el mejor intérprete de la Constitución: ¿un órgano jurisdiccional o un órgano político? Kelsen rechazó la crítica que consideró antidemocrática la solución no política (y rechazó una sobredimensión del papel del jefe de Estado, ya que coloca como enemigos a los dos grandes centros de poder que establece la Constitución: el jefe de Estado y el Parlamento). Sostuvo:

“Defensor de la Constitución” significa, en el sentido originario del término, un órgano cuya función es defender la Constitución contra las violaciones. De ahí que se hable también y por regla general de una “garantía” de la Constitución. Dado que esta es un ordenamiento y, como tal, en cuanto a su contenido, un conjunto de normas determinadas [...] Como toda norma, también la Constitución puede ser violada solo por aquellos que deben cumplirla.²³

²¹ Hans Kelsen: *Teoría general del derecho y del Estado*, México: Universitaria, 1949, p. 162.

²² *Ibíd.*, p. 148.

²³ Hans Kelsen: *¿Quién debe ser el guardián de la Constitución?*, Madrid: Tecnos, 1999 (edición original de 1931), p. 1.

Carl Schmitt, por su parte, sostenía:

Que el Presidente del Reich sea el protector de la Constitución corresponde también, empero, al principio democrático sobre el cual descansa la Constitución de Weimar. El Presidente del Reich es elegido por el pueblo alemán entero, y sus facultades políticas frente a los órganos legislativos son por naturaleza, una apelación al pueblo.

Consideraba Schmitt que la ampliación sin inhibiciones de los tribunales no implicaba transformar al Estado en jurisdicción, sino que se transformaba a los tribunales en órganos políticos. Lo que se logra es politizar la justicia, como lo demuestra la contradictoria terminología *justicia constitucional*. Por eso, refiriéndose a un sistema de tipo parlamentario, consideraba Schmitt que la mejor solución, y también la más democrática (la posición contraria entrega la solución de las cuestiones de constitucionalidad a una “aristocracia con toga”), era colocar como custodio de la Constitución al jefe de Estado.²⁴ La tesis predominante en Europa fue la de Kelsen.²⁵

Se ha llegado en nuestros días a una situación interesante. En América, cuna del *judicial review*, si bien el control de la constitucionalidad parece firme, subsisten dudas y discusiones basadas, fundamentalmente, en la falta de texto expreso en la Constitución. En Europa, luego de la primacía legislativa, se fue avanzando hasta llegar a un esquema en el que casi todas las constituciones contemporáneas resuelven el problema en forma expresa y atribuyen la competencia de intérprete final a órganos ajenos no solo al sistema político sino a los tres poderes. Pero sí se trata de órganos de naturaleza jurisdiccional, normalmente con una integración peculiar, sin legitimación democrática, que se transforman en los intérpretes y garantes de la Constitución. Incluso en muchos casos las sentencias pueden tener efectos generales, lo que da al tribunal un poder importante.

Y, por supuesto, las previsiones expresas terminan la discusión, pues es la norma de mayor jerarquía la que somete a contralor a los gobernantes. En el caso de constituciones como la uruguaya —que para reformarse debe necesariamente contar con el voto mayoritario del cuerpo electoral expresado en un plebiscito (referéndum constitucional)—, es claro que es el pueblo el que constituyó los tres poderes, estableciendo quiénes legislan, quiénes gobiernan y quiénes controlan. Las dudas basadas en la *objeción democrática*, que se funda en la carencia de legitimidad democrática de los jueces, no puede ser recibida en Uruguay.

²⁴ Carl Schmitt: *La defensa de la Constitución*, Madrid: Tecnos, 1983.

²⁵ Evelyn Haas menciona que la creación de la Corte Constitucional Federal en 1951 puso fin en Alemania a la disputa entre Kelsen y Triebel (Heinrich), Schmitt (Carl) y Smend (Rudolf). Evelyn Haas: “El campo de las tensiones formado por la Corte Constitucional y la política”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2000*, Buenos Aires, Fundación Konrad Adenauer y Ciedla, 2000.

6. Análisis desde el principio de separación de poderes

Este viejo principio, pensado como defensa de la libertad (hoy deberíamos decir *defensa de los derechos humanos*) frente a la arbitrariedad de los gobernantes, aporta mucha claridad a la discusión.

Las preguntas usuales en la materia son: ¿Por qué un poder va a primar sobre los otros en materia de interpretación constitucional? ¿Por qué el Poder Judicial va a primar sobre los otros dos en dicha hermenéutica? ¿Por qué va a primar la decisión de autoridades “aristocráticas” por encima de las democráticas? Pero el principio de separación de poderes nos permite ver que las preguntas están mal planteadas.

Este principio, en su formulación moderna, debidamente equilibrada y balanceada, refiere, más que a separación de poderes, a una mezcla de poderes que se entrelazan y se controlan entre sí con competencias superpuestas.²⁶ Esto puede sintetizarse diciendo que, en principio, 1) quien establece las reglas generales no las ejecuta ni resuelve los conflictos entre particulares con autoridad de cosa juzgada; 2) quien ejecuta las reglas generales no las establece ni resuelve los conflictos con autoridad de cosa juzgada, y 3) quien resuelve los litigios con autoridad de cosa juzgada (y solo para el caso en que dicta la sentencia)²⁷ no establece las reglas generales ni las ejecuta.²⁸

Así planteada la cuestión, se aprecia que no hay primacía de un poder sobre los otros sino el funcionamiento de este sabio principio. En el ejercicio de la competencia legislativa, la interpretación de la Constitución que se utilizará será la que hagan los legisladores. En el ejercicio de la función ejecutiva, será el Ejecutivo el que interprete, aunque en este caso, además, sometido a la ley, y cuando se somete un caso a los tribunales serán estos los que en su sentencia, y para el caso planteado, determinarán la interpretación que pasará en autoridad de cosa juzgada en esa litis. La interpretación de la Constitución por los jueces es la misma que realizan sobre cualquier otra norma del orden jurídico y tendrá sus efectos para el caso concreto.²⁹

Al análisis de quién es el intérprete final de la Constitución le faltaba agregar los distintos tipos de interpretación. La Constitución puede ser objeto de diversas interpretaciones: 1) interpretación auténtica, realizada por una norma constitucional posterior; 2) interpretación legislativa, que es la realizada a través de una ley interpretativa de la

²⁶ Manuel Aragón: *Constitución y control del poder*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995, pp. 21-28.

²⁷ Esto debe matizarse en los países como Estados Unidos, en que el precedente obligatorio (*stare decisis*) extiende los efectos de la sentencia fuera del caso particular.

²⁸ Por supuesto que la formulación moderna del principio de separación de poderes es mucho más compleja. Por ejemplo, la colaboración e interacción entre los poderes políticos es mucho mayor y, además, han aparecido órganos extrapoderes (piénsese en los bancos centrales contemporáneos) y se reconoce una necesidad de evitar la concentración del poder (para asegurar la libertad y los derechos humanos) también en el plano de la sociedad civil. Al respecto, Wolfgang Hoffman-Riem: “La división de poderes como principio de ordenamiento”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2007*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2007, pp. 211 ss. José Luis Cea Egaña: “Proyecciones de la separación de poderes en el Estado contemporáneo”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2007*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2007. Néstor Pedro Sagüés: “Problemática de los órganos extrapoder en el diagrama de división de los poderes”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2007*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2007.

²⁹ Similar comentario al de la nota 27 sobre el precedente obligatorio.

Carta y tendrá los efectos de cualquier ley (en Uruguay esta hipótesis está prevista en el artículo 85 numeral final de la Constitución); 3) interpretación realizada por otras autoridades públicas, que para actuar y adoptar decisiones requieren de una previa interpretación de la Constitución (aquí la interpretación se agota en servir de fundamento o consideración para la actuación estatal); 4) interpretación judicial, que es la realizada por un tribunal al resolver un caso que le fue planteado, y que normalmente solo tiene efectos para el caso concreto que se resuelve, y 5) también la interpretación que cualquier individuo puede hacer de la Constitución para adoptar sus decisiones personales, o interpretaciones generales tales como las que hace la doctrina. Cada interpretación tiene distintos efectos y consecuencias.³⁰

De esta forma se aprecia cómo cada poder puede interpretar la Constitución en los términos que correspondan: la interpretación legislativa tendrá la eficacia de cualquier ley; la que realizan los órganos públicos, cualesquiera sean, será el fundamento de su accionar, que podrá ser controlado por razones de juridicidad; y la de los tribunales será válida y definitiva, al adquirir la estabilidad de la cosa juzgada para el caso resuelto.

Incluso la propia Constitución uruguaya recoge esto con claridad, y cuando da al Legislativo la facultad de interpretar la Constitución por ley (interpretación general y con los efectos típicos de toda ley) menciona expresamente, en el numeral final del artículo 85, que dicha ley interpretativa puede ser controlada en cuanto a su regularidad constitucional por la Suprema Corte de Justicia. O sea, en el caso concreto la última interpretación es la judicial.

Por último, debe destacarse que, cuando nos enfrentamos a constituciones con soluciones expresas, si estas dan competencia para la declaración de inconstitucionalidad a órganos jurisdiccionales ajenos al Poder Judicial, y confieren efectos generales a las sentencias, lo dicho se ve alterado en dos aspectos: a) implica una doble excepción al principio de separación de poderes en la medida en que se da competencia jurisdiccional a órganos ajenos al sistema judicial y se atribuye efectos generales a dichas sentencias en algunos casos; pero b) la solución de excepción no presenta problemas interpretativos en la medida en que está en la Constitución a texto expreso, por lo que no se puede dudar de la competencia atribuida directa y expresamente por la propia Constitución.

7. Análisis desde las perspectivas presuntamente democráticas de nuestros días y desde los derechos humanos

7.1. ¿Democracia clásica o democracia populista o neopopulista?

La democracia suele aparecer en confrontación con distintas formas de gobierno autoritarias. En los siglos XVIII y XIX fue con las monarquías absolutas; durante el siglo XX, con sistemas autoritarios de diverso tipo (nacionalsocialismo, fascismo, comunismo,

³⁰ Me remito a lo dicho en Martín RISSO FERRAND: *¿Qué es la Constitución?*, Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, 1.ª reimp., 2011, pp. 18-21.

dictaduras latinoamericanas, etc.), y hoy, en América Latina, donde no parece probable la aparición de un sistema netamente autoritario (con la excepción de Cuba), con las democracias populistas o neopopulistas.

Sin perjuicio de sus variantes, las democracias populistas se caracterizan por lo siguiente: a) primero un elemento claramente democrático, como es que la legitimidad del poder político deriva del pueblo (estos sistemas funcionan cuando existen líderes carismáticos o partidos políticos con una altísima adhesión popular que les permiten, con esta base, concentrar los poderes en el gobierno); b) pero la concentración de poder toma un sesgo autoritario y conduce a reconocer la infalibilidad del gobernante o de su partido, con la consecuencia de que el disenso responde a traidores, enemigos del pueblo o sujetos al servicio de intereses foráneos (todo esto se hace invocando al pueblo o pretendiendo actuar en su nombre); c) el sesgo antidemocrático lleva en forma directa a la no aceptación del disenso (se limita la libertad de prensa, se limita en general la libertad de expresión, etc.) y al avasallamiento de los controles judiciales (nacionales o internacionales): ¿cómo puede criticarse o declararse inválido lo resuelto por los legítimos e infalibles representantes del pueblo?

En un esquema neopopulista, con mayorías populares que responden efectivamente (en manifestaciones populares o en las urnas), la afirmación de que pueda haber una voz u opinión por encima de la del pueblo es inaceptable. En Perú, en la época de Fujimori, se incumplió con las sentencia de la CIDH en los casos *Loayza Tamayo* (en forma parcial) y *Castrillo Petruzzi*. Incluso Perú llegó a plantear una renuncia a la jurisdicción de la CIDH. Esta posición fue abandonada apenas finalizado el régimen de Fujimori. En la actualidad en Venezuela se sostiene que las sentencias de la CIDH no son obligatorias. Este país fue objeto de una sentencia de la CIDH por la irregular destitución de jueces de lo contencioso administrativo, en la que la Corte ordenó la restitución de los magistrados y el pago de indemnizaciones. La Sala Constitucional de Venezuela, afín al presidente Chávez, recomendó a este, en primer término, denunciar la Convención Americana, y luego sostuvo que la sentencia de la CIDH no era obligatoria. Para ello invocó, por ejemplo, la prevalencia del derecho interno sobre el internacional, afirmó que solo obliga la Convención pero no las interpretaciones que de ella se hagan (por ejemplo, la CIDH), que el sistema constitucional que se ha dado el pueblo venezolano no coincide con la Convención ya que en Venezuela los derechos sociales priman sobre los de primera generación. En definitiva, Venezuela no cumplió con la sentencia y dijo expresamente que no era obligatoria, invocando básicamente la decisión del pueblo venezolano.

La democracia tradicional se caracteriza, en lo que interesa al presente trabajo, por lo siguiente: a) la legitimidad del poder reposa en el pueblo, ya sea en la elección de gobernantes o mediante la participación en institutos de gobierno directo; b) se parte de la base de falibilidad de los gobernantes en tanto seres humanos (se equivocan de buena fe o de mala fe), y c) es preciso establecer un sistema que dé las mayores garantías a los derechos humanos (si bien nunca será perfecto y solo servirá para bajar el riesgo de error y lesión ilegítima de un derecho humano), lo que se logra con diversos mecanismos, en un marco en que uno de los más importantes sigue siendo el principio de separación de poderes, aunque complementado por la jurisdicción internacional y los institutos de democracia directa. En este esquema todos los derechos humanos, pero en especial la

libertad de prensa, así como los controles jurisdiccionales, nacionales e internacionales, son básicos.

En este enfoque, totalmente diverso al anterior, toda limitación de los derechos humanos se rodea de garantías. Pensando en el sistema uruguayo: a) En primer lugar, las limitaciones de los derechos humanos requieren de ley (primera garantía democrática, conforme los artículos 7, 10, etc., de la Constitución). b) Si el gobierno llega a la conclusión de que es necesaria dicha limitación, en primer término, deberá aprobar una ley con el voto conforme (en discusiones públicas en las que se registra quién voto qué) de las mayorías legislativas. c) Si el Legislativo aprueba el proyecto de ley, este pasa al Ejecutivo, que podrá promulgarlo (en forma expresa o tácita conforme los artículos 143 y 144 de la Constitución) o bien vetarlo según el artículo 145 y siguientes (oponer objeciones u observaciones con lo que el proyecto vuelve al Legislativo para su reconsideración) y debe tenerse presente que desde la reforma constitucional de 1997 es casi imposible que el Legislativo levante un veto y se obligue al Ejecutivo a la promulgación, pues las mayorías legislativas que se exigen, tres quintos de votos de cada cámara según el artículo 138, son casi imposibles de lograr. d) Promulgada la ley, y sin perjuicio de los casos de exclusión constitucional previstos en el artículo 79 de la Constitución, se puede interponer un recurso de referéndum contra la ley y lograr un pronunciamiento popular respecto a ella. e) Si no se interpone un recurso de referéndum o si este es rechazado, o incluso en forma superpuesta con el referéndum, podrán los titulares de un interés legítimo lesionado accionar ante la Suprema Corte de Justicia peticionando la declaración de inconstitucionalidad de las disposiciones legales que correspondan. f) Fracasada la instancia judicial interna, podrá denunciarse el caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y, si corresponde, el asunto podrá llegar hasta la consideración de la Corte Interamericana.

Así planteado el tema, se aprecian claramente las diferencias entre las visiones democrático-populistas y las democráticas tradicionales. En el primer caso prima la voluntad *sabia* y casi *infalible* del pueblo y sus líderes. En el segundo se busca establecer fundamentalmente un sistema de garantías de los derechos humanos. ¿Qué sistema es mejor? Es claro que el segundo parte de bases seguras, como la falibilidad de los humanos, mientras que el primero parte de un dato erróneo, como la casi infalibilidad de algunos.

¿El sistema democrático tradicional asegura que no se producirán limitaciones ilegítimas en los derechos humanos? No, siempre pueden fallar las garantías, pero deberá reconocerse que el riesgo de error se reduce muchísimo. No hay un sistema mejor para la defensa de los derechos humanos.

El sistema democrático-populista puede conducir a una suerte de dictadura de las mayorías (solo se diferenciaría de las dictaduras tradicionales en el número de dictadores),³¹ mientras que en el sistema democrático tradicional, rechazando la posibilidad de alcanzar las verdades absolutas, se protege a las minorías (o individuos aislados) dándoles una oportunidad de defensa. La formación de la voluntad política en un sistema democrático debe buscar un difícil acuerdo, y solo si este no se logra se recurre a la regla de la mayoría

³¹ Honrad Hesse: *Escritos de derecho constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Democracia y Derecho, 2011, pp. 144 ss.

para resolver, pero sin que dejar sin amparo a las voces disidentes, a las minorías o a los individuos aislados.

7.2. Continuación

Si el tema en análisis era complejo en el pasado, cuando se procuraba determinar quién debe ser el intérprete último de la Constitución o quién es el mejor defensor de los derechos humanos, en el marco del principio de separación de (tres) poderes, hoy la cuestión es más compleja.

En primer lugar se han extendido en el derecho comparado los institutos de gobierno directo (ya no son los representantes del pueblo quienes deciden, sino que en muchos casos es el pueblo el que decide directamente) y han aparecido las jurisdicciones internacionales, que no pueden colocarse dentro de la rama jurisdiccional interna.

Esto es trascendente. Parecería que en las democracias occidentales se llegó a un punto en que, por la existencia de normas expresas o por interpretaciones de los principios generales, se admite que el Poder Judicial o el órgano competente conforme cada Constitución puede desaplicar una ley que considera inconstitucional. De hecho, en Uruguay, la Suprema Corte, luego del plebiscito de octubre de 2009, ha seguido declarando la inconstitucionalidad de tres artículos de la Ley de Caducidad y nadie ha cuestionado a la Corte en este punto. Pero ahora los problemas son otros.

Las dudas actuales no aparecen con sentencias internas sino con sentencias internacionales, de la Corte Interamericana, y surgen entonces las resistencias habituales: a) temor y negación por lo nuevo; b) desconfianza de lo no conocido (se confía en la Suprema Corte por ser conocida, pero no en un órgano jurisdiccional internacional del que se sabe poco), y c) en medio de lo anterior reaparecen las invocaciones extremas a principios y criterios que ya no son los de nuestros días: se invoca la soberanía en un sentido extremo que no admitiría que el Estado se sometiera a jurisdicciones internacionales, se invoca el principio de no intervención (que nada tiene que ver en la especie) y se dice, con enfoque *patriotero*, que los problemas de los uruguayos los resuelven los uruguayos.

Asimismo, la aparición del cuerpo electoral decidiendo temas (más allá de su participación en las instancias electorales) genera similares dudas: una cosa es el equilibrio entre los tres poderes constituidos y otra cosa, bien distinta, es cuando aparece directamente el cuerpo electoral.

En este punto, y a los efectos de procurar cumplir con el objetivo del presente trabajo, debe repararse en diversos problemas.

8. Algunos problemas concretos

La aparición de los institutos de gobierno directo genera en algunos, respecto al tema en análisis, ciertas preguntas que parecen ser mucho más importantes de lo que son y en general solo generan confusiones. A los efectos de no extender en demasía este trabajo limitaré las respuestas a la Constitución uruguaya. Veamos:

8.1. ¿Puede un juez desautorizar lo resuelto por el “soberano”?

La pregunta está mal planteada. Conforme el artículo 4 de la Constitución, la soberanía recae en la Nación (que no es sinónimo de pueblo), y según el artículo 82, el cuerpo electoral (que es el que se pronuncia en los institutos de gobierno directo) es un órgano del Estado. El cuerpo electoral no es el soberano.

8.1.1. *Cuerpo electoral versus poderes representativos*

Es sabido que cuando nos movemos en el ámbito del derecho constitucional debemos tener presente que actuamos en un terreno muy próximo a la política, por lo que no debe extrañar que de la Carta surjan aspectos políticos, de política constitucional, los que aun cuando no tengan efectos jurídicos propiamente dichos son de la máxima importancia. Así ocurre en Uruguay y en casi todos los países del mundo. Frecuentemente la Constitución nos enfrenta a problemas cuya solución depende de consideraciones políticas aunque no tengan efectos jurídicos propiamente dichos. La Constitución es una norma abierta, con disposiciones incompletas o programáticas, con principios, norma destinada a perdurar, por lo que frecuentemente debe recurrirse a consideraciones políticas.

En este punto hay que distinguir los elementos jurídicos (cuya violación apareja nulidad) de los efectos políticos emanados de la Constitución. Por costumbre podrían sobrevalorarse los primeros y menospreciarse los segundos, pero esto sería un error: en un sistema democrático las políticas constitucionales son de la máxima importancia.

Sería posible realizar un análisis teórico del tema para luego ver sus consecuencias en cada caso o un análisis de casos para concluir en la solución teórica correcta. Por razones de agilidad expositiva utilizaré la segunda vía.³²

A principios de los años noventa, durante el gobierno del presidente Lacalle, se promulgó en Uruguay la comúnmente llamada Ley de Empresas Públicas, y algunos de sus artículos fueron impugnados mediante un recurso de referéndum (artículo 79 de la Constitución). Dicho recurso prosperó y los artículos impugnados quedaron sin efecto. Ante este dato histórico cabe la siguiente pregunta: ¿podría hoy el Poder Ejecutivo remitir al Legislativo un proyecto de ley que contuviera exactamente los mismos artículos que fueron dejados sin efecto por el cuerpo electoral hace más de quince años? ¿Podría el Poder Legislativo aprobar dichos artículos? Y si lo hiciera: ¿habría un vicio de inconstitucionalidad por violar el pronunciamiento popular de hace más de tres lustros?

Creo que la respuesta aparece con bastante claridad. Sí se podría aprobar hoy dicho proyecto ya que los efectos del pronunciamiento popular 1) son jurídicos solo para dejar sin efecto aquellos artículos y 2) son políticos en cuanto contienen una orientación futura de lo que el cuerpo electoral desea hacer. Pero respecto al segundo apartado es claro que el pronunciamiento popular no limita las potestades constitucionales del Legislativo: hoy, jurídicamente, se podría aprobar un proyecto con los artículos de la década del noventa.

³² Como ya lo he hecho en “Cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Estudios Jurídicos*, n.º 9, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, 2011.

Si lo anterior es razonablemente claro, pasemos a otra posibilidad e imaginemos que el presidente Lacalle, un año después del referéndum, hubiera presentado un proyecto de ley con los artículos excluidos por el pronunciamiento popular y el Legislativo lo hubiera aprobado. ¿Qué habría pasado? La ley no sería inconstitucional, pero los efectos políticos habrían sido inmensos. Puede imaginarse que se habría hablado de traición al cuerpo electoral, de golpe de Estado técnico, de atentado a la Constitución (artículo 330 de la Carta) y seguramente se habrían intentado juicios políticos en medio de un gran escándalo.

En realidad, los dos casos son similares desde el punto de vista jurídico, pero la diferencia está en los efectos políticos y el respeto al cuerpo electoral. En el primer caso podría el gobierno argumentar que el tiempo transcurrido y las necesidades actuales justifican el cambio, pero en el segundo habría sido imposible toda argumentación. No olvidemos que de los artículos 4 y 82 surge que, si bien la Nación es la soberana (y esta no es sinónimo de cuerpo electoral), el cuerpo electoral ejerce la soberanía de la Nación en forma “directa” mientras que los poderes representativos la ejercen indirectamente.

En otras palabras, si bien a mi juicio no habría consecuencias jurídicas si los poderes políticos no siguen los criterios del pronunciamiento popular (la ley podría ser inconstitucional por otras razones pero no por esto), los efectos y consecuencias políticas serían inmensas y muy trascendentes. Podría considerarse una suerte de burla al cuerpo electoral.³³

En definitiva, desde el punto de vista político (política constitucional) el pronunciamiento del cuerpo electoral tiene la máxima importancia política frente a los poderes políticos, pero carece de efectos jurídicos respecto a posteriores decisiones de aquellos.

8.1.2. *Cuerpo electoral versus órganos jurisdiccionales: ¿quién es en el sistema uruguayo el intérprete último de la Constitución?*

La vieja frase del juez Charles Hughes de 1902 sigue siendo válida: “Todos vivimos bajo la Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es”.³⁴ Si bien esta afirmación podría ser cuestionada en los Estados Unidos por la vieja discusión relativa a si el sistema de control jurisdiccional de las leyes surge o no de la Constitución y pese a que en Latinoamérica estamos lejos de que esa afirmación sea realidad,³⁵ sí está presente

³³ Para despejar alguna duda planteada en Uruguay corresponde decir que pretender que el Poder Legislativo realice un control de tipo contramayoritario sobre el cuerpo electoral es absolutamente inadmisible. Este control solo puede ser realizado por los órganos competentes constitucionalmente para dicho control (los jurisdiccionales). No es admisible que un sistema orgánico básicamente político y mayoritario, como es el Poder Legislativo, ejerza un control contramayoritario de otro centro de poder mayoritario como es el cuerpo electoral. Además no puede admitirse que los *representantes*, en términos políticos, les enmienden la plana a los representados. El sistema político constitucional está estructurado al revés: el cuerpo electoral mediante los institutos de gobierno directo puede cambiar lo resuelto por los representantes, pero lo inversa no es posible. Siempre hablando en términos políticos.

³⁴ “We are under the Constitution, but the Constitution is what the judges say it is”.

³⁵ Norbert Lösing: “El guardián de la Constitución en tiempos de crisis. Logros y límites de la jurisdicción constitucional. Los ejemplos de Guatemala 1993 y Venezuela 1999-2000”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2000*, Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer y Ciedla, 2000, p. 159.

en la Constitución uruguaya. En efecto, sin perjuicio de las distinciones realizadas sobre los distintos tipos de interpretación, la Constitución presenta elementos que confirman con claridad esto. A saber:

- a. El inciso 20 del artículo 85 de la Carta reconoce la competencia de la Asamblea General de interpretar la Constitución (por ley), pero agrega que esto es “sin perjuicio de la facultad que corresponde a la Suprema Corte de Justicia de acuerdo con los artículos 256 a 261” (que refieren a la declaración judicial de inconstitucionalidad de las leyes y su desaplicación en el caso concreto).
- b. El capítulo IX de la sección XV no deja duda alguna en cuanto a la competencia de la Suprema Corte de declarar la inconstitucionalidad de una ley con efectos para el caso concreto.
- c. En lo que refiere a las garantías sustanciales de los derechos humanos frente a ley, es evidente que la palabra final, en cada caso concreto (cuando hay un litigio que resolver), corresponde a la Suprema Corte de Justicia.
- d. Y no solo en materia de inconstitucionalidad de las leyes sino que en general cuando hay litigio, en cada caso concreto, la interpretación final de la Constitución corresponderá siempre a un juez. Si por ejemplo se discute en un caso concreto si existe “prisión indebida” como la requerida en el artículo 17 para que prospere un recurso de hábeas corpus, la palabra final será del órgano judicial competente.

En definitiva, para el “caso” a resolver por sentencia susceptible de alcanzar la autoridad de cosa juzgada, la palabra final en cuanto a la interpretación constitucional, corresponderá al juez. En este ámbito prima la sentencia sobre los poderes representativos y sobre el cuerpo electoral.

8.1.3. ¿Puede el Estado uruguayo someterse a la jurisdicción de órganos internacionales? Y si puede hacerlo, ¿los pronunciamientos internacionales son obligatorios?

La respuesta a la primera interrogante es sin duda afirmativa y no requiere fundamentación. Nunca nadie ha sostenido que el Estado no puede someterse a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, o a los tribunales del Mercosur, o a tribunales arbitrales. Pretender una respuesta negativa sería algo extravagante y quien esto sostenga debería justificarlo (sobre él recaerá la carga de la argumentación).

En cuanto a los efectos de las sentencias, la única respuesta válida es la obligatoriedad, conforme principios generales (las sentencias son obligatorias), el artículo 27 de la Convención de Viena y el artículo 68 de la Convención Americana de Derechos Humanos.³⁶

³⁶ Me remito a lo dicho en “Cumplimiento...”, o. cit.

9. Conclusión

Como puede apreciarse con claridad, se trata de un tema polémico. En el ámbito teórico, o político, puede dudarse respecto a la legitimidad de los jueces para tener la palabra final en cuanto a la interpretación de la Constitución. Claro que esta preocupación se ve notablemente acotada si se repara en que las sentencias no tienen efectos generales sino solo para el caso concreto. En aquellos países en que las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una ley tienen, o pueden tener, efectos generales, o en aquellos países en que exista precedente obligatorio (*stare decisis*), la cuestión cambia y debe reconocerse que el tema es más discutible.

Más allá del debate, parece claro que en nuestros tiempos las constituciones adquieren un doble carácter: 1) por un lado son democráticas por cuanto establecen y garantizan el funcionamiento del sistema democrático, pero 2) también son antidemocráticas por cuanto establecen controles sobre los poderes representativos y garantizan la defensa de los derechos de los individuos frente a las mayorías. Por un lado las constituciones creen en la democracia y en las decisiones producto de acuerdos o, en su defecto, de las mayorías, pero también desconfían de dichas mayorías y establecen controles sobre ellas.

Lo mismo ocurre con los derechos humanos, que aparecen con la doble condición de democráticos y antidemocráticos.

El principio de separación de poderes permite ver el tema en toda su magnitud y complejidad, advirtiendo que los tribunales son los últimos intérpretes de la Carta pero solo para los casos en los que se dicta la sentencia. La discusión sería distinta en aquellos países que asignan efectos generales a las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de una ley o que reconocen el precedente judicial como obligatorio.

La cuestión, que se complejiza con la consolidación de los institutos de gobierno directo y las jurisdicciones internacionales, debe ser objeto de soluciones muy mesuradas. Si se confía en demasía en los poderes políticos y en el cuerpo electoral y se acota la competencia judicial, se tendrá un sistema muy democrático pero con contralores débiles y bajas defensas de los derechos humanos frente a los actos de autoridad. Si en cambio se privilegia en exceso el rol judicial, se tendrá un sistema más garantista pero menos democrático. El equilibrio es difícil de lograr.

Y no debe olvidarse que el margen de error de legisladores y jueces es similar. Ninguno es infalible.

Addenda

En lo que refiere a la problemática de la Ley de Caducidad parece claro que:

- a. Los pronunciamientos populares no pueden limitar ni afectar las competencias jurisdiccionales de los órganos judiciales internos ni de los internacionales. El artículo 68 de la Convención Americana establece que los Estados —con lo que incluye al cuerpo electoral— están obligados a cumplir con las sentencias.
- b. Sin perjuicio de lo anterior, y en términos más políticos (políticos y constitucionales), es claro que el pronunciamiento del cuerpo electoral, dado que ostenta la

mayor legitimidad democrática, es verdaderamente trascendente y no debe en principio (salvo que exista una fuerte fundamentación política) ser desconocido por los poderes políticos (solo los órganos jurisdiccionales pueden actuar en contra del cuerpo electoral y solo cuando haya razones de regularidad jurídica).

Bibliografía

- ALEXY, Robert: “Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático”, en Miguel Carbonell (ed.): *Neoconstitucionalismo*, Madrid: Trotta, 2005.
- ARAGÓN, Manuel: *Constitución y control del poder*, Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995.
- CEA EGAÑA, José Luis: “Proyecciones de la separación de poderes en el Estado contemporáneo”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2007*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2007.
- CHEMERINSKY, Erwin: *Constitutional Law, Principles and policies*, 3.^a ed., Nueva York: Aspen, 2006.
- HAAS, Evelyn: “El campo de las tensiones formado por la Corte Constitucional y la política”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2000*, Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer y Ciedla, 2000.
- Hamilton, Madison y JAY: *The Federalist papers* (Introduction and notes by Charles R. KESLER), Nueva York: A. Signet Classic, 1999.
- HESSE, Konrad: *Escritos de Derecho constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, col. Democracia y Derecho, 2011.
- HOFFMAN-RIEM, Wolfgang: “La división de poderes como principio de ordenamiento”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2007.
- KELSEN, Hans: *¿Quién debe ser el guardián de la Constitución?*, Madrid: Tecnos, 1999 (1931).
— *Teoría general del Derecho y del Estado*, México: Universitaria, 1949.
- KRAMER, Larry D., *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, Madrid: Marcial Pons, 2011.
- LAMBERT, Edouard: *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en los Estados Unidos*, Madrid: Tecnos, 2010.
- LÖSING, Norbert: “El guardián de la Constitución en tiempos de crisis. Logros y límites de la jurisdicción constitucional. Los ejemplos de Guatemala 1993 y Venezuela 1999-2000”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2000*, Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer y Ciedla, 2000.
- RISSO FERRAND, Martín: *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008.
- “Cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Estudios Jurídicos*, n.º 9, Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, 2011.
- *¿Qué es la Constitución?*, Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, 1.^a reimp., 2011.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro: “Problemática de los órganos extrapoder en el diagrama de división de los poderes”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2007*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2007.
- SCHMITT, Carl: *La defensa de la Constitución*, Madrid: Tecnos, 1983.
- SULLIVAN, Kathleen M., y Gerald GUNTHER: *Constitutional Law*, 15.^a ed., Nueva York: Foundation Press y Thomson West, 2004.

Torsten Stein (Alemania)*

Siempre con un rumbo fijo

El difícil equilibrio entre supranacionalidad y soberanía constitucional en la relación entre el Tribunal Constitucional alemán y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (con una breve mirada de soslayo a la judicatura de la Corte Constitucional Italiana)

RESUMEN

El desarrollo de la integración en la Unión Europea ha sido motivo de cambios sustanciales en los criterios emitidos por el Tribunal Constitucional Federal alemán. En ese sentido, es posible observar oscilaciones entre una postura mayormente integracionista y otra que no lo es tanto, a lo largo de distintos casos emblemáticos que se han puesto a consideración tanto del citado Tribunal Constitucional como también del Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea, denominada posteriormente Unión Europea. Este artículo lleva a cabo un recuento sucinto de las decisiones judiciales más trascendentes que se han emitido al respecto en el derecho alemán.

Palabras clave: Tribunal Constitucional Federal (Alemania), integración regional, Ley Fundamental de Bonn, jurisprudencia, protección de los derechos fundamentales, Unión Europea, derecho comunitario, Alemania.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Entwicklung der Integration in der Europäischen Union hat zu grundsätzlichen Änderungen bei den vom deutschen Bundesverfassungsgericht genannten Kriterien geführt. Dementsprechend lassen sich anhand einzelner emblematischer Fälle, die sowohl dem genannten Gericht als auch dem Gerichtshof der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, der späteren Europäischen Union, zur Entscheidung vorgelegt wurden, Schwankungen zwischen einer integrationsfreundlicheren und einer anderen, eher verhaltenen, Position

* Profesor de Derecho Público Europeo. Miembro de la Asociación de Derecho Internacional (ILA) y de la Junta de la Academia Europea de Derecho. Ha publicado diversos libros y artículos sobre la Unión Europea y sobre derecho internacional público. <t.stein@mx.uni-saarland.de>

beobachten. Der vorliegende Artikel stellt die auf diesem Gebiet nach deutschem Recht ergangenen wegweisenden Gerichtsentscheidungen kurz im Überblick dar.

Schlagwörter: Bundesverfassungsgericht (Deutschland), regionale Integration, Bonner Grundgesetz, Rechtsprechung, Grundrechtsschutz, Europäische Union, Gemeinschaftsrecht, Deutschland.

ABSTRACT

The development of integration within the European Union has been a source of substantial changes in the criteria held by the Federal Constitutional Court of Germany. Thus, it is possible to observe fluctuations between a mostly integrationist stance and another that is less so, throughout various emblematic cases that have been submitted to both the Federal Constitutional Court and the Court of Justice of the former European Economic Community, now the European Union. This article briefly accounts for the most transcendental judicial decisions that have been handed down in Germany on the aforementioned subject of integration.

Keywords: Federal Constitutional Court (Germany), regional unification, German Basic Law (Bonn), precedent, protection of fundamental rights, European Union, communitarian law, Germany.

1. Introducción

Los barcos normalmente toman un rumbo fijo, a menos de que intenten evadir ataques de piratas cerca de las costas de Somalia. El rumbo tomado por el Tribunal Constitucional Federal alemán *vis-à-vis* la integración europea, en ocasiones pareció ser un poco errático, al menos verbalmente. Entre las responsabilidades del Tribunal Constitucional se encuentran la protección de los derechos humanos (fundamentales), la protección de las prerrogativas y la soberanía de los cuerpos legislativos alemanes y, más recientemente, de la “identidad constitucional”. A veces uno podría tener la impresión de que el Tribunal Constitucional sintió la necesidad de escaparse o defenderse de los ataques de Europa hacia estas piedras angulares de la condición del Estado alemán. Pero, a fin de cuentas, como veremos, el Tribunal logró virar hacia su rumbo original; quizá demasiado fácilmente.

2. Los primeros años

Poco después de las destacadas decisiones del Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea (TJCEE) en los casos *Van Gend & Loos* y *Costa v. ENEL*,¹ en los que

¹ Caso de la CEJ 26/62, *Van Gend & Loos*, Recopilación de Jurisprudencia 1963, 1 y Caso 6/64, *Costa v. ENEL*, Recopilación de Jurisprudencia 1964, 1251.

estableció que el Tratado de la Comunidad Económica Europea (CEE) consagra un orden jurídico autónomo, que precede a los órdenes legales de los Estados miembros y tiene (en parte) un efecto directo, el Tribunal Constitucional Federal alemán posteriormente afirmó² que la CEE era un “nuevo” poder público, independiente del poder de los Estados miembros; no en sí un Estado o Estado federal, sino una comunidad *sui generis* en medio de un proceso de integración progresiva. Las reglas jurídicas adoptadas bajo sus competencias no eran derecho público ni internacional.

En 1971, el Tribunal Constitucional Federal alemán encontró un fundamento en la Ley Fundamental Alemana (Constitución) para adoptar la posición del Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea,³ al advertir que si el artículo 24 de la Ley Fundamental (el entonces “artículo de integración”) fuese interpretado de cierta manera, no solo permitiría la transferencia de poderes soberanos a organizaciones internacionales, sino que también determinaría que los actos legales de tales organizaciones tendrían que ser reconocidos e implementados.

Incluso muchos años después, el Tribunal Constitucional fue algo generoso al aceptar una interpretación del derecho comunitario por parte del TJCEE que era bastante “dinámica”, al declarar que la “aplicabilidad directa” de las directrices del Tribunal de Justicia Europeo estaban comprendidas dentro del “programa de integración”.⁴

Pero, mientras tanto, en 1974 hubo un primer disparo de advertencia.

2.1. La resolución *Solange I*

El 29 de mayo de 1974, el Tribunal Constitucional Federal alemán resolvió un caso de permisos de exportación que había sido remitido por un tribunal administrativo alemán al TJCEE (el cual confirmó la legalidad de la regulación de la CEE que fue impugnada) y que a su vez había sido remitido de nueva cuenta al Tribunal Constitucional, debido a que el tribunal administrativo había estado en desacuerdo con la respuesta del TJCEE. Para la sorpresa de muchos, el Tribunal Constitucional, aunque no encontró ilegalidad alguna en el caso particular, resolvió lo siguiente:

En tanto el proceso de integración no ha progresado a tal grado que el derecho comunitario haya recibido un catálogo de derechos fundamentales votados en un Parlamento y de validez fija, lo cual resulta adecuado cuando se lo compara con el catálogo de derechos fundamentales contenidos en la Ley Fundamental, la remisión de un Tribunal de la República Federal Alemana al Tribunal Constitucional Federal en los procedimientos de control constitucional, después de haberse emitido una resolución del Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea al tenor del artículo 177 del Tratado [actualmente artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea], es admisible y necesaria si el Tribunal alemán considera que la regla aplicable del derecho comunitario a la resolución del caso particular es inaplicable en la interpretación otorgada por el Tribunal de Justicia,

² BVerfGE 22, 293.

³ BVerfGE 31, 145.

⁴ BVerfGE 75, 223.

en la medida en que entre en conflicto con uno de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental.⁵

El Tribunal Constitucional explicó su decisión de la siguiente manera:

[...] no basta simplemente con hablar de una “precedencia” del derecho comunitario por encima del derecho constitucional nacional a fin de justificar la conclusión de que el derecho comunitario siempre debe prevalecer sobre el derecho constitucional nacional porque, de otra manera, la Comunidad sería puesta en tela de juicio. El derecho comunitario es muy pocas veces cuestionado cuando, excepcionalmente, no se permite que el derecho comunitario prevalezca sobre el derecho constitucional contundente [*zwingendes*], al igual que cuando el derecho internacional entra en conflicto con el artículo 25 de la Ley Fundamental al determinarse que las reglas generales del derecho internacional solo tienen preeminencia sobre el derecho federal simple [...] La obligatoriedad del Tratado frente a la República Federal de Alemania (y frente a todos los Estados miembros) no es unilateral, de acuerdo con el significado y espíritu de los tratados, sino que también obliga a la Comunidad a que cumpla con su parte para resolver el conflicto que aquí se ha asumido, esto es, el buscar un sistema que sea compatible con un precepto arraigado del derecho constitucional de la República Federal Alemana. Apelar a un conflicto de este tipo no es, por ende, una violación del tratado, sino que pretende poner en marcha dentro de los órganos europeos el mecanismo del tratado que resuelve el conflicto en un nivel político [...].

El artículo 24 de la Ley Fundamental versa sobre la transferencia de derechos soberanos a las instituciones interestatales. Esto no puede interpretarse literalmente. Al igual que cualquier otra disposición constitucional de similar naturaleza fundamental, el artículo 24 de la Ley Fundamental debe ser comprendido e interpretado dentro del contexto general de la totalidad de la Ley Fundamental. Esto es, no abre el camino para enmendar la estructura básica de la Ley Fundamental que conforma la base de su identidad, sin una enmienda formal a la Ley Fundamental, es decir que no abre tal camino a través de la legislación de la institución interestatal [...]. La parte de la Ley Fundamental que contempla los derechos fundamentales es una característica inalienable y esencial de la Ley Fundamental válida de la República Federal de Alemania, que además forma parte de la estructura constitucional de la Ley Fundamental.

Doce años después, tras haber otorgado indicaciones más o menos abiertas a este respecto en decisiones no relacionadas con el derecho comunitario,⁶ el Tribunal Constitucional revirtió el sentido de la fórmula *Solange I*.

2.2. La resolución *Solange II*

El 22 de octubre de 1986, el Tribunal Constitucional emitió una resolución en un caso que tenía un trasfondo fáctico y procedimental muy similar al caso *Solange I*.

⁵ BVerfGE 37, 271.

⁶ Cf. BVerfGE 58, 1 (*Eurocontrol*); véase también BVerfGE 52, 187.

En tanto las Comunidades Europeas, y en particular la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea, aseguren en general una protección efectiva de los derechos fundamentales en contraposición con los poderes soberanos de las Comunidades, que pueda ser considerada sustancialmente similar a la protección de los derechos fundamentales exigidos incondicionalmente por la Constitución, y en la medida en que en general salvaguarden el contenido esencial de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional Federal dejará de ejercer su jurisdicción para decidir sobre la aplicabilidad de la legislación comunitaria secundaria, citada como el fundamento legal para cualquier acto de los tribunales alemanes y, además, dejará de someter tal legislación a control constitucional según el estándar de los derechos fundamentales contenidos en la Ley Fundamental; por lo tanto, las remisiones para dicho propósito al Tribunal fundadas en el artículo 100.1 de la Ley Fundamental son inadmisibles.⁷

El Tribunal, después de recordar la resolución de *Solange I*, explicó este giro de 180 grados de la siguiente forma:

En opinión de este Tribunal, se ha establecido una medida de protección de derechos fundamentales dentro de la jurisdicción soberana de las Comunidades Europeas que, en su concepción, sustancia y manera de implementación, es esencialmente comparable con los estándares de derechos fundamentales proporcionados por la Ley Fundamental. Desde entonces, todas las principales instituciones de la Comunidad han reconocido de un modo jurídicamente significativo que al ejercer sus poderes y al perseguir los objetivos de la Comunidad se guiarán por el deber legal del respeto a los derechos fundamentales, particularmente del modo en que están establecidos por las Constituciones de los Estados miembros y por la Convención Europea sobre Derechos Humanos. No hay factores decisivos que nos lleven a concluir que el estándar de derechos fundamentales logrado bajo el derecho comunitario no está adecuadamente consolidado y posee una naturaleza puramente transitoria [...]. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea ha reconocido generalmente y aplicado congruentemente en sus resoluciones los principios que derivan del Estado de derecho, de la prohibición de la acción excesiva y de la proporcionalidad como principios generales de derecho, al alcanzar un balance entre los objetivos de interés común del sistema jurídico comunitario y la salvaguarda del contenido esencial de los derechos fundamentales [...].

Podríamos agregar que en los años subsiguientes y hasta el día de hoy, el TJCEE pudo haber malentendido la fórmula del Tribunal Constitucional consistente en “la salvaguarda del contenido esencial de los derechos fundamentales”.⁸ Al analizar una medida comunitaria, el TJCEE se constriñe a examinar si la medida es adecuada para el propósito que pretende alcanzar, y si no infringe el contenido esencial de un derecho humano. En la doctrina alemana, el “contenido esencial” es el límite más bajo de protección; el

⁷ BVerfGE 73, 339.

⁸ T. Stein: “Gut gemeint - Bemerkungen zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union”, en *Festschrift für Helmut Steinberger*, Berlín: Springer, 2002, 1425 (1431).

artículo 19, sección 2, de la Ley Fundamental establece: “En ningún caso puede ser afectada la esencia de un derecho básico”. El nivel regular de protección es mucho mayor: idoneidad, necesidad (principio de las medidas más benignas) y proporcionalidad.⁹

Por cierto, la fórmula *Solange II* del Tribunal Constitucional Federal alemán también ha sido adoptada por la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH),¹⁰ aunque con una diferencia: mientras que el Tribunal Constitucional Federal alemán se ha reservado la competencia para controlar actos de la Comunidad (actualmente Unión) en el marco de los derechos humanos solamente en el caso de que el TJCEE no logre asegurar la protección efectiva de los derechos fundamentales de manera general (“disminución sustancial en el estándar de protección de derechos humanos”), la CEDH también se reserva esa competencia únicamente ante una protección insuficiente en un caso aislado.¹¹

3. La Unión Europea

En el contexto del establecimiento de la Unión Europea bajo el Tratado de Maastricht, el Tribunal Constitucional Federal alemán extendió su control teórico sobre los actos legislativos europeos. Si bien hasta ese entonces se limitaba a la protección de derechos humanos, ahora el Tribunal incluyó en su perspectiva la democracia, la representación y la legitimación, así como los principios constitucionales y los intereses fundamentales de los Estados miembros.

3.1. La resolución Maastricht

En su resolución sobre el Tratado de Maastricht de 12 de octubre de 1993,¹² el Tribunal Constitucional repitió esencialmente sus anteriores resoluciones sobre la protección de derechos humanos, afirmando que el Tribunal Constitucional Federal alemán ejerce su jurisdicción sobre la aplicabilidad del derecho secundario de la Unión Europea en Alemania, en una “relación de cooperación” con el Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica Europea. En esta relación, el TJCEE garantiza la protección de los derechos fundamentales en cada caso individual para toda el área de la Unión Europea y, por ende, el Tribunal Constitucional Federal puede limitarse a la procuración general del estándar indispensable de derechos fundamentales. Algunos señalaron atinadamente que esta “relación de cooperación” parecía más bien un “control final” por parte del Tribunal Constitucional.¹³

Luego, el Tribunal calificó a la Unión Europea de una “asociación de Estados democráticos” (*Staatenverbund*), Estados que continuaban siendo soberanos. El principio democrático, según el Tribunal, requiere que la ejecución de poderes soberanos derive de

⁹ Cf. M. P. Singh: *German Administrative Law in Common Law Perspective*, Berlín, Springer, 2.ª ed., 2001, pp. 163 ss.

¹⁰ CEDH, 30 de junio de 2005, aplicación número 45036/98 (*Bosphorus*).

¹¹ Ch. Grabenwarter: *Europäische Menschenrechtskonvention*, Múnich: Beck, 4.ª ed., 2009, pp. 119 ss.

¹² BVerfGE 89, 155.

¹³ M. Herdegen: *Europarecht*, Múnich: Beck, 12.ª ed., 2010, p. 252.

las “personas del Estado”. Esto no excluye la membresía en una comunidad de Estados autorizada para emitir actos soberanos, pero dicha autoridad está limitada a aquellos derechos soberanos transferidos por el órgano legislativo nacional bajo el derecho que llevó a la formación del Tratado de Maastricht. Cualquier acto que no esté comprendido en ese derecho y que, por ende, transgreda los límites de la transferencia (*ausbrechender Rechtsakt*) no sería válido ni aplicable en Alemania. El Tribunal entonces rehusó (teóricamente) reconocer la primacía del derecho de la Unión Europea y la prerrogativa del TJCE para delimitar las competencias de la Unión en un caso determinado. Fuertes palabras, pero nada siguió de ello. Algunos esperaban que el Tribunal Constitucional al menos indicara que no estaba satisfecho con el estándar de protección de derechos humanos ofrecido por el TJCE en sus resoluciones sobre la *organización Banana Market*, pero en su propia resolución¹⁴ sobre este caso el Tribunal Constitucional simplemente repitió la fórmula *Solange II* y declaró que la demanda era inadmisibile.

3.2. La resolución Lisboa

Las palabras fueron aún más fuertes en la resolución del Tribunal Constitucional sobre el Tratado de Lisboa. Basta recordar un extracto:¹⁵

El artículo 23 de la Ley Fundamental [la Constitución Alemana] concede poderes para formar parte y desarrollar una Unión Europea designada como una asociación de Estados soberanos [*Staatenverbund*]. El concepto de *Verbund* incluye una asociación a largo plazo de Estados que siguen siendo soberanos, una asociación derivada de un tratado que ejercita la autoridad pública, pero cuyo orden fundamental está sujeto al poder de toma de decisión de los Estados miembros y en el cual el pueblo, esto es, los ciudadanos de los Estados miembros, continúan siendo los sujetos de legitimación democrática.

En la medida en que los Estados miembros elaboren un derecho de los tratados, de tal manera que permita la enmienda de los tratados sin un procedimiento de ratificación, a la vez que preserve la aplicación del principio de delegación, los cuerpos legislativos y el gobierno federal poseen una responsabilidad especial, dentro del contexto de la participación, que en Alemania tiene que cumplir internamente los requerimientos del artículo 23.1 de la Ley Fundamental (responsabilidad de integración) y que puede ser invocado en cualquier procedimiento llevado ante el Tribunal Constitucional Federal.

La unificación europea basada en la unión de Estados soberanos bajo un tratado no puede ser alcanzada de tal manera que no exista suficiente espacio para los Estados miembros en la cuestión de la formación política de condiciones de vida económicas, culturales y sociales. Esto es aplicable, en particular, en áreas que les dan forma a las condiciones de vida de los ciudadanos, específicamente en la esfera privada de su propia responsabilidad y de la seguridad política y social, protegida por derechos fundamentales,

¹⁴ BVerfGE 102, 147.

¹⁵ BVerfGE 123, 267.

así como las decisiones políticas que se basan especialmente en percepciones culturales, históricas y lingüísticas y que son desarrolladas dentro del discurso público en la esfera de las políticas públicas de los órganos legislativos y partidos políticos.

El Tribunal Constitucional Federal examina si los instrumentos jurídicos de las instituciones y los órganos europeos se encuentran dentro de los límites de los poderes soberanos acordados por ellos por vía de la delegación, a la vez que se adhieren al principio de subsidiariedad bajo el derecho comunitario y de la Unión (artículos 5.1, párrafo segundo, y 5.3 del Tratado de la Unión Europea en su versión del Tratado de Lisboa). Más aún, el Tribunal Constitucional Federal analiza si se respeta el contenido fundamental inviolable de la identidad constitucional de la Ley Fundamental, de acuerdo con su artículo 23.1, tercer párrafo, en conjunción con el artículo 79.3 de dicha Ley. El ejercicio de este poder de control, que encuentra sus raíces en el derecho constitucional, deriva del principio de la apertura de la Ley Fundamental hacia el derecho europeo (*Europarechtsfreundlichkeit*), y por lo tanto no contradice el principio de cooperación sincera (artículo 4.3 del Tratado de la Unión Europea de Lisboa); de lo contrario, frente a una integración progresiva, las estructuras políticas y constitucionales fundamentales de los Estados miembros soberanos, reconocidas por el primer párrafo del artículo 4.2 del Tratado de la Unión Europea (TUE) reformado en Lisboa, no pueden ser salvaguardadas de ningún otro modo. A este respecto, la garantía de la identidad constitucional nacional bajo el derecho constitucional y el de la Unión van de la mano en el área jurídica europea.

La resolución *Lisboa* tuvo bastantes detractores, en cuanto a que regresa a una visión estrictamente nacionalista que daña el proceso de integración.¹⁶ Otros tantos se preguntaron si esta vez las palabras estarían respaldadas por acciones, y ya tenían en mente un caso apropiado para tal efecto: el fallo *Mangold* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).¹⁷

3.3. El fallo *Mangold* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El caso versa sobre un contrato de trabajo de término fijo, firmado el 26 de junio de 2003, entre el Sr. Mangold, entonces de 56 años de edad, y su patrón, un abogado postulante. Bajo el derecho laboral alemán vigente en ese tiempo, los contratos de término fijo podían concluirse si había fundamentos objetivos para hacerlo. Existía una excepción aplicable cuando los trabajadores llegaban a la edad de 52 años, que no requería de razones objetivas. Con esta excepción, el legislador alemán perseguía el propósito de reducir el desempleo que, estadísticamente, era mucho más alto entre las personas de mayor edad, al disminuir las barreras para su reinserción en la vida laboral.

Aparentemente por un acuerdo con su patrón, el Sr. Mangold impugnó la limitación de su contrato ante el Tribunal de Trabajo de Múnich, el cual a su vez remitió el caso al TJUE, para cuestionar si debía rehusar el aplicar las disposiciones del derecho interno a la luz del derecho de la Unión Europea que prohíbe la discriminación basada en la

¹⁶ Cf. la edición especial del *Zeitschrift für Europarechtliche Studien (ZEuS)*, vol. 12 (2009), n.º 4, pp. 491-729.

¹⁷ Caso C-144/04, *Mangold*, (2005), TJUE I-9981.

edad, *inter alia*. La norma de la Unión Europea primordialmente relevante era la directiva 2000/78/EC, del 27 de noviembre de 2000,¹⁸ que, sin embargo, no iba a ser incorporada por Alemania hasta el 2 de diciembre de 2006. El TJUE, no obstante, confirmó que la legitimidad del objetivo de interés público contenido en la legislación alemana estaba en concordancia con el artículo 6 de la directiva y no podía ser razonablemente puesto en duda.

Después, no obstante, el TJUE cuestionó si los medios empleados para conseguir el objetivo legítimo eran “apropiados y necesarios”; la respuesta es extraordinaria: la que fija el principio de no discriminación sobre la base de la edad no es la directiva en sí, sino un “principio general del derecho comunitario” que podía ser ubicado “en diversos instrumentos internacionales y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros”. El TJUE no solo señala un ejemplo de tales instrumentos y tradiciones constitucionales, sino que invoca el tercer y el cuarto antecedente en el preámbulo de la directiva. Y un vistazo a estos antecedentes revela que el tercero solo se refiere al artículo 3 (2) del entonces Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea y en particular a la discriminación contra las mujeres. El cuarto simplemente enuncia todas las convenciones internacionales de derechos humanos de las cuales los Estados miembros son signatarios. Todos estos instrumentos internacionales contienen una disposición sobre la igualdad de todas las personas ante la ley y la protección igualitaria sin discriminación, pero ninguno menciona la discriminación basada en la edad. Lo mismo puede decirse de las “tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros”. Solo la Constitución finlandesa (artículo 6) y —si acaso— la Constitución portuguesa (artículo 59) contienen tal disposición.¹⁹ Eso de ningún modo es suficiente para una “tradicón común”.

En el caso *Mangold*, el TJUE anticipó e inclusive inventó un nuevo derecho fundamental (principio general del derecho comunitario) y ordenó a un tribunal nacional que dejara de aplicar una disposición jurídica que en ese momento no se encontraba en conflicto con el derecho comunitario (de la Unión).²⁰ Uno podría argüir que la resolución del TJUE beneficiaba a un trabajador de avanzada edad, pero esto también iba en detrimento de un patrón que había confiado en la disposición nacional obligatoria y que, además, había formulado planes basados en esa confianza. El TJUE no abordó la cuestión de la buena fe o de las expectativas legítimas en *Mangold*, quizá porque era evidente que este era un caso fabricado deliberadamente por el trabajador y el patrón, pero el tribunal debió tomar en cuenta que su razonamiento también sería aplicable a los casos en los cuales el patrón había confiado en la validez de la legislación nacional. Un ejemplo al respecto fue el caso *Honeywell*, y varios²¹ que consideraban que la resolución *Mangold* era un acto *ultra vires* en el sentido de las resoluciones *Maastricht* y *Lisboa* del Tribunal Constitucional Federal alemán esperaban que el Tribunal Constitucional al menos le mostrara al TJUE una “tarjeta amarilla”.

¹⁸ OJ 2000, L 303, 16.

¹⁹ L. Gerken y otros: “*Mangold*” als ausbrechender Rechtsakt, Múnich: Sellier, 2009, pp. 19 ss.

²⁰ Tanto la directiva 2000/78, como la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (y su artículo 21) no tenían fuerza vinculante en Alemania en ese momento.

²¹ Gerken y otros: o. cit., pássim.

3.4. La resolución *Honeywell* del Tribunal Constitucional Federal alemán

Los hechos en el caso *Honeywell* eran casi idénticos a los del caso *Mangold*, pues las únicas diferencias fueron que no estaba “fabricado” y no fue remitido al TJUE, a pesar de que podía y debía haberlo sido. En el año 2003 el patrón en cuestión había concluido trece contratos de término fijo con empleados de más de 52 años de edad, previamente desempleados, a fin de alcanzar auges en la producción. Uno de ellos impugnó la limitación de su contrato, perdió en dos instancias y finalmente promovió una apelación ante el Tribunal Laboral Federal. Este revocó las resoluciones previas de los tribunales laborales de menor jerarquía, así como la limitación del contrato, basándose en la resolución del caso *Mangold* del TJUE. Dicha resolución, según se dijo, era absolutamente clara en cuanto a que no había necesidad de una nueva remisión al TJUE. La compañía *Honeywell* presentó un recurso constitucional en contra de esta resolución ante el Tribunal Constitucional Federal.

¿Cuál fue la respuesta del Tribunal Constitucional? ²² El Tribunal —con excepción de un juez que opinó en contra, con cuya postura concuerdo y me alegro de verlo entre nosotros el día de hoy, el juez Landau— pareció haber abandonado u olvidado completamente sus fuertes palabras en las resoluciones *Maastricht* y *Lisboa*. Baste nuevamente ver los encabezados oficiales de la resolución publicados por el Tribunal:

El control *ultra vires* por parte del Tribunal Constitucional Federal solo puede ser considerado si hay una invasión suficientemente calificada de competencias por parte de los cuerpos Europeos. Esto es contingente dependiendo de si el acto de autoridad de la Unión Europea manifiestamente invade competencias y si el acto impugnado conduce a un viraje estructural significativo en la estructura de competencias, en detrimento de los Estados Miembros.

Previo a aceptar un acto *ultra vires*, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea debe tener la oportunidad de interpretar los Tratados, así como de resolver sobre la validez e interpretación de los actos en cuestión, en el contexto de los procedimientos preliminares para resolver, de acuerdo con el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), siempre que aún no se haya clarificado la cuestión que ha surgido.

Para asegurar la protección constitucional de las expectativas legítimas, debería considerarse el otorgar compensación nacionalmente a una parte involucrada que hubiera confiado en la disposición obligatoria y que hubiera hecho planes basados en esta confianza, en el marco de la inaplicabilidad retroactiva de una ley como resultado de una decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

No todas las violaciones de la obligación del derecho de la Unión de llevar a cabo una remisión del asunto son una transgresión del artículo 101.1, párrafo 2.º, de la Ley Fundamental. El Tribunal Constitucional Federal solo se queja de la interpretación y aplicación de las reglas sobre competencias si, después de llevar a cabo una evaluación sensible de los conceptos que subyacen en la Ley Fundamental, estos ya no son comprensibles y además son manifiestamente insosteni-

²² Caso 2 BVR 2661/06, sentencia de 6 de julio de 2010, NJW, 3422.

bles. Este estándar de lo que es considerado arbitrario también es aplicable si se considera que ha habido una violación del artículo 267.3 del TFUE.

El umbral para un control legal *ultra vires* es ahora tan alto que el TJUE probablemente nunca lo rebasará. El desborde de los objetivos originales es más probable que un golpe de Estado que conduzca a un cambio estructural significativo en detrimento de los Estados miembros en la estructura de competencias. Y el término vago *suficientemente calificada* está siendo utilizado por el TJUE para desestimar regularmente las demandas de responsabilidad no contractual de la Unión Europea (artículo 340, sección 2 del TFUE). ¿Qué significa que el Tribunal señale que “previamente a la aceptación (¡sic!) de un acto *ultra vires*, el TJUE debe tener la oportunidad de [...] resolver sobre la validez e interpretación de los actos en cuestión. [...]”? ¿Está preparado ya el Tribunal Constitucional para remitir un juicio al TJUE a fin de ventilar una cuestión prejudicial, lo que tanto ha rehusado hasta ahora? Por cierto, la Corte Costituzionale italiana hizo esto por primera vez en febrero de 2008 (volveré sobre esto). Ello no es muy probable por parte del Tribunal Constitucional Federal alemán, sobre todo si se lee cuán generoso es el Tribunal Constitucional con el hecho de que el Tribunal Laboral Federal no haya remitido el caso *Honeywell* al TJUE. Y la “compensación doméstica” es, cuando mucho, *lex desiderata*. Las normas existentes sobre responsabilidad estatal en Alemania requieren que haya un acto ilegal de un órgano del Estado y no incluyen el “error legislativo”. ¿Cómo podría un legislador o un tribunal *predecir* que, al aplicar una disposición nacional, el TJUE un día la clasificaría como violatoria del derecho de la Unión?

4. Primera conclusión

Uno se pregunta qué fue lo que condujo al Tribunal Constitucional Federal a ese giro completo después de las resoluciones *Maastricht* y *Lisboa*. Se rumorea que el Tribunal estaba bajo una fuerte presión política. El juez relator del caso *Honeywell*, que también lo fue en la resolución *Lisboa*, trató de explicar la sentencia en un periódico de circulación nacional, donde habló de autolimitación y de consideración.²³ Muchos ciertamente alabarán al Tribunal Constitucional por regresar a su posición original, amigable hacia la integración, pero el Tribunal podría haberlo hecho mejor. ¿Por qué no regresó el caso al Tribunal Laboral Federal, para exigir una remisión al TJUE bajo el artículo 101 de la Constitución Alemana y, a su vez, preguntar al TJUE no solo si la prohibición de discriminación sobre la base de la edad es un principio general del derecho de la Unión, sino también si lo es la protección de expectativas legítimas? Esto habría evitado una confrontación entre el Tribunal Constitucional y el TJUE, pero al mismo tiempo habría dejado en claro que el Tribunal Constitucional se toma su “competencia reservada” seriamente. ¿Por qué ladrar y no morder? Todo lo que ve ahora el TJUE es una bandera blanca

²³ U. Di Fabio: “Friedliche Koexistenz” (‘coexistencia pacífica’), *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 21 de octubre de 2010, p. 6.

sobre Karlsruhe,²⁴ la sede del Tribunal Constitucional Federal alemán. Y cuando leemos el artículo que publicó el presidente del TJUE en septiembre de 2011, en conmemoración del 60 aniversario del Tribunal Constitucional Federal alemán en un periódico nacional alemán,²⁵ entonces queda claro que él ciertamente ha visto esa bandera blanca.

En mi opinión, es necesaria una señal de alto para algunos avances dentro de la integración europea. Solo observen los rescates financieros de Estados de la zona Euro, que han ingresado a ella a través de artimañas y continúan ignorando soberanamente las reglas del juego. Y Europa está violando claramente las disposiciones de los tratados en su intento de prevenir la insolvencia soberana, la cual de todos modos es inevitable, tarde o temprano. Europa ha traicionado todo lo que prometió a los pueblos de esos Estados que integraron sus monedas fuertes en la zona Euro. Pero el Tribunal Constitucional Federal alemán vio un amplio margen de discreción...²⁶

5. Quizá esto sea lo que significa “el difícil equilibrio entre supranacionalidad y soberanía constitucional”

Permítaseme al final echar un vistazo a cómo la Corte Costituzionale italiana manejó este problema.

En su jurisprudencia sobre la integración europea y la relación entre el derecho constitucional nacional y el derecho comunitario europeo, el Tribunal Constitucional Federal alemán y la Corte Costituzionale presentan una serie de coincidencias, especialmente en el pasado; sin embargo, en el último tiempo se ven también notorias diferencias. Al igual que en el caso de la Constitución alemana (entonces el artículo 24), también la integración de Italia se basaba en una norma constitucional orientada en forma muy general a la inserción internacional (artículo 11). En 1990, en el contexto de la reunificación, Alemania incorporó a su Ley Fundamental el artículo 23, que se refiere específicamente a la integración europea. En Italia, en cambio, ello recién se hizo en el marco de la revisión de la Constitución de 2001 con el artículo 117, que obliga al Estado, las regiones y comunas a tomar en cuenta no solo la Constitución sino también las obligaciones que resulten del derecho comunitario (ahora derecho de la Unión) en el momento de legislar. Ahora bien, cuál es el alcance que tendrá ahora el artículo 11 en la Constitución italiana es un tema aún discutido en la doctrina de ese país.

Esto nos lleva a la “primacía del derecho comunitario sobre el derecho nacional”, establecida por la Corte Europea en 1964 en el caso *Costa v. ENEL* y que el Tribunal Constitucional alemán en 1971 había declarado como aceptada por la constitución alemana. La Corte Costituzionale italiana, en cambio, ya estaba conociendo el caso *Costa v. ENEL* antes de que fuera sometido a la Corte Europea, y había resuelto en ese momento que las normas jurídicas europeas no tenían ninguna primacía sobre el derecho italiano, por lo

²⁴ Cf. T. Stein: “Arrivederci Karlsruhe”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2010, 265.

²⁵ Vassilios Skouris: “Es gibt nicht nur Karlsruhe”, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 21 de septiembre de 2011.

²⁶ Resolución del 7 de septiembre de 2011 (2 BvR 987/10, 1485/10 y 1099/10)

que cualquier ley italiana posterior podía diferir del derecho comunitario.²⁷ Una consecuencia de esta divergencia fue, dicho sea de paso, que tras esta resolución exactamente opuesta dictada por la Corte en Luxemburgo, en los siguientes cuatro años, los tribunales italianos no mandaran ningún caso más a la Corte Europea para obtener una decisión prejudicial.²⁸ Apenas en el año 1973, es decir, no mucho tiempo después que el Tribunal Constitucional Federal alemán, la Corte Costituzionale italiana reconoció expresamente la primacía del derecho comunitario sobre el derecho nacional,²⁹ al inicio solo en forma parcial y más tarde en forma completa.³⁰ Entretanto hubo una serie de resoluciones que, sin embargo, en ninguno de los casos constataron una violación del derecho italiano. En total, la Corte Costituzionale dictó un número mucho mayor de resoluciones sobre el derecho comunitario europeo que el Tribunal Constitucional Federal alemán.

Al igual que el Tribunal Constitucional Federal alemán en su resolución del caso *Solange I*, de 1974, pero nueve años antes, la Corte Costituzionale italiana estableció que el traspaso de competencias a las Comunidades Europeas tiene sus límites en los principios fundamentales de la Constitución y los derechos humanos inalienables.³¹ Para la Corte Costituzionale uno de los más importantes principios fundamentales era el principio de la responsabilidad democrática; sin embargo, consideró que el control ejercido por el Parlamento Europeo, así como el control de los miembros de gobierno representados en el Consejo de las Comunidades Europeas por los parlamentos nacionales, era suficiente, también con respecto a las decisiones europeas (sentencia en la causa *Frontini*, de 1973).³²

En su sentencia en la causa *Frontini*,³³ la Corte Costituzionale resolvió además que solo ella tenía la competencia para declarar nulas las normas jurídicas nacionales que contradecían el derecho comunitario. Esta resolución pasó algo inadvertida en medio del gran alboroto que la sentencia *Solange I* había causado en la época con su pretensión teórica de declarar las normas europeas del derecho secundario como inaplicables en Alemania, aunque si en algún momento hubiera llegado a aplicarse, habría tenido las mismas consecuencias que la sentencia alemana. Finalmente ninguna de las dos resoluciones llegó a aplicarse en algún caso posterior. Sin embargo, en una sentencia de 1989,³⁴ la Corte Costituzionale volvió a afirmar su resolución en forma general, en un momento en el que el Tribunal Constitucional Federal alemán (1986), con su resolución en el caso *Solange II*, ya había cambiado su postura.

Pero el 13 de febrero de 2008 la Corte Costituzionale “se adelantó por la derecha”, por decirlo así, al Tribunal Constitucional alemán. Ese día por primera vez le sometió a la Corte Europea una causa para su decisión prejudicial,³⁵ después de que en todos los años anteriores no se consideró como un tribunal en el sentido de la norma sobre el procedimiento prejudicial —cuya numeración, aunque no su contenido, fue modificada

²⁷ Corte, 14/1964.

²⁸ T. Kröll: *ZfV* 2/2011, p. 167.

²⁹ Sentencia *Frontini*, Corte, 183/1973.

³⁰ Sentencia *Granital*, Corte, 170/1984.

³¹ Corte, 98/1965 y más tarde 183/1973, 170/1984 y 232/1989.

³² Sentencia *Frontini* (Fn. 29).

³³ La Corte volvió a insistir en ello en la sentencia *ICIC*, Corte, 232/175.

³⁴ Sentencia *Fragd*, Corte, 232/1989.

³⁵ Corte, 103/2008, en la causa *Stato/Regione Sardegna*, Corte 102/2008.

varias veces en el marco de las revisiones del Tratado (actualmente artículo 267 TFUE)—, sino como “guardián de la Constitución”.³⁶ Este paso ya lo habían dado para entonces las Cortes Constitucionales de Bélgica, Austria y Lituania, así como el House of Lords en Inglaterra. El Tribunal Constitucional Federal alemán, en cambio, mantiene su postura fundamentándola siempre con el mismo argumento: que las funciones del Tribunal Constitucional alemán y las de la Corte Europea, así como los criterios de evaluación, son distintos.

La Corte Costituzionale italiana —al igual que las demás— finalmente aceptó decir que el concepto de *tribunal* en los tratados europeos era un concepto europeo, y que, en materia de interpretación o vigencia de normas del derecho europeo de la Unión, la Corte Europea tenía la preferencia, por no decir el monopolio. Aparentemente la Corte Costituzionale no tuvo ningún problema en aceptar el efecto vinculante de una decisión prejudicial de la Corte Europea, y tampoco —con base en la sentencia dictada en esta materia—³⁷ en declarar nula la cuestionada norma jurídica italiana dos años después, por su incompatibilidad con el derecho comunitario.³⁸

Un tribunal constitucional que somete una situación jurídica a la Corte Europea se asegura en cierta forma también la posibilidad de entrar en un diálogo con esta última, lo cual eventualmente podría ayudar a que la Corte acepte una concepción nacional del derecho planteada por esta vía, más que cuando esta solo se expresa en advertencias abstractas formuladas en resoluciones nacionales. Pero la Corte Europea tampoco es del todo insensible frente a esto último. En una ocasión, tomando en cuenta justamente una resolución de este tipo de la Corte Costituzionale italiana, al menos precisó, si no modificó incluso, su propia jurisprudencia en un caso posterior.³⁹

6. La adhesión de la Unión Europea a la Convención Europea de Derechos Humanos

Solo en forma muy breve, para terminar, quiero llamar la atención sobre un desarrollo que podría significar, una vez más, cierta redistribución de las cartas entre los tribunales nacionales y europeos. Cuando la Unión Europea adhiera a la Convención Europea de Derechos Humanos, como está previsto en el artículo 6 del Tratado de la Unión, los ciudadanos en Europa tendrán un problema más bien de lujo: a partir de ese momento sus derechos serán protegidos no solo por el catálogo de derechos fundamentales establecido en sus respectivas constituciones nacionales, sino también por la Convención Europea de Derechos Humanos, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y quizás también por los principios generales del derecho comunitario que hasta ahora han sido desarrollados a través de la jurisprudencia de la Corte Europea sobre los derechos

³⁶ Sobre las numerosas sentencias anteriores véase Kröll (Fn. 28), pp. 174 ss.

³⁷ Corte Europea, Rs. c-169/08 (*Regione Sardegna*), Repertorio 2009, I-821

³⁸ Corte, 216/2010.

³⁹ Corte Europea, Rs. c-228/92 (*Roquette Frères II*), Repertorio 1994, I-1465 (según la sentencia de la Corte en *Fragd* (Fn. 34).

fundamentales, y cuya vigencia se pretende mantener en el futuro junto con la Carta de Derechos Fundamentales.

De esta forma se generaría, además, la particularidad de que tanto las resoluciones de los tribunales constitucionales nacionales como las de la Corte Europea pudieran ser revisadas una vez más por la Corte Europea de Derechos Humanos en Estrasburgo. Asimismo, existiría la posibilidad de que resoluciones de los máximos tribunales nacionales que también se refieran al derecho de la Unión Europea pudieran ser revisadas en Estrasburgo sin que la Corte Europea en Luxemburgo haya tenido antes la oportunidad de entregar su voto al respecto.

Por algún tiempo parecía posible que se alcanzara un pronto acuerdo en las negociaciones que se realizan sobre este tema entre la Unión Europea y la Corte de las Comunidades Europeas, pero en las consultas de la etapa final diversos países miembros de la Unión Europea plantearon ciertas reservas que impidieron una posición unánime de la Unión Europea. Por eso en este momento es imposible predecir cómo terminará este proceso y cuál será el tenor final del acuerdo entre las dos organizaciones.⁴⁰

⁴⁰ Véase Steering Committee for Human Rights (CDDH), Report to the Committee of Ministers on the elaboration of legal instruments for the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, CDDH (2011) 009, 14 de octubre de 2011.

VI. Los derechos humanos en la práctica del derecho administrativo.

Competencia Universitaria Internacional

Introducción

- Caso 1. La Cañamera contra Chile. Un problema de justicia ambiental
Luis Cordero Vega

Sentencia. Comunidad La Cañamera contra Chile.
Un problema de justicia ambiental
Universidad de El Salvador

- Caso 2. Augusto López contra Argentina
Pedro Aberastury

Sentencia. Augusto López contra Argentina
Universidad Nacional Autónoma de México

- Caso 3. Antonio José Jiménez Pérez contra México
Juan Pedro Machado Arias

Sentencia. Antonio José Jiménez Pérez contra México
Universidad de Buenos Aires

Introducción

En esta sección del ANUARIO presentamos los trabajos finales de la primera edición de la Competencia Universitaria Internacional *Los derechos humanos en la práctica del derecho administrativo*, promovida por el Programa Estado de Derecho conjuntamente con el Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Administrativo (coordinado por la KAS) y varias universidades del continente.

La competencia consiste en la simulación de un proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir de un caso de derecho administrativo. Los participantes deben mostrar sus conocimientos en estándares internacionales de derechos humanos aplicados al marco jurídico-administrativo interno. A partir de las doctrinas del control de convencionalidad y de constitucionalidad (difuso), incumbe a la justicia nacional aplicar e interpretar la legislación nacional a la luz de los estándares convencionales y constitucionales. Este ejercicio, catalizador de una transformación de una cultura jurídica más respetuosa con los derechos de la persona, requiere no solamente un conocimiento teórico de los estándares sino además la capacidad práctica-metódica para ejercitar tal labor. Mediante la competencia, la Fundación Konrad Adenauer busca promover la formación jurídica de jóvenes estudiantes, desarrollando sus habilidades de investigación, argumentación y oratoria.

Presentamos, en lo que sigue, los tres casos hipotéticos y sus sentencias. Estas últimas, elaboradas por estudiantes de los tres equipos ganadores de las eliminatorias regionales (Universidad de El Salvador, Universidad de Buenos Aires y Universidad Nacional Autónoma de México), fueron presentadas por los estudiantes en la final ante el “gran jurado” de los magistrados y ministros constitucionales del continente y los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos presentes en el encuentro.

Caso 1

La Cañamera contra Chile. Un problema de justicia ambiental

Luis Cordero Vega*

1. Resumen del problema

En la comuna de Puente Alto, un sector ampliamente poblado y que concentra población de los dos quintiles más pobres, existe un predio que funciona como vertedero ilegal. Alrededor de él existe un conjunto significativo de personas en viviendas de carácter social, quienes son las principales afectadas por la existencia de dicho vertedero.

Ese predio es de propiedad de la Municipalidad, y la autoridad sanitaria respectiva le ha ordenado el cierre perimetral y la recuperación del suelo del lugar.

Los vecinos han reclamado históricamente que el funcionamiento de ese lugar y la omisión de la Municipalidad han generado importantes problemas de salud y ambientales.

Organizaciones ambientales sostienen, además, que el Estado, mediante la persistente omisión en cuanto a solucionar el problema, ha profundizado las inequidades, pues este pasivo ambiental existe en una comuna mayoritariamente pobre y la población afectada está compuesta por personas que habitan en viviendas sociales entregadas por el Estado.

La Municipalidad ha señalado que no dispone de recursos económicos para el cierre y la recuperación del lugar, que es un municipio pobre y que, en consecuencia, no le es posible cumplir con lo requerido por la autoridad sanitaria.

2. Historia

La Cañamera, como se conoce el lugar, corresponde a un antiguo sector agrícola de la ciudad que en la década de los sesenta comenzó a ser utilizado legalmente como vertedero

* Integrante del Grupo Latinoamericano de Derecho Administrativo (coordinado por la Fundación Konrad Adenauer). Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Chile. Doctor en Derecho de la Universidad de Lleida. Magíster en Derecho, magíster en Políticas Públicas y postulado en Economía en la Universidad de Chile. Miembro del Instituto Chileno e Iberoamericano de Derecho Administrativo y miembro de los comités científicos de la *Revista de Derecho Administrativo* y de la *Revista de Derecho Ambiental* de la Universidad de Chile.

de residuos domiciliarios de la comuna y de otras cinco que se encuentran a su alrededor. Entre 1978 y 1980 en ese lugar se depositaron residuos industriales.

En 1985 el terreno fue adquirido por el Estado con la finalidad de destinarlo a la construcción de viviendas sociales. Con ese fin se dividió en cinco lotes, de los cuales tres fueron entregados a la autoridad de Vivienda para la construcción de viviendas sociales y dos a la Municipalidad con la finalidad de desarrollar proyectos comunitarios y parques.

En 1988 el Gobierno comenzó un programa de erradicación de campamentos, también conocido como *Un techo para los sin techo*. Ese programa implicó el traslado de personas asentadas en terrenos próximos a los ríos o en terrenos abandonados a viviendas sociales construidas por el Estado.

Parte de esas viviendas se construyó en el sector de La Cañamera —en dos de los tres lotes— y allí se trasladó un grupo significativo de personas a “la casa propia”. Ese proceso duró hasta 1996.

Desde 1995 los lotes de la Municipalidad y el que quedó sin construir por la autoridad de Vivienda comenzaron nuevamente hacer utilizados como vertedero, ahora ilegal, cuestión que se vio agravada por dos motivos: a) el lugar no tiene iluminación, de manera que es riesgoso para los vecinos del sector; b) una empresa del Estado dedicada a gestionar trenes de superficie (Metro) comenzó la construcción de nuevas estaciones y depositó los escombros en este lugar.

3. Los hechos

Frente a esta situación, en 2002 los vecinos organizados recurrieron a la autoridad sanitaria por los problemas de seguridad, pero sobre todo por aquellos vinculados a la salud debido a la naturaleza y las características del lugar.

Durante el procedimiento de investigación administrativa de la autoridad sanitaria, esta pudo comprobar: a) que el lugar funcionaba como un depósito ilegal de basura y escombros; b) que existían emanaciones constantes de gases tóxicos; c) que se habían producido intoxicaciones con metales pesados, específicamente arsénico, mercurio y plomo, con síntomas como hemorragias nasales, metrorragias en las mujeres, dolor de huesos y manchas en la piel; d) que había cinco casos confirmados del síndrome de Gillián Barré, que consiste en una neuritis periférica sensitivo-motriz y anemia, entre otras afecciones.

En función de esto, en 2004 la autoridad sanitaria dictó una orden en la que indicó expresamente:

1. ORDÉNESE a la I. Municipalidad de Puente Alto, que en un plazo no superior a treinta días, contados desde la notificación de la presente resolución, proceda a ejecutar las siguientes medidas:
 - a) Cierre perimetral de la parte del Sector La Cañamera que de acuerdo a la inscripción del Conservador de Bienes Raíces respectivo, es de su propiedad;
 - b) La presentación ante el Servicio de Salud de un Plan de Cierre del exbasural para impedir que persistan condiciones de riesgo sanitario que puedan afectar a la población;

c) La ejecución, en cuanto le corresponda, de las demás medidas sanitarias contenidas en el informe técnico adjunto a esta resolución, tendientes al control del riesgo generados por la existencia de una población en las cercanías o eventualmente sobre lo que fue el ex vertedero La Cañamera, lo que en todo caso incluirá un estudio análisis de dichos terrenos, en los términos definidos en el referido informe.

Todo lo anterior bajo apercibimiento legal, en caso de incumplimiento.

La Municipalidad esperó que se venciera el plazo y no cumplió con lo ordenado por la autoridad sanitaria

4. La reacción de los vecinos y sus argumentos

Frente a esta omisión, los vecinos interpusieron un “reclamo de ilegalidad” (contencioso de plena jurisdicción) con la finalidad de que la Corte obligara a la Municipalidad a cumplir con las medidas ordenadas por la autoridad sanitaria.

Con tal objeto desarrollaron el siguiente argumento:

En el presente caso, la Municipalidad ha incurrido en una omisión ilegal, ya que ha dejado de ejercer deberes legales de actuar, desconociendo en todo momento la posición servicial y funcional que las potestades conferidas a ella por el ordenamiento jurídico poseen respecto al interés general de la comunidad.

El concepto jurídico de inactividad puede constituirse a partir de tres elementos: uno material, la constatación de una situación de *pasividad o inercia* de la Administración; otro formal, que convierte a dicha situación en una omisión por infracción de un *deber legal* de obrar o actuar y determina su antijuridicidad; y por último el contenido posible de dicho deber legal de actuar, aludiendo a la *posibilidad real* o efectiva de llevar a cabo la conducta constitutiva del deber jurídico, ya que a lo imposible nadie está obligado.

Estos tres elementos definidos concurren en este caso, configurando así la omisión ilegal que da lugar a la interposición del reclamo de ilegalidad como paso a exponer.

La Municipalidad ha incurrido en omisiones que constituyen una conducta ilícita o antijurídica por contravención de un deber de actuar deducido del ordenamiento jurídico. Al no tomarse ningún tipo de medida respecto de la situación en que se encuentra el sector del ex vertedero La Cañamera, pudiendo perfectamente hacerlo en ejercicio de las facultades que las leyes le confieren, la autoridad edilicia incurre en inactividad ilegal.

La Municipalidad infringe normas del *Código Sanitario* que contemplan atribuciones y obligaciones sanitarias que las Municipalidades “deben” cumplir dentro de las que cabe destacar aquella que expresamente atribuye como obligación a la Municipalidad la siguiente:

Artículo 11. Sin perjuicio de las atribuciones que competen al Servicio Nacional de Salud, corresponde, en el orden sanitario a las Municipalidades:

a) Proveer a la limpieza y a las condiciones de seguridad de sitios públicos, de tránsito y recreo;

Se suma a esta omisión ilegal el que se infringen además, las obligaciones legales establecidas en la *Ley General de Urbanismo y Construcciones*, que establece lo siguiente:

Artículo 79. Corresponderá a las Municipalidades desarrollar las acciones necesarias para la rehabilitación y saneamiento de las poblaciones deterioradas o insalubres dentro de la comuna, en coordinación con los planes de esta misma naturaleza y planes habitacionales del Ministerio de Vivienda y Urbanismo.

Con el fin de dar un contenido posible a los deberes legales precedentemente citados, es que la ley otorga ciertas facultades a la Municipalidad para su realización efectiva y material.

La *Ley General de Urbanismo y Construcciones* con el fin de concretar la disposición del artículo 79 señala que:

Artículo 81. Para prevenir el deterioro progresivo de un sector del barrio, la Municipalidad podrá ejercer las siguientes facultades:

b) ordenar la construcción de cierros exteriores en los sitios eriazos, en plazos no inferiores a seis meses, con las características que señale el Plan Regulador y su Ordenanza local, o las que se fijen a falta de aquellos;

En el ejercicio de estas facultades, la Municipalidad podrá apercibir a los propietarios con el apercibimiento de una multa si no cumplieren con lo ordenado, la que se hará efectiva administrativamente a beneficio municipal.

Hasta la fecha ninguna de estas medidas se ha adoptado con el fin de mitigar la precaria condición de la localidad, la cual es reconocida como uno de los sitios más contaminados de la ciudad por la autoridad sanitaria y como un foco de delincuencia por la comunidad.

En otros términos, la autoridad municipal perfectamente pudo adoptar las medidas de mitigación señaladas con el fin de rehabilitar y sanear la población deteriorada e insalubre a causa de la presencia de escombros y basuras en el exvertedero La Cañamera, aún cuando no sean de su propiedad a la luz de las disposiciones transcritas.

5. La solución de la Corte

La Corte decidió rechazar el reclamo de los vecinos, sosteniendo que, si bien la autoridad municipal había omitido su actuar, esto se justificaba por cuanto acreditó que carecía de recursos disponibles para realizar el cierre perimetral, adoptar las medidas de mitigación respectivas y recuperar el suelo afectado, pero además porque se le estaban haciendo exigibles obligaciones por un predio que no era de su propiedad.

La Corte sostuvo que para que la omisión sea jurídicamente ilícita es necesario, además de la existencia de un deber, la posibilidad efectiva de llevarlo a cabo. La indisponibilidad de recursos por parte de la Municipalidad hace que este presupuesto sea imposible.

6. El dilema actual

En este esquema, los vecinos desean recurrir al sistema interamericano de derechos humanos con la finalidad de que el Estado sea condenado y se le ordene sufragar los gastos de recuperación del lugar.

7. Los problemas que se deben resolver

Los estudiantes deben formular argumentos, ya sea como parte actora o demandada, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con base en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás tratados internacionales aplicables, sobre los siguientes dilemas:

- a. ¿Cuáles son los derechos afectados y en que condición de exigencia (salud, ambiente, vida, integridad física)?
- b. ¿Sobre qué supuestos una omisión de autoridad administrativa es jurídicamente reprochable en el sistema interamericano?
- c. ¿Es un aspecto a considerar la distribución equitativa de las cargas ambientales?
- d. ¿Son los límites de recursos públicos una causal legítima para que un órgano administrativo pueda justificar su omisión?
- e. ¿Es admisible a los ojos de la Convención que esa misma excusa sea empleada por el Estado en su defensa?
- f. Si no es posible que un juez pueda ordenar una actuación porque esta involucra fondos públicos, ¿es procedente la acción de reparación de daños? En tal caso ¿sobre qué supuestos?

Sentencia. Comunidad La Cañamera contra Chile. Un problema de justicia ambiental

Universidad de El Salvador*

En el *Caso Comunidad La Cañamera*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana”, “la Corte”, o “el tribunal”), de conformidad con los artículos 62.3 y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención” o “la Convención Americana”) y con los artículos 30, 32, 38, 42, 56, 61, 65 y 67 del Reglamento de la Corte (en adelante “el Reglamento”), dicta la presente Sentencia:

I. Introducción de la causa y objeto de la controversia

1. Los hechos se establecen de conformidad con el caso de la Eliminatoria Regional de Centroamérica, publicado en la página *web* del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer.

2. La Comisión presentó la demanda con el fin de que la Corte declare a la República de Chile (en adelante el “Estado”) responsable por la violación de derechos consagrados en los artículos 4.1 (Derecho a la vida), 5.1 (Derecho a la integridad personal), 11.2 (Prohibición de la injerencia arbitraria en la vida privada y familiar) y 25 (Protección judicial), en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 (Obligación de respetar los derechos) y 2 (Deber de adoptar disposiciones de derecho interno), todos de la Convención, en perjuicio de los habitantes de la Comunidad La Cañamera, ubicada en la Comuna de Puente Alto. Por último, la Comisión solicitó, de conformidad con el artículo 63.1 de la Convención, que el Tribunal ordene al Estado determinadas reparaciones.

II. Excepción preliminar de “falta de agotamiento de recursos internos”

3. El Estado presentó la excepción preliminar de falta de agotamiento de los recursos internos, indicando que la opuso en el momento procesal oportuno y fue indebidamente rechazada por la Comisión. Agregó que las presuntas víctimas pudieron interponer el Recurso de Protección, como mecanismo de tutela del derecho a un medio ambiente libre de contaminación ante la omisión continuada de la Municipalidad y además estaban

* Competencia Universitaria Internacional *Los derechos humanos en la práctica del derecho administrativo en América Latina*. Eliminatoria regional de Centroamérica. Universidad de El Salvador. Yansi Fabiola Alonso Urquilla, Wilfredo Antonio Jovel González, Jasmine Helvetia Hernández Paniagua, José Alberto Romagoza López y Henry Alexander Mejía (asesor).

habilitados para interponer los recursos de apelación y casación ante la resolución de la Corte de Apelaciones, que resolvió el reclamo de ilegalidad.

4. La Comisión indicó que las víctimas interpusieron el reclamo de ilegalidad ante el incumplimiento de la resolución que emitió la autoridad sanitaria, como recurso específico en materia municipal, el cual fue desestimado por la Corte de Apelaciones. La Comisión agregó que resulta razonable que las víctimas hayan acudido al recurso específico y no al recurso de protección, por su carácter general.¹ Estima que resultaba peligroso para los afectados interponer los recursos de apelación y casación, pues durante su trámite se continuarían deteriorando sus condiciones de salud; por tanto, no debían ser agotados.

5. La Corte observa que la excepción fue planteada en la etapa de admisibilidad ante la Comisión, cumpliendo con el presupuesto formal para su interposición.² En cuanto al contenido material de la excepción, el Tribunal reitera su jurisprudencia en el sentido de que incumbe al Estado el señalamiento de los recursos internos que deben agotarse y su efectividad,³ y que la regla del previo agotamiento de los recursos no debe interpretarse en sentido formalista, que conduzca a la inutilidad de la protección internacional del ser humano.⁴ Dicha regla busca dispensar al Estado de la declaratoria de responsabilidad internacional por violaciones a derechos humanos sin que se le haya dado la oportunidad de remediarlas internamente.⁵

6. Este tribunal sostiene que no deben agotarse todos los recursos que un ordenamiento interno prevé en determinado caso, sino aquellos que resulten idóneos para remediar la violación a derechos humanos que se deduce del cuadro fáctico concreto.⁶ La situación jurídica infringida en este caso se refiere al incumplimiento de la resolución emitida por la autoridad sanitaria. En este contexto, el recurso idóneo y específico es el reclamo de ilegalidad, el cual fue agotado por las víctimas sin que sea exigible el agotamiento del recurso de protección, por su carácter general. Los otros recursos alegados por el Estado, apelación y casación, tienen por objeto que se revise una decisión dentro de un proceso ya incoado.⁷ En el presente caso, al interponer el recurso idóneo y específico, el Estado tuvo conocimiento de la inactividad en que incurrió la Comuna, y contó con la oportunidad de resolver la situación planteada sin haberla solucionado. Con base en los argumentos anteriores, esta Corte desestima la excepción alegada, por lo que corresponde entrar al conocimiento del fondo del asunto.

¹ Cf. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe de admisibilidad N° 14/09, Petición 406-03 Miguel Fredes González y Ana Tuzcek Fries (Chile), 19 de marzo de 2009, § 40 y 44.

² Caso *Perozo y otros vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C n.º 195, § 42.

³ Caso *Chocrón Chocrón vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C n.º 227, § 23.

⁴ Caso *Castañeda Gutman vs. México*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C n.º 184, § 30 a 36.

⁵ Caso *Mejía Idrovo vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011 Serie C n.º 228, § 27.

⁶ Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C n.º 5, § 65.

⁷ *Ibidem*.

III. Competencia

7. La Corte Interamericana es competente en los términos del artículo 62 de la Convención para conocer el presente caso, en razón que el Estado de Chile es parte de la Convención Americana desde el 21 de agosto de 1990 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte ese mismo día.

IV. Derecho a la vida

8. La Comisión alegó que el Estado ha incumplido las obligaciones positivas que derivan del derecho a la vida digna, específicamente en su componente salud, el cual se ha visto afectado por la contaminación ambiental que produce el vertedero ilegal de desechos sólidos (en adelante “el vertedero”) ubicado en La Cañamera.

9. El Estado reconoce la vinculación entre la vida, la salud y el medio ambiente; no obstante, señala que ha implementado políticas públicas orientadas a garantizar el goce de tales derechos a las personas sometidas a su jurisdicción, indicando que la escasez de recursos derivada de su realidad económica y social ha generado carencias en materia sanitaria y ambiental.

10. Este Tribunal ha sostenido en reiterada jurisprudencia que el derecho a la vida es fundamental para el goce de los demás derechos humanos; si este se pierde, carece de sentido el reconocimiento, la garantía y la protección de los otros derechos.⁸ Es trascendental recordar que existe una relación de interdependencia y complementariedad entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, los que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos.⁹ En este sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante “Corte Europea”) ha sostenido que no existe una separación tajante entre las dos esferas de derechos, ya que los derechos civiles y políticos tienen implicaciones socioeconómicas, y es posible realizar una interpretación extensiva de estos.¹⁰

11. Como ha sido establecido en la jurisprudencia constante de este tribunal, el derecho a la vida implica que se garantice una vida digna, es decir, el acceso a condiciones vitales que permitan el desarrollo integral de las personas, uno de cuyos componentes es la salud,¹¹ el cual debe considerarse como un derecho humano inclusivo que comprende la atención médica oportuna y apropiada, además de los factores que la determinan, *inter*

⁸ Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C, n.º 214, § 186 y Villagrán Morales y otros vs. Guatemala (*Niños de la calle*), Sentencia de Fondo de 19 de noviembre de 1999. Serie C, n.º 63, § 144.

⁹ Cf. Caso *Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C n.º 198, § 101.

¹⁰ Cf. CEDH, *Caso Airey vs. Irlanda* (n.º 6289/73), Sentencia de 9 de Octubre de 1979, § 26.

¹¹ Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C, n.º 125, § 166-167; Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No 146, § 173.

alia: condiciones sanitarias adecuadas y el medio ambiente.¹² Con relación al contenido del derecho a la vida antes descrito, los Estados tienen la obligación positiva, de conformidad con los artículos 1 y 2 de la Convención, de adoptar medidas tendientes a su protección y su realización;¹³ el incumplimiento surge cuando un Estado tiene conocimiento de una situación de riesgo real para la vida de las personas sometidas a su jurisdicción y no actúa para protegerlas.¹⁴

12. Esta Corte advierte que el Estado tuvo conocimiento de la situación de riesgo en que se encuentran los miembros de la Comunidad a partir del año 2004, a través de la autoridad sanitaria que sustanció el procedimiento administrativo en el que se comprobó: a) la contaminación del medio ambiente como producto de las emanaciones de gases tóxicos como arsénico, mercurio y plomo; y, b) que como producto de esa contaminación se ha deteriorado la salud de los habitantes de la comunidad de La Cañamera. Se observa que el Estado no refuta los dictámenes que llevaron a las autoridades a ordenar el cierre perimetral del vertedero y la recuperación ambiental del lugar, por lo que debe entenderse que no existe controversia en este punto, de conformidad con el artículo 41 número 3 del Reglamento. Comprobadas las consecuencias del funcionamiento del vertedero, surgió el deber del Estado de adoptar medidas de protección a la vida de las víctimas.

13. El Estado alegó que ha adoptado políticas públicas en materia sanitaria y ambiental; sin embargo, esta Corte observa que el Estado no implementó acciones para eliminar los factores de riesgo que afectan a la Comunidad, aun cuando el artículo 79 de la Ley General de Urbanismo y Construcción determina el deber de la Municipalidad de tomar las acciones necesarias para la rehabilitación de lugares insalubres, con el objeto de evitar riesgos para la vida, y que, por otra parte, el artículo 13 del Código Sanitario chileno establece la posibilidad de que el Servicio Nacional de Salud asuma la función de saneamiento ante la negligencia de la Comuna. Este Tribunal, al examinar el cuadro fáctico del caso, determina que la inactividad del Estado fue total, a pesar del deber especial que se deriva de la particular necesidad de protección de las víctimas por ser personas en situación de pobreza. Con dicha omisión de los órganos estatales se ha configurado una violación al medio ambiente como factor determinante de la salud, el cual integra el derecho a la vida en su dimensión de vida digna, previsto en el artículo 4.1 de la Convención.

V. Derecho a la integridad personal

14. La Comisión alegó que, como consecuencia del funcionamiento del vertedero, el Estado ha violado el derecho a la integridad personal en su dimensión física por el deterioro en la salud de las víctimas, que se traduce en angustia, lo que afecta su integridad psíquica y moral.

¹² Observación General número 14 del Comité de Derechos económicos, sociales y culturales, Naciones Unidas, del 4 de diciembre 2000, § 11.

¹³ Cf. Caso *Villagrán Morales vs. Guatemala*, *supra* nota 8, § 144.

¹⁴ Cf. Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, *supra* nota 11, § 155.

15. El Estado reconoce la conexión entre integridad personal y salud, y alega que ha implementado políticas públicas que garantizan atención médica integral a las presuntas víctimas.

16. Esta Corte reitera que el derecho a la vida y a la integridad personal se hallan directa e inmediatamente vinculados con la salud.¹⁵ En este contexto, se ha constatado el deterioro de la salud de las víctimas originado por el funcionamiento del vertedero (*supra*, § 12), que se manifiesta en padecimientos como manchas en la piel, hemorragias y dolor de huesos, lo cual vulnera su integridad física. El deterioro físico, sumado al conocimiento de los riesgos a que están expuestas, se ha traducido en sufrimiento y angustia para las víctimas. Además, la inactividad continua del Estado les ha quitado la esperanza de resolver su situación,¹⁶ y ello afecta su integridad personal en las dimensiones psíquica y moral. Por tanto, esta Corte declara la responsabilidad internacional del Estado por haber violado el artículo 5.1 de la Convención.

VI. Prohibición de injerencias arbitrarias en la vida privada y familiar

17. La Comisión alega que la inactividad del Estado para impedir la contaminación del medio ambiente ha generado injerencias arbitrarias en la vida privada y familiar de las víctimas.

18. El Estado ha solicitado que se mantenga el criterio jurisprudencial del Tribunal sostenido en el caso *Tristán Donoso vs. Panamá*, en que se determinó que el ámbito de protección de esta norma se refiere a aspectos de la privacidad, como las comunicaciones del individuo.

19. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha ido experimentando avances significativos que vienen determinados por las necesidades emergentes de los seres humanos; consciente de ello, este tribunal considera pertinente realizar nuevas precisiones sobre el contenido de la prohibición del artículo 11 de la Convención, las cuales deberán considerarse adicionales a las que esta Corte ha realizado anteriormente.¹⁷ El artículo 11 de la Convención prohíbe toda injerencia en la vida privada de las personas, la cual se desarrolla en el domicilio, la correspondencia y la familia. La Corte Europea de Derechos Humanos, en casos similares al que hoy conoce este tribunal, ha sostenido que una grave contaminación ambiental puede causar injerencias en la vida privada familiar de las personas, fundamentándose en que “el individuo tiene derecho al respeto de su casa, lo que significa no sólo el derecho a la superficie física real, sino también el disfrute tranquilo de la zona”;¹⁸ por lo tanto, las violaciones a este derecho no las limitan a infracciones físicas,

¹⁵ Caso *Vera Vera vs. Ecuador*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 19 de mayo de 2011. Serie C, n.º 224, § 43.

¹⁶ Caso *Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de marzo de 2005. Serie C, n.º 120, § 112.

¹⁷ Caso de las *Masacres de Ituango vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C n.º 148

¹⁸ CEDH, Caso *Giacomelli vs. Italia* (n.º 59909/00), Sentencia de 2 de noviembre de 2006, § 79.

sino que incluyen las que son de carácter inmaterial, como las producidas por ruido, emisiones, olores, entre otros.¹⁹

20. En el presente caso, reconociendo el avance en esta materia, considerando que la vida privada familiar se desarrolla en un hogar que se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones, intromisiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública, y recordando que las interpretaciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos deben potenciar su contenido en razón del principio *pro homine*, es que esta Corte estima que la prohibición de injerencias a la vida privada familiar debe interpretarse en el sentido que una grave contaminación ambiental puede afectar el bienestar de las personas e impedirles gozar del desarrollo normal de sus vidas cotidianas en el hogar²⁰ vulnerándose su vida privada familiar. Esta Corte retoma los criterios establecidos por la Corte Europea, que ha sostenido que la contaminación ambiental debe alcanzar un nivel mínimo,²¹ por lo que deberá considerarse en cada caso la intensidad, duración y los efectos físicos o mentales²² de la contaminación ambiental a efecto de determinar si ha existido injerencias a la vida privada familiar.

21. Por las consideraciones anteriores es que se desestima la defensa del Estado, ya que las circunstancias del presente caso exigen una mejor adecuación de la jurisprudencia de este tribunal, como instancia de control de la convencionalidad.

22. De conformidad con los artículos 1 y 2 de la Convención, la prohibición contenida en el artículo 11, los Estados tienen la obligación negativa de abstenerse de realizar de injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada y familiar, y la obligación positiva de adoptar medidas para asegurar el goce pleno de la vida privada o impedir la continuidad de las injerencias y su posible repetición.

23. Este Tribunal considera que, como consecuencia de la emanación de gases tóxicos del vertedero se ha interferido en la vida privada y familiar de las víctimas, ya que se ha afectado su salud, sus relaciones sociales y se les ha colocado en una situación de riesgo insoportable, convirtiéndose la comunidad en una zona de peligro por la contaminación ambiental. Esta Corte advierte que el Estado tenía el deber de supervisar el tratamiento de los desechos sólidos para evitar la contaminación del medio ambiente (*supra* § 13); no obstante, con su proceder ha tolerado el funcionamiento ilegal del vertedero sin adoptar medidas de saneamiento y rehabilitación ambiental, aun conociendo la grave contaminación que ha producido, con lo que generó injerencia en la vida privada y familiar de las víctimas, impidiéndoles el goce de sus derechos por haber incumplido su obligación positiva al haber permanecido en inactividad absoluta, lo que no es compatible con la Convención. De conformidad con los hechos y argumentos planteados, esta Corte declara la responsabilidad internacional del Estado por haber violado los artículos 11. 2 y 2 de la Convención.

¹⁹ CEDH, Caso *Moreno Gómez vs. España* (n.º 4143/02), Sentencia de 16 de noviembre de 2004. Final 16 de febrero de 2005, § 53.

²⁰ CEDH, Caso *López Ostra vs España* (n.º 16798/90), Sentencia de 9 de diciembre de 1994, § 51.

²¹ CEDH, Caso *Faddeyeva vs. Rusia* (n.º 55723/00), Sentencia de 9 de junio de 2005. § 69.

²² *Ibidem*.

VII. Derecho a la protección judicial

24. La Comisión alegó la violación al artículo 25 de la Convención por el incumplimiento de la resolución emitida por la autoridad sanitaria, y con la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones, que justificó la omisión de la Municipalidad dejando a las víctimas en una situación permanente de desamparo de sus derechos.

25. El Estado indicó que el derecho interno proporciona recursos sencillos y rápidos para la protección de los derechos de las personas, pero que no le es exigible que en todos los casos se produzca una resolución favorable a la persona que lo solicita.

26. Esta Corte en reiterada jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de que las garantías del debido proceso no deben limitarse a los recursos judiciales, sino que deben observarse en toda instancia administrativa en la que corresponda determinar y tutelar los derechos de las personas.²³ Siguiendo este criterio, la Corte considera que la regla del cumplimiento obligatorio por parte de las autoridades competentes de las decisiones judiciales, prevista en el artículo 25.2 literal C de la Convención, aunque se refiere literalmente a los recursos judiciales, también deberá aplicarse a los procedimientos administrativos cuando son utilizados como medio de protección de derechos humanos, para evitar que el procedimiento se vuelva ineficaz.

27. Esta Corte establece, en la presente sentencia, con fundamento en el principio *pro homine*, que las decisiones adoptadas en un procedimiento administrativo que resuelvan la petición de un administrado con relación a la tutela de derechos consagrados por la Convención o en el ordenamiento interno, deben ser cumplidas por la autoridad competente del Estado.

28. Esta Corte se ha pronunciado en el sentido de que el retraso en la ejecución de la sentencia no debe afectar el derecho protegido en ella.²⁴ En virtud de lo establecido (*supra* § 26), las decisiones administrativas que protegen derechos humanos deben cumplirse de manera prioritaria, por lo que el acto administrativo que ordenó a la Comuna tomar medidas de rehabilitación ambiental en la zona del vertedero debió ejecutarse, sin que las limitaciones presupuestarias justifiquen la permanente inactividad de la autoridad pública.

29. Este tribunal, al examinar el segundo punto alegado por la Comisión, sostiene que los recursos del ordenamiento interno deben ser efectivos para combatir la violación de los derechos protegidos por la Convención.²⁵ Al evaluar la efectividad del reclamo de ilegalidad,²⁶ se observa que la decisión tomada por la Corte de Apelaciones no contribuyó a poner fin a la situación violatoria de derechos humanos, pues justificó la inactividad

²³ Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C n.º 72, § 124 y 125; Caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C n.º 74, § 103 y 104.

²⁴ Caso *Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C n.º 144, § 227.

²⁵ Caso *de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C n.º 79, §114.

²⁶ Caso *Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, *supra* nota 3, § 125; Caso de la *Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C n.º 134, § 210.

del Estado por la carencia de presupuesto de la Comuna, sin considerar el carácter imperativo de la obligación internacional del Estado de adoptar las medidas necesarias para proteger los derechos consagrados en la Convención, permitiendo la continuada violación a derechos humanos.

30. Con fundamento en el anterior análisis, la Corte considera que el Estado violó los artículos 25.1 y 25.2 literal C, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, en perjuicio de los miembros de la Comunidad.

VIII. Reparaciones

31. Esta Corte ha establecido que toda violación a una obligación internacional que haya producido daño debe ser reparada con la plena restitución (*restitutio in integrum*).²⁷ De no ser así, este Tribunal puede determinar otras medidas de reparación u ordenar el pago de una indemnización. La condición de la reparación es que debe existir un nexo causal con los hechos del caso, violaciones declaradas y los daños acreditados en el ámbito material e inmaterial.²⁸ El tribunal ha constatado las violaciones a los derechos humanos imputadas al Estado de Chile, por lo que procede a determinar las medidas de reparación:

32. La Comisión solicitó las medidas de reparación siguientes: que se ordene la publicación de la sentencia que emita el tribunal; se brinde atención médica integral a las víctimas; que se ordene el cierre del vertedero y la rehabilitación ambiental de la zona donde funciona; que se fije en equidad una indemnización por el daño material debido a los gastos en que incurrieron las víctimas para aliviar sus padecimientos; finalmente solicitó que se fije en equidad una indemnización para reparar el sufrimiento creado en las víctimas por la inactividad Estatal. El Estado solo se pronunció con respecto a la indemnización por daño material, manifestando que deben presentar pruebas sobre los gastos en que hayan incurrido.

33. Esta Corte establece que el Estado deberá publicar por una sola vez el resumen oficial de la sentencia que emita este tribunal en el *Diario Oficial de Chile* y en un diario de circulación nacional, para lo que fija un plazo común de dos meses contado a partir de notificada esta sentencia.

34. Este tribunal ordena al Estado proporcionar atención médica integral a las víctimas de acuerdo a los diagnósticos clínicos, en el plazo de dos meses a partir de la notificación de la sentencia.

35. Esta Corte ordena al Estado el cierre del vertedero y la rehabilitación ambiental de la zona en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la sentencia.

²⁷ Cf. Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra*, nota 11, § 181.

²⁸ “Daño material referido a las consecuencias de carácter pecuniario que tenga un nexo causal con los hechos del caso” y “Daño inmaterial referido a sufrimientos y aflicciones causados a la víctima”, caso *Gómez Palomino vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C, n.º 136, § 124 y 130.

36. Este Tribunal estima que los gastos médicos de las víctimas constituyen una expresión de daño material, por lo que establece, según criterios de equidad, una indemnización de USD 50.000,00 que será recibida por un comité de tres miembros elegidos por la Comunidad, que entregará las sumas necesarias a cada individuo afectado. Dicho monto deberá ser otorgado por el Estado en el plazo de tres meses siguientes a la notificación de la sentencia.

37. La Corte ordena al Estado la creación de un Fondo de Desarrollo Comunitario, cuyo monto se fija según criterios de equidad,²⁹ por USD 400.000,00 en compensación del daño inmaterial causado. Este Fondo deberá invertirse en el mejoramiento de las condiciones de vida de las víctimas, se creará en el plazo de seis meses siguientes a la notificación de esta sentencia y será administrado por el Comité previsto en el párrafo anterior.

IX. Puntos resolutivos

38. Por tanto, LA CORTE DECIDE, por unanimidad:

1. Desestimar la excepción preliminar interpuesta por el Estado en los términos de los párrafos 5 y 6 de la presente sentencia,

DECLARA, por unanimidad, que:

2. El Estado violó el derecho a la vida reconocido en el artículo 4.1 de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo tratado, en perjuicio de los habitantes de la Comunidad La Cañamera, en los términos de los párrafos 10 al 13 de la presente sentencia.

3. El Estado violó el derecho a la integridad personal reconocido en el artículo 5.1 de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo tratado, en perjuicio de los habitantes de la Comunidad La Cañamera, en los términos del párrafo 16 de la presente sentencia.

4. El Estado violó el derecho a la vida privada y familiar reconocido en el artículo 11.2 de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo tratado, en perjuicio de los habitantes de la Comunidad La Cañamera en los términos de los párrafos 19 al 23 de la presente sentencia.

5. El Estado violó el derecho de protección judicial reconocida en los artículos 25.1 y 25.2 literal C de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo tratado, en perjuicio de los habitantes de la Comunidad La Cañamera en los términos de los párrafos 25 al 29 de la presente sentencia.

Y DISPONE, por unanimidad, que:

6. Esta sentencia constituye *per se* una forma de reparación.

7. El Estado debe publicar esta sentencia según lo establecido en el § 32 de la misma.

8. El Estado deberá realizar los estudios clínicos y brindarles la atención médica integral a las víctimas, fijada de conformidad con el § 33 de esta sentencia.

²⁹ Cf. Caso *Xakmok Kasek vs. Paraguay*, *supra* nota 8, § 323.

9. El Estado debe llevar a cabo el cierre del vertedero y la rehabilitación ambiental de conformidad con los términos fijados en el párrafo 34 de la presente sentencia.

10. El Estado debe pagar las cantidades fijadas por concepto de indemnización por daño material e inmaterial, de conformidad con los párrafos 35 y 36 de la presente sentencia,

11. La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de esta sentencia, en ejercicio de sus atribuciones conforme a la Convención, y el Estado deberá rendir informes periódicos semestrales sobre las medidas adoptadas para cumplirla.

Caso 2

Augusto López contra Argentina

Pedro Aberastury*

El señor Augusto López se desempeñó como fiscal adjunto de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas. Con motivo de la sanción de la ley 24.946,¹ este órgano pasó a depender del Ministerio Público, órgano previsto en el artículo 120 de la Constitución Nacional argentina,² luego de la reforma constitucional de 1994, bajo la denominación de *Fiscal General Adjunto de Investigaciones Administrativas*. El señor López pasó a desempeñar las funciones conforme lo previsto en este nuevo cuerpo legal, cuyo mecanismo de remoción es el establecido en el artículo 18, si en su labor se comprobara una conducta reprochable.

Con base en lo establecido en el artículo 45, inciso g, de la ley 24.946, el fiscal nacional de Investigaciones Administrativas propuso la supresión de uno de los dos cargos de fiscal adjunto, lo cual fue conformado por el procurador general. Como resultado de esa modificación reglamentaria el señor López fue separado de su cargo por dicho funcionario, quien dio por concluidos los servicios correspondientes en razón de una reestructuración administrativa de dicho organismo, a pesar que para que ello ocurra es necesario acreditar alguna conducta irregular y llevar al funcionario ante el Tribunal de Enjuiciamiento creado por esa norma. La única fundamentación del acto administrativo en cuestión fueron razones de mejor servicio debido a la reestructuración.

Recurrido el acto administrativamente, no fue receptado, por lo que el señor López inició la correspondiente acción de nulidad del acto administrativo de separación dictado. Las sentencias de primera y segunda instancia hicieron lugar a la acción y, recurrida la última sentencia dictada ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación —tribunal de

* Integrante del Grupo Latinoamericano de Derecho Administrativo (coordinado por la Fundación Konrad Adenauer). Doctor en Derecho en la especialidad de Derecho Administrativo, otorgado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, de la cual es profesor adjunto regular en la carrera de grado y en la de posgrado. Es vicepresidente tercero de la Asociación Argentina de Derecho Comparado y miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho.

¹ <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/buscarNormas.do;jsessionid=C77C718874E6FoBoFCEC7CB1CA1EB4A7>>.

² <<http://infoleg.mecon.gov.ar/basehome/constituciones.htm>>.

última instancia—, esta confirmó las sentencias dictadas en las instancias inferiores por considerar que la separación había sido dispuesta de manera ilegítima y, en consecuencia, correspondía disponer la nulidad del acto administrativo dictado.

Esta sentencia fue dictada con fecha 9/8/2007. Con posterioridad, el señor López solicitó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ordenara su reincorporación al órgano referido, en razón de la nulidad dispuesta, que tenía efectos retroactivos, por así disponerlo el artículo 17 de la ley 19.549³ (Ley Nacional de Procedimientos Administrativos). De dicha petición se le dio traslado al Estado demandado y este manifestó que no podía cumplir la manda judicial ya que la reglamentación prevé que dicho órgano se encuentra conformado por un fiscal general y un fiscal adjunto, y este puesto se encuentra cubierto, por lo que sería necesario dejar sin efecto la reestructuración ya ejecutada y no existe cupo presupuestario para atender las erogaciones a que daría lugar su reincorporación.

Ante esta situación, la Corte Suprema de Justicia de la Nación intimó al Estado demandado a que manifestara en qué plazo razonable podía dar cumplimiento a la sentencia dictada.

El Estado reiteró los argumentos esgrimidos con anterioridad y manifestó que haría todo cuanto estuviera razonablemente a su alcance a efectos de dar cumplimiento a la sentencia, en julio del 2009.

En marzo del 2010, el señor López se apersonó al máximo tribunal y reiteró su pedido de ser reincorporado en el cargo. Manifestó que extrajudicialmente se le había ofrecido una compensación por los salarios caídos a cambio de que renunciara al puesto en discusión, propuesta que rechazó.

Habiéndosele dado traslado al Estado nacional, este ratificó en sede judicial su ofrecimiento y al corrérsele traslado al señor López este rechazó el ofrecimiento.

La Corte Suprema resolvió, en atención a las constancias invocadas, solicitar al Estado nacional que arbitrara los medios a su alcance para dar cumplimiento a la sentencia dictada, sin establecer plazo de cumplimiento.

Ante el pedido de aclaratoria para que dispusiera un plazo perentorio, la Corte dispuso que la providencia era lo suficientemente clara.

Frente a la imposibilidad de ser cumplida la sentencia dictada por el máximo tribunal de la república, el conflicto se plantea ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1. ¿Cuáles serían los argumentos de la demanda?
2. ¿Cuáles serían los argumentos de la contestación de demanda?
3. ¿Cuáles serían los alcances de la decisión de la Corte Interamericana en caso de que la demanda fuera receptada favorablemente?

³ <http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/buscarNormas.do;jsessionid=C77C718874E6FoBoFCEC7CB1CA1EB4A7>.

Sentencia. Augusto López contra Argentina Universidad Nacional Autónoma de México*

En el caso Augusto López, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana”, “la Corte” o “el Tribunal”), de conformidad con los artículos 62.3 y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “Convención Americana” o “Convención”), y de los artículos 31, 32, 65, 67 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Reglamento”), dicta la presente sentencia.

I. Introducción de la causa y objeto de la controversia

1. El presente caso, sometido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en contra de la República de Argentina, se origina de los hechos establecidos en el caso de la eliminatoria regional México (caso “El fiscal inhabilitado”), publicado en la página del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer.

2. Los representantes de la presunta víctima solicitaron a la Corte declare la responsabilidad internacional de la República Argentina (en adelante “el Estado” o “Argentina”) por la violación a los artículos 25 (protección judicial), 26 (desarrollo progresivo), en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana, en perjuicio del señor Augusto López. Según los representantes de la presunta víctima, la supuesta violación se habría producido, en virtud de la inejecución de la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante Corte Suprema o CSJN) que ordenaba la restitución del señor López a su cargo de fiscal adjunto. Finalmente, los representantes también solicitaron a la Corte que ordenara la adopción de diversas medidas de reparación.

3. Por otra parte, el Estado negó haber incurrido en responsabilidad internacional, alegando que cualquier vulneración a los derechos del señor López había quedado determinada en su orden interno. Asimismo, el Estado alegó que la sentencia favorable a la presunta víctima no ha sido ejecutada, toda vez que el cargo que ocupaba el señor López ya no existe y no se cuenta con el presupuesto necesario para reinstalarlo. Respecto de las reparaciones, el Estado afirma que, debido a la imposibilidad para lograr la restitución de la presunta víctima, resulta procedente la indemnización, la cual el peticionario ha rechazado en varias ocasiones.

* Competencia Universitaria Internacional *Los derechos humanos en la práctica del derecho administrativo en América Latina*. Eliminatoria regional México. Universidad Nacional Autónoma de México. Roberto Luis Bravo Figueroa, Daniel Antonio García Huerta, José Ricardo Robles Zamarripa, Salvador Guerrero Navarro y Ricardo Alberto Ortega Soriano (asesor).

II. Competencia

4. La Corte Interamericana es competente para conocer del presente caso, en los términos del artículo 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que Argentina es Estado parte de la Convención desde el 5 de septiembre de 1984 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte en esa misma fecha.

III. Artículo 25 (protección judicial)¹ en relación con el artículo 1.1 (obligación de respetar los derechos)² de la Convención Americana

Alegatos de las partes

5. En el presente caso, los representantes de la presunta víctima alegaron la violación del artículo 25.2.c de la Convención, debido a que la sentencia de la Corte Suprema, la cual dispone la restitución del señor Augusto López a su cargo de fiscal adjunto, no ha sido ejecutada. Asimismo, alegaron que las autoridades administrativas han hecho caso omiso, en reiteradas ocasiones, a lo dictado por el máximo órgano jurisdiccional de Argentina, aplazando su cumplimiento. Dicha actitud —señala la representación— es contraria a la obligación impuesta por el artículo 25 de la Convención, ya que todas las autoridades, incluidas las de la administración pública, deben acatar y garantizar el cumplimiento de las decisiones judiciales dictadas en el ámbito interno.

6. Por su parte, el Estado alegó que es imposible la restitución inmediata del señor Augusto López en su puesto, ya que el cargo que ocupaba ha sido suprimido, además de que no existe el presupuesto necesario para lograr su restitución. En consecuencia, el Estado afirmó que la ejecución de la sentencia dictada por la Corte Suprema debe atender al criterio de plazo razonable, tomando en cuenta que ha sido el propio peticionario quien ha obstaculizado el cumplimiento de la sentencia al negarse a recibir la indemnización ofrecida.

¹ El artículo 25 de la Convención estipula:

“1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

“2. Los Estados Partes se comprometen:

”a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

”b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial; y

”c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”

² El artículo 1.1 de la Convención establece:

“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Consideraciones de la Corte

7. En virtud de los argumentos esgrimidos por las partes en relación con el artículo 25 de la Convención, la Corte debe analizar si el cumplimiento de la sentencia de la Corte Suprema se apega o no a los criterios relativos al plazo razonable. Es jurisprudencia reiterada de la Corte que los Estados tienen la obligación de resolver un determinado proceso dentro de un plazo razonable.³ Asimismo, la Corte ha precisado que la obligación anterior debe ser comprendida no solo como el tiempo que toma a un tribunal emitir una sentencia, sino que también el tiempo que toma a las autoridades garantizar su cumplimiento efectivo. A este respecto, para determinar la razonabilidad del plazo en el que debió ejecutarse la sentencia, es necesario examinar los siguientes elementos: complejidad del asunto, actividad procesal del interesado, conducta de las autoridades judiciales y afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.⁴

i. Complejidad del asunto

8. En primer término, es importante señalar que, por su propia naturaleza, el recurso de nulidad interpuesto por el señor Augusto López cuenta con un nivel de complejidad mínimo, toda vez que solo tiene por objeto la verificación de los requisitos de validez de un acto administrativo.⁵ Por otra parte, en el presente caso, el Estado enfatizó que la restitución del señor López resulta compleja, en tanto tendría que modificarse la legislación para crear de nueva cuenta el puesto de fiscal, el cual había sido suprimido por una reestructuración administrativa. Ante los argumentos planteados por el Estado, la Corte observa dos dificultades para ejecutar la sentencia en el ámbito administrativo. En primer lugar, la falta de una norma homogénea que establezca un procedimiento de ejecución forzosa a nivel federal en el Estado Argentino; y, en segundo lugar, la convergencia de la decisión judicial que determinó la restitución del señor López, frente a la facultad del Estado de organizar de la mejor manera posible la administración pública.

9. En cuanto a la primera de las cuestiones anteriormente referidas, relativa a la ausencia de una regulación en el ámbito federal en materia de ejecución de sentencias administrativas, debe señalarse que en el Estado existen normas de ejecución forzosa que, por analogía, podrían resultar aplicables a los hechos del presente caso. Al respecto,

³ Cf. Caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C n.º 30, § 77; Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C n.º 214, § 133, Caso *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010 Serie C n.º 219, § 219, y cf.. Caso *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C n.º 192, § 155.

⁴ Corte IDH. Caso *López Mendoza vs. Venezuela*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011 Serie C n.º 233, § 162. Corte IDH. Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C n.º 214, § 133. Corte IDH. Caso *Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C n.º 209, § 244.

⁵ Cf. Artículos 14 y 17 de la Ley 19.548, Código de Procedimiento Administrativo Argentino. Cf. Comadira, Julio Rodolfo; Escola, Héctor Jorge. *Derecho Administrativo Argentino*. Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2006. Págs. 282 y 823.

la Corte quiere hacer notar que en el Estado de Argentina, en algunas circunstancias, cuando una autoridad no cumple con una sentencia en el tiempo señalado,⁶ el Estado puede suplir a la autoridad en su cumplimiento, o tomar las medidas necesarias para su ejecución.⁷ En el presente caso, no se adoptaron medidas de similar naturaleza por parte del Estado.

10. En cuanto al segundo aspecto, el Estado afirmó que la restitución del señor López como fiscal adjunto constituye un aspecto de imposible realización toda vez que dicho cargo ya fue suprimido. Ante ello, la Corte reitera que, si bien los Estados poseen la facultad de organizar la administración pública de forma discrecional,⁸ también se encuentran obligados a procurar el cumplimiento de las decisiones de sus órganos internos. En tal sentido, la Corte observa que el Estado de Argentina no emprendió acciones alternativas para garantizar la ejecución de la sentencia ni la reparación integral de los derechos del señor López. Anteriormente, en casos de destituciones arbitrarias, esta Corte ha utilizado la reincorporación a la administración pública en un puesto con condiciones similares (remuneración, beneficios y rango)⁹ al puesto del cual se destituyó a la persona afectada como medida alternativa de reparación.

11. Así pues, en el presente caso, esta Corte considera que todas las autoridades que forman parte del Ministerio Público del Estado se encuentran obligadas a ceñir su actuar a las disposiciones convencionales señaladas. Es decir, las autoridades del Estado de Argentina tenían el deber de realizar un control de convencionalidad *ex officio*, tomando en consideración no solo el contenido de la Convención, sino también la interpretación que esta Corte ha hecho de ella,¹⁰ razón por la cual las autoridades del Estado tenían la obligación de garantizar la reincorporación del señor López en los términos anteriormente descritos, esto es, en un puesto similar.

12. En consecuencia, la Corte considera que, si bien el caso guarda cierta *complejidad*, el Estado tenía la posibilidad de adoptar medidas alternativas para ejecutar la sentencia.

⁶ Algunas provincias argentinas como Jujuy (artículo 93 Código de lo Contencioso Administrativo) o Misiones (artículo 90 del Código de Procedimiento Contencioso-Administrativo) establecen un tiempo determinado para el cumplimiento de la sentencia, y en otras como Neuquén (artículo 70 del Código Procesal Administrativo) el Juez decide discrecionalmente el plazo de cumplimiento.

⁷ Cf. artículo 411 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA; Artículo 94 del Código de lo Contencioso Administrativo de Jujuy.

⁸ Cf. Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C n.º 72, § 131.

⁹ Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C n.º 182, § 246.

¹⁰ Corte IDH. *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011 Serie C n.º 233, § 226. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n.º 154, § 124. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C n.º 220, § 225.

ii) Actividad judicial del interesado

13. De los hechos del caso se advierte que el señor López, luego de obtener sentencia favorable, se apersonó ante la Corte Suprema en dos ocasiones para reclamar su cumplimiento y así lograr su reincorporación al Ministerio Público. No obstante, el Estado alegó que el señor López rechazó recibir la indemnización ofrecida, lo cual constituyó un obstáculo para el cumplimiento de la sentencia. Al respecto, la Corte considera que el Estado no comprobó que la indemnización ofrecida tres años después de emitida la sentencia de la Corte Suprema correspondiera a un monto razonable, proporcional e integral. En consecuencia, resulta irrazonable sostener que la conducta de la presunta víctima haya constituido un obstáculo para la ejecución de la sentencia.

iii) Conducta de las autoridades

14. En cuanto a la conducta de las autoridades, debe puntualizarse que la autoridad administrativa encargada de reincorporar al señor López alegó la imposibilidad de ejecutar la sentencia, debido a que no ya no existe el puesto que ocupaba la presunta víctima y que además existían dificultades presupuestarias para lograr tal reincorporación. De igual manera, la autoridad, aun cuando se había comprometido a dar cumplimiento al mandato de la autoridad judicial para julio de 2009, terminó por ofrecer una indemnización cuya proporcionalidad no fue probada por el Estado.

15. En primer lugar, debe recordarse que, de conformidad con lo desarrollado por esta Corte, las autoridades no pueden escudarse en razones meramente presupuestarias para eludir la ejecución de una sentencia.¹¹ Asimismo, la Corte observa que la legislación argentina permite el cumplimiento alternativo de sentencias¹² y que el Estado no utilizó ninguno de estos medios.

16. Más aún, la Corte observa que, respecto al cumplimiento de la sentencia, las autoridades argentinas incurrieron en contradicción al señalar, en un primer momento, que darían cumplimiento a la decisión judicial en julio 2009 y después señalar que la sentencia era de imposible cumplimiento debido a obstáculos materiales y presupuestales. Por ello esta Corte considera que el comportamiento de las autoridades del Estado de Argentina ha impedido el cumplimiento cabal y efectivo de la decisión proferida por la Corte Suprema.

iv) Afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso

17. La Corte considera que la inexecución de la sentencia a favor de la presunta víctima ha tenido como consecuencia la afectación a otros derechos del señor Augusto López. En específico, el transcurso del tiempo vulnera el derecho a la estabilidad en el empleo

¹¹ Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C n.º 198, § 75.

¹² Artículo 414 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA.

consagrado en el Protocolo de San Salvador.¹³ Como ya lo ha hecho anteriormente, esta Corte utilizará dicho tratado para dar luz y contenido a las disposiciones convencionales contenidas en el artículo 25. En tal sentido, y en virtud del principio de interpretación *pro personae* consagrado en el artículo 29 de la Convención, la Corte estima que, derivada del contenido del artículo 7. d. del Protocolo de San Salvador, el Estado tiene la obligación de garantizar la estabilidad en el empleo “de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación” y que “en casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo”.¹⁴

18. La obligación anterior se agrava teniendo en cuenta las funciones que desarrolla un fiscal. Por ello, la Corte estima que, dentro de un Estado democrático y de derecho, deben asegurarse diversas medidas relativas a la estabilidad en dicho puesto al tratarse de un operador de justicia.¹⁵ Ya esta Corte se ha referido previamente a la importancia de mantener a los jueces en su cargo con el objetivo de garantizar su autonomía e imparcialidad.¹⁶ En este sentido, la Corte considera necesario ampliar el criterio adoptado previamente ya que los fiscales, por la naturaleza de las funciones de vigilancia del actuar de las autoridades que realizan, deben tener certeza sobre los procedimientos para su destitución, en concordancia con los procedimientos rígidos para su contratación, de tal forma que sean acordes con sus responsabilidades. Lograr lo anterior asegura la autonomía de dichos servidores públicos y, por ende, la consecución de los fines de todo Estado de derecho.¹⁷

19. En conclusión, el tiempo que ha transcurrido desde la emisión de la sentencia de la Corte Suprema ha generado diversas afectaciones a los derechos laborales del señor López contenidos en el Protocolo de San Salvador.

20. Del análisis anteriormente expuesto, la Corte declara que el Estado ha violado el derecho a la protección judicial en relación con la obligación de respetar los derechos, toda vez que las autoridades no utilizaron los medios a su alcance para garantizar la ejecución de la sentencia, y que esta, al no ser ejecutada en un plazo razonable, continúa vulnerando los derechos del señor Augusto López.

¹³ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el decimotercero período ordinario de sesiones de la Asamblea General.

¹⁴ *Ibidem*, artículo 7. d.

¹⁵ Principio 6 de las Directrices sobre la Función de los Fiscales, Aprobadas por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

¹⁶ Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C n.º 182, § 44.

¹⁷ Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados de la Organización de las Naciones Unidas. Doc. A/65/274. § 18.

IV. Derecho al desarrollo progresivo

Alegatos de las partes

21. Los representantes de la víctima solicitaron que la Corte declare la violación al artículo 26 de la Convención, ya que, derivada del despido del señor López, hubo una regresividad en su derecho a la estabilidad en el empleo.

22. El Estado, por su parte, sostiene que el derecho al trabajo ya fue objeto de análisis por sus autoridades en el ámbito interno, por lo que queda fuera del análisis del presente caso el derecho al desarrollo progresivo.

Consideraciones de la Corte

23. Como ya lo ha establecido esta Corte, el artículo 26 de la Convención solo es justiciable en casos de regresividad,¹⁸ que debe ser entendida como cualquier medida que menoscabe el grado de cobertura de un derecho ya alcanzado.¹⁹ En este sentido, de acuerdo con los lineamientos de progresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales formulados por la Comisión Interamericana, los indicadores para medir la progresividad en un Estado son: estructura, proceso y resultado;²⁰ mismos que son utilizados para vigilar el cumplimiento de las obligaciones de realización progresiva.

24. Respecto al derecho a la estabilidad en el empleo, esta Corte ya ha analizado los hechos relacionados con dicho derecho en el apartado correspondiente a la violación al artículo 25 de la Convención Americana. Asimismo, considera que de la información ofrecida por la representación de las víctimas no es posible desprender elementos suficientes que permitan determinar la regresividad en el goce de dicho derecho. En consecuencia, no existe sustento alguno para que la Corte constate y declare la existencia de regresividad en el derecho invocado. Por lo anterior, este tribunal no cuenta con información, pruebas ni elementos suficientes para declarar la violación del derecho al desarrollo progresivo.

¹⁸ Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2009 Serie C n.º 198, §103.

¹⁹ Cf. CIDH, Lineamientos para la Elaboración de Indicadores de Progreso en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, OEA/Ser.L/V/II.132, p. 2, § 6. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General n.º 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), § 8.

²⁰ CIDH, Lineamientos para la Elaboración de Indicadores de Progreso en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, OEA/Ser.L/V/II.132, párrs. 30 a 32.

V. Reparaciones

25. En virtud de los criterios jurisprudenciales en materia de reparaciones desarrollados por esta Corte²¹ y derivados del artículo 63.1 de la Convención, así como de los argumentos vertidos por las partes, la Corte ordena las siguientes medidas de reparación:

1. *Restitutio in integrum* e indemnización

26. La representación del señor Augusto López aduce que la Corte Suprema ha reafirmado que la forma idónea de reparar la destitución arbitraria del señor López es la *restitutio in integrum*, es decir, su reincorporación como fiscal adjunto al Ministerio Público, razón por la cual la indemnización no es pertinente en este caso.

27. Por su parte, el Estado contestó que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, en caso de ser imposible la *restitutio in integrum*, debe otorgarse una indemnización, la cual ha sido ofrecida a la presunta víctima. Asimismo, el Estado reafirmó la imposibilidad de restituir a Augusto López por cuanto su puesto no existe, además de que en caso de hacerlo se vulneraría la facultad soberana del Estado de organizar la administración pública.

28. En este rubro las partes discrepan respecto a la forma de reparación que merece la presunta víctima. En lo que respecta a la imposibilidad material de restituir al peticionario en su cargo por no existir su puesto, esta Corte considera oportuno recalcar que los Estados tienen la facultad de organizar la administración pública como mejor convenga para lograr el cumplimiento de sus fines de la mejor manera,²² razón por la cual este tribunal se encuentra impedido para intervenir en la organización de la estructura administrativa del Estado ordenando la creación de un puesto que ya ha sido suprimido.

29. No obstante lo anterior, ante la existencia de una violación a los derechos humanos, debe tomarse en consideración el concepto de *reparación integral*, que tiene por objeto restituir la situación anterior a la violación, y otorgar todas las medidas correctivas para asegurar el cumplimiento de la Convención.²³ Por ello, esta Corte considera que, para lograr tal fin, el Estado debe incorporar al señor López en un cargo similar al anterior a su separación en cuanto a remuneración, prestaciones y rango.²⁴

30. De igual manera el Estado debe otorgar al señor López, en un plazo de seis meses a partir de la emisión de esta sentencia, todos los salarios que haya dejado de percibir

²¹ Cf. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C n.º 7, § 25. Corte IDH. *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C n.º 134, § 244. Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C n.º 182, § 224.

²² Cf. Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C n.º 72, § 131.

²³ Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C n.º 205, § 450

²⁴ Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C n.º 182, § 246.

desde el día de su destitución, así como una indemnización equiparable al despido injustificado de acuerdo con la normativa laboral argentina.

2. Garantías de no repetición

31. Sin perjuicio del régimen federal, el Estado deberá adoptar todas las medidas necesarias para que, en un plazo razonable, exista una legislación adecuada que permita la ejecución forzosa de sentencias en materia administrativa.

32. La Corte considera, como en otros casos, que la sentencia en sí misma constituye una forma de reparación,²⁵ por lo que se ordena al Estado publicarla, en un periodo que no exceda de seis meses, en el *Boletín Oficial del Estado* y en un diario de mayor circulación dentro del Estado.

3. Gastos y costas

33. El Estado deberá integrar los gastos y costas judiciales realizados por el señor Augusto López en el orden interno y en el proceso internacional.

VI. Puntos resolutivos

Por tanto,

LA CORTE

DECLARA

por unanimidad que:

1. El Estado violó el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención en relación con los artículos 1.1 del mismo tratado en los términos de los párrafos 7 a 19 de la presente sentencia.

2. No puede declarar la violación al derecho al desarrollo progresivo consagrado en el artículo 26 de la Convención de conformidad con los párrafos 23 a 26 de la presente sentencia.

Y DISPONE

por unanimidad que:

3. El Estado debe incorporar al señor López en un puesto con condiciones similares al que tenía, en un plazo de un año, a menos que la víctima esté en contra o se demuestre la imposibilidad material de la restitución, y en tal caso presentará una propuesta de indemnización ante esta Corte.

4. El Estado debe adoptar en un plazo razonable las reformas legislativas para garantizar el cumplimiento de sentencias en el ámbito administrativo.

²⁵ Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C n.º 221, § 296.

5. Esta sentencia constituye *per se* una forma de reparación.

6. El Estado debe publicar la sentencia conforme al párrafo 33 de la sentencia.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 32 y 65.2 del reglamento de la Corte, el juez José Ricardo Robles Zamarripa hizo conocer a la Corte su voto parcialmente disidente, el cual acompaña a la presente sentencia.

Voto parcialmente disidente del juez José Ricardo Robles Zamarripa

No obstante coincido ampliamente con el fallo adoptado por la mayoría en el presente caso, me considero obligado a manifestar mi discordancia con la Corte al no pronunciarse, a través del principio de *iura novit curia*,²⁶ sobre la violación al *principio de legalidad* consagrado en el artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“la Convención”) por parte del Estado de Argentina (“el Estado”).

A lo largo del desarrollo jurisprudencial de esta Honorable Corte, el contenido del artículo 9 convencional se ha entendido aplicable a aquellos actos cometidos por agentes estatales en el marco de un determinado proceso, ya sea de carácter penal o administrativo.²⁷ Ello por considerar que los procedimientos sancionatorios significan “una manifestación del poder punitivo del Estado”.²⁸

En este sentido, el motivo de mi disyunción con la decisión de la Corte recae en que el principio de legalidad consagrado en la Convención debe permear todo acto desarrollado por un agente estatal y por ende no debe circunscribirse únicamente a aquellos actos que se presenten en el marco de un proceso sancionatorio.

Lo anterior cobra especial relevancia en tanto en el presente caso se advierte la ejecución de un acto de carácter administrativo (la supresión de un cargo) fuera de un procedimiento sancionatorio, el cual tuvo como efecto indirecto la afectación a la esfera de los derechos del señor Augusto López por una causa no prevista en ley, a través de la decisión adoptada por el Procurador General de la Nación.

Así, puede advertirse la existencia de una *antinomia* en el ordenamiento jurídico argentino ya que, por una parte, una disposición normativa de la Ley 24.946 faculta al Procurador General para suprimir un cargo parte del Ministerio Público y, por otra parte, otra disposición de la referida ley es clara al determinar que únicamente podrá destituirse a un funcionario del Ministerio Público por ciertas causales,²⁹ entre las que no se encuentra la determinación del Procurador General con motivo de una reestructuración

²⁶ Tal principio ha sido invocado por la Corte en el desarrollo de su jurisprudencia. Cf. CorIDH, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Sentencia del 29 de marzo de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C n.º 146, § 186.

²⁷ CorIDH, *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 2 de febrero de 2001, párrs. 106 y 107.

²⁸ Ídem.

²⁹ “ARTÍCULO 18. - [...] Los restantes magistrados que componen el Ministerio Público sólo podrán ser removidos de sus cargos por el Tribunal de Enjuiciamiento previsto en esta ley, por las causales de mal desempeño, grave negligencia o por la comisión de delitos dolosos de cualquier especie. Cf. *Ley 24.946, Ley Orgánica del Ministerio Público*, publicada en el Boletín Oficial el 23 de marzo de 1998.

administrativa. Todo lo anterior constituye, a mi juicio, una incompatibilidad normativa que permite que las autoridades dentro del Estado argentino puedan realizar su actuar sin guardar un estricto apego a las disposiciones legales que permiten la protección de los derechos laborales de las y los funcionarios parte del Ministerio Público, con lo que se transgrede el principio de confianza legítima³⁰ que debe regir todas las relaciones entre la administración de un Estado y sus administrados.

Reforzando lo anterior, los propios tribunales del Estado han determinado acertadamente que:

En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación administrativa se encuentre regulada, y esta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados.³¹

En conclusión, considero que en el presente caso ha existido una violación al principio de legalidad consagrado en la Convención por parte del Estado argentino al realizar un acto administrativo que derivó en una afectación a diversos derechos del señor Augusto López sin apearse a las disposiciones legales encaminadas a garantizar la protección de dichos derechos dentro del propio ordenamiento jurídico del Estado.

³⁰ “Así pues, en esencia, la confianza legítima consiste en que el ciudadano debe poder evolucionar en un medio jurídico estable y previsible, en cual pueda confiar. [...] Se trata, por tanto, que el particular debe ser protegido frente a cambios bruscos e inesperados efectuados por las autoridades públicas”. Cf. Corte Constitucional Colombiana, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 51 (parcial) de la Ley 769 de 2002 “*por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones*”, Pleno, expediente D-4599,

³¹ Cf. SCBA, *Caso Walter Alejandro Castro c/ Ministerio de Seguridad de la provincia de Buenos Aires*, Sentencia del 13 de octubre de 2004.

Caso 3

Antonio José Jiménez Pérez contra México

Juan Pedro Machado Arias*

Los hechos del caso

El 25 de junio de 2005, José Julián Jiménez Sosa y su padre, Antonio José Jiménez Pérez, ambos de nacionalidad hondureña, ingresaron irregularmente a México a través de la frontera de este país con Guatemala, con el fin de llegar a la ciudad de Phoenix, en los Estados Unidos.

Cuatro días después, fueron detenidos cuando viajaban en un autobús y este fue revisado en un retén montado por elementos del ejército mexicano. En calidad de “asegurados” fueron conducidos a una estación migratoria a cargo del Instituto Nacional de Migración (INM) en Tapachula, estado de Chiapas, a fin de iniciar su trámite de deportación.

Al llegar a la estación migratoria y conforme al procedimiento establecido, fueron revisados por un médico, quien estimó que se encontraban en buenas condiciones de salud. Sin embargo, al segundo día de permanecer en la estación migratoria, José Julián sintió molestias estomacales, fiebre alta y dolor de cabeza persistente. Pidió asistencia al médico, quien diagnosticó una infección severa y recomendó que fuera trasladado de inmediato a una institución hospitalaria fuera de la estación migratoria. Eso no ocurrió sino hasta dos días después, pues el jefe de la estación y su segundo se encontraban de viaje en la ciudad de México y no podía hacerse el traslado sin la autorización de uno u otro, pese a que Antonio José solicitó insistente e infructuosamente que se le permitiera comunicarse con las autoridades consulares de su país para lograr dicho propósito.

Cuando llegaron al hospital ya era demasiado tarde y José Julián falleció a las pocas horas. Los médicos a cargo le informaron al padre del joven que se trató de una infección muy agresiva, tanto por la rapidez de propagación como por su carácter letal, contraída

* Integrante del Grupo Latinoamericano de Derecho Administrativo. Candidato a doctor en Derecho administrativo por la Universidad Complutense de Madrid, profesor en la Maestría en Derecho administrativo y de la Regulación del Instituto Tecnológico Autónomo de México y socio del despacho Solórzano, Carvajal, González y Pérez-Correa, S.C., <juan.machado@solcarga.com.mx>.

dentro de la estación migratoria y originada por las malas condiciones de higiene (era el tercer caso que atendían). Agregaron que pudo haberse salvado si hubiera sido trasladado al hospital oportunamente.

Antonio José volvió con el cuerpo de José Julián a Honduras, donde fue celebrado el funeral. Seis meses después volvió a México, y nuevamente ingresó de modo irregular. Con la ayuda de una clínica de litigio de interés público, presentó en enero de 2006 una reclamación de responsabilidad patrimonial de Estado contra el INM ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (TFJFA), que fue turnado a su Quinta Sala Regional Metropolitana (la 5.^a Sala TFJFA), con base en las disposiciones de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado (LFRPE) vigentes en ese momento.¹

Al detectar que Antonio José era de nacionalidad hondureña, la 5.^a Sala-TFJFA le requirió de inmediato que acreditara su legal estancia en México, cosa que el demandante no pudo cumplir. La sala decidió entonces desechar la demanda, apoyándose para ello en el artículo 67 de la Ley General de Población, vigente en ese momento, que imponía la obligación a cargo de cualquier autoridad de verificar la regularidad de la situación migratoria de un extranjero antes de la tramitación de cualquier asunto ante ella. Contra esta determinación, Antonio José promovió un juicio de amparo, que debió agotar en sus dos instancias (amparo indirecto), y al final obtuvo un fallo favorable por el que se ordenó a la 5.^a Sala TFJFA que admitiera la reclamación de responsabilidad patrimonial y le diera el trámite correspondiente.² Todo este litigio le llevó a Jiménez un año, de modo que en enero de 2007 volvió a la 5.^a Sala TFJFA para que examinara nuevamente su reclamación.

Sin embargo, el 20 de ese mes la 5.^a Sala desechó por segunda vez la reclamación, ahora aduciendo que no se ajustaba a los requisitos de una demanda de nulidad, lo que le impedía conocer del asunto.³ Fue necesario que Jiménez de nueva cuenta acudiera al juicio de amparo biinstancial (amparo indirecto) para que los tribunales del Poder Judicial de la Federación le dieran la razón y la 5.^a Sala TFJFA se enfrentara por tercera ocasión a la mera decisión sobre la admisión de esa reclamación, cosa que por fin acordó favorablemente en junio de 2008.

Entre 2008 y 2009, la sala tramitó la reclamación y el 13 de enero de 2010 dictó la resolución correspondiente, negándola. Argumentó para ello que Antonio José había omitido probar fehacientemente que la causa de la muerte de su hijo era consecuencia de

¹ La legislación mexicana puede ser consultada en la página <<http://www2.scjn.gob.mx/leyes/Default.htm>>.

² El Tribunal Colegiado de Circuito que resolvió en definitiva, señaló que fue equivocada la decisión de la 5.^a Sala-TFJFA pues los artículos 67 de la Ley General de Población y el 201 de su reglamento fijaban como única consecuencia, ante la omisión de acreditar la legal estancia en el país, la obligación de “poner de inmediato a disposición” del INM al extranjero en situación irregular y no la desestimación *ad limine* de una demanda.

³ Este problema se suscitó porque la LFRPE de finales de 2004 previno por primera vez un “procedimiento administrativo” para la atención de reclamaciones de indemnización, el que curiosamente debía tramitarse ante una autoridad materialmente jurisdiccional, el TFJFA. El artículo 18 de la LFRPE era el que disponía este camino y, si bien por un lado aclaraba que la regulación adjetiva aplicable era la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, a párrafo seguido se refería a la promoción del reclamante como “demanda”, lo que dio pie a que la 5.^a Sala entendiera que en el caso de Antonio José la petición debía revestir la forma de una “demanda de nulidad”.

un servicio irregular prestado por el INM. Concretamente, no estaba persuadida de que José Julián hubiera muerto por actos imputables a los funcionarios de dicha dependencia gubernamental.

El 1.º de febrero de 2010, Antonio José presentó una demanda de nulidad contra la resolución de la 5.ª Sala TFJFA. De acuerdo a la legislación vigente cuando se presentó la reclamación inicial, esta y la eventual demanda contra lo que en ella pudiera decidirse, de resultar adversa al reclamante, debían ser atendidas por el propio TFJFA, sin que se especificara que debían ser salas diversas. Afortunadamente, en el caso de Antonio José, esta indefinición no impidió que el asunto fuera turnado a la 12.ª Sala Regional Metropolitana (la 12.ª Sala TFJFA).

El juicio de nulidad duró poco menos de un año. El 9 de diciembre de 2010, la 12.ª Sala pronunció su sentencia en la que estableció:

- a. Que había sido incorrecto el estándar probatorio utilizado por la 5.ª Sala TFJFA para estimar la relación causa-efecto de la muerte de José Julián, por cuanto los dictámenes periciales de los médicos del hospital en el que murió eran suficientes para acreditar dicha circunstancia.
- b. Que Antonio José sí había demostrado que la muerte de su hijo era imputable a los funcionarios del INM, particularmente por demorar más de lo debido e injustificadamente el traslado del joven a un hospital (la ausencia de funcionarios que lo autorizaran no era razón para dejar de hacerlo), a fin de proporcionarle la atención que la situación ameritaba.
- c. En consecuencia, que Antonio José tenía el derecho a percibir del INM una indemnización por el irregular servicio prestado.
- d. Para calcular la indemnización era necesario fundarse en el artículo 14 de la LFRPE, que a su vez remite al artículo 1915 del Código Civil Federal y este al artículo 502 de la Ley Federal del Trabajo.
- e. De acuerdo con lo anterior, la indemnización debía basarse en el cuádruplo del salario mínimo diario más alto que estuviera en vigor en la región donde ocurrió la muerte de José Julián (artículo 1915 del Código Civil Federal). Así, la 12.ª Sala TFJFA utilizó el salario mínimo diario vigente en 2005 (año de la muerte) en el estado de Chiapas, que era de 44,05 pesos mexicanos, el cual multiplicado por 4 dio 176,20. Luego multiplicó esta cantidad por 730, que es el factor establecido por el artículo 502 de la Ley Federal del Trabajo para indemnizaciones por muerte de trabajadores, lo que dio como resultado 128.626.
- f. Por consiguiente, la indemnización que debía percibir Antonio José era de 128.626 pesos mexicanos (equivalente a 10.854,51 dólares americanos al tipo de cambio de julio de 2011).
- g. Por otro lado, de conformidad con los artículos 8 y 16 de la LFRPE, dicha indemnización debía inscribirse en el “registro de indemnizaciones debidas” que lleva la Secretaría de Gobernación, ente público federal al cual está adscrito el INM, y debía pagarse conforme al orden cronológico que le correspondiera.

El 3 de enero de 2011, Antonio José impugnó la sentencia de la 12.ª Sala-TFJFA mediante un nuevo juicio de amparo. En su demanda manifestó su inconformidad por las siguientes razones:

1. La indemnización no incluía el daño moral. Si bien Antonio José omitió especificarlo en su escrito de reclamación presentado ante el TFJFA, este debió considerarlo una vez que procedió a cuantificar la indemnización, pues estaba implícito en su pretensión de ser reparado totalmente de la muerte de su hijo, además de que en su oportunidad probó mediante peritajes la cantidad a la que ascendía tal concepto.
2. La indemnización se basaba en cantidades fijas, previstas por el Código Civil Federal y la Ley Federal del Trabajo (el cuádruplo del salario mínimo y el factor 730). Esto impedía elaborar un cálculo que desembocara en un resultado proporcionado a la circunstancia particular de la muerte de su hijo, impidiendo una valoración objetiva y razonable de la indemnización correspondiente. Sostuvo que, en lugar de utilizar cantidades fijas, el TFJFA debió valorar elementos como la mayor o menor gravedad de la conducta de los funcionarios públicos, la situación económica de la víctima, la relevancia del derecho lesionado y demás circunstancias del caso. Con este mecanismo, remataba Antonio José, se imponía un sistema de daños desiguales tratados de la misma manera, que obligaba a las víctimas a cubrir el costo cuando este superara el tope implícito en una cantidad fija y desincentivaba al Estado para adoptar medidas que eliminaran o aminoraran la mala calidad de los servicios públicos.
3. La indemnización tampoco contemplaba el lucro cesante. Su hijo tenía 24 años de edad al momento de su muerte. Había obtenido un título de maestro de educación básica en su país de origen y pretendía trasladarse a los Estados Unidos a ejercer su profesión, por la que ganaría una cantidad significativa de dinero. De no haber sido por los lamentables hechos que produjeron su muerte, era altamente probable que se hubiera podido desempeñar en esas condiciones durante muchos años, lo que también habría redituado ganancias a sus padres. Durante el trámite de la reclamación ante la 5.^a Sala TFJFA, probó tanto la calidad profesional de su hijo como los montos que pudo haber ganado desempeñándose como tal en los Estados Unidos.
4. Que, en todo caso, la cuantificación de la indemnización por la 12.^a Sala-TFJFA era incorrecta porque se basaba en el salario mínimo vigente en 2005, año de la muerte de José Julián, cuando debió ser el vigente en 2010, año en el que por fin pudo calcularse. Ello, apoyado en el argumento de que los cinco años que costó llegar a dicha cuantificación no era una circunstancia imputable a él, sino a la lentitud del TFJFA y los errores de juicio que llevaron dos veces a desestimar de inicio su reclamación, lo que al final redujo el monto de su pretensión.
5. Que, en los hechos, la estipulación de pagar la indemnización en el orden cronológico en que había sido inscrita en el registro que existe al efecto tornaba ilusorio el derecho correspondiente. Ello porque, para el caso de la Secretaría de Gobernación, los compromisos de pago por tal concepto son tantos y tan abundantes que no sería sino hasta finales de 2016 cuando estaría en condiciones de cubrir la indemnización correspondiente.

El juicio de amparo se tramitó de modo uniinstancial (amparo directo) por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito (4.º Colegiado). Este

Tribunal requirió seis meses para examinar el asunto y emitir una sentencia que confirmó la pronunciada por la 12.^a Sala TFJFA. Argumentó para ello:

1. Que era inatendible la reclamación de que la indemnización no incluía el daño moral, pues era una carga de Antonio José haber especificado el concepto correspondiente desde su escrito de reclamación inicial. Al omitirlo, el TFJFA carecía de la aptitud de suplir la deficiencia de su queja.
2. Que el TFJFA carecía de la aptitud de modificar el cálculo fuera del procedimiento y los montos previstos por el Código Civil Federal y la Ley Federal del Trabajo. En todo caso, este sistema se justificaba porque así se evitaban tanto reclamos injustificados como indemnizaciones excesivas que arruinaran económicamente al Estado, objetivos legítimos de la normatividad correspondiente.
3. También el TFJFA carecía de la aptitud de incluir el lucro cesante en la indemnización, fundamentalmente porque las normas de la LFRPE, el Código Civil Federal y la Ley Federal del Trabajo omiten considerarlo y, en todo caso, participan de la misma finalidad de evitar reclamos injustificados e indemnizaciones excesivas que arruinen económicamente al Estado.
4. Tampoco podía el TFJFA estimar un salario mínimo al de 2005 porque las normas antes referidas tampoco establecen un mecanismo de actualización de la indemnización. Por otro lado, el tiempo que haya tardado Antonio José en litigar su asunto es una circunstancia fortuita a la que está sujeto cualquier litigante en México, y el Estado no tiene por qué asumir una carga especial por ello.
5. Que la estipulación de pagar la indemnización en el orden cronológico en que fue inscrita en el registro correspondiente es otra circunstancia inamovible para el TFJFA, pues está prevista por la normatividad correspondiente, lo que además se comprende porque, si bien el Estado mexicano tiene que asumir la responsabilidad por los daños que ilícitamente produzcan sus funcionarios, también debe cubrirlos de manera ordenada y equilibrada, de modo tal que el ejercicio de este derecho no se traduzca en la ruina de las arcas públicas.

Problemas

Los estudiantes deben formular argumentos, ya sea como actor o demandado, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con base en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los demás tratados internacionales aplicables.

Dichos argumentos deben partir de las siguientes peticiones de Antonio José Jiménez Pérez:

- a. Una indemnización por la muerte de su hijo en la que se incluya la reclamación por daño moral.
- b. Que el cálculo de la indemnización se base en una valoración sobre las circunstancias particulares del caso y no en cantidades fijas.
- c. Que dicha indemnización incluya el lucro cesante.
- d. Un mecanismo de actualización de la indemnización aplicado a partir de la fecha en que se produjo la muerte y hasta aquella en la que le sea pagada.

- e. Que Antonio José no podrá cobrar la indemnización hasta el año 2016.
- f. Una condena al Estado mexicano por los cinco años que le costó litigar el asunto a Antonio José Jiménez.
- g. Una condena al Estado mexicano por impedir en un inicio que Antonio José pudiera ejercer su derecho a la jurisdicción por la sola circunstancia de ser un extranjero cuya situación migratoria era irregular.
- h. Una condena al Estado mexicano por someter un procedimiento administrativo y posteriormente la impugnación judicial de la resolución en que este culminó ante el mismo TFJEA.
- i. Una condena al Estado mexicano por omitir la notificación a las autoridades consulares de Honduras el ingreso de Antonio José y José Julián a la estación migratoria.
- j. Una condena al Estado mexicano por la complejidad y variedad de procedimientos que prevé la legislación mexicana para hacer efectivo el derecho a la indemnización (procedimiento administrativo, juicio de nulidad, recurso de reclamación, juicios de amparo).

Sentencia. Antonio José Jiménez Pérez contra México Universidad de Buenos Aires*

1. Base jurídica para la emisión de la sentencia

En el caso “Paso Migratorio”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “la Corte”) de conformidad con los artículos 62.3 y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, “la Convención”) y con los artículos 31, 32, 42.6, 56.2, 65 y 67 del Reglamento del tribunal, dicta la presente sentencia.

2. Introducción de la causa y objeto de la controversia

Los hechos se establecen de conformidad con el caso de la Eliminatoria Regional de Sudamérica publicado en la página del Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, “la Comisión”) presentó una demanda ante la Corte con el fin de que declare que el Estado de México (en adelante, “el Estado”) violó los artículos 8 (garantías judiciales), 21 (derecho a la propiedad privada), 24 (igualdad ante la ley) y 25 (protección judicial) de la Convención en relación con los artículos 1.1 (obligación de respetar los derechos) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de dicho tratado, en perjuicio del señor Antonio José Jiménez Pérez.

Sustentó dichas violaciones alegando que el Estado otorgó una indemnización que no se ajustó a los estándares establecidos por esta Corte, que aplicó una legislación incompatible con la Convención, que afectó garantías del debido proceso y que no respetó el derecho a la igualdad ante la ley. En consecuencia, solicitó que la Corte otorgue las reparaciones correspondientes.

Por su parte, el Estado solicitó que la Corte declare que no ha violado la Convención en función de que la indemnización que se otorgó en este caso fue de acuerdo a su legislación interna, que es compatible con la Convención; que se respetaron cabalmente las garantías del debido proceso; que la afectación al derecho a la igualdad fue saneada por los propios jueces mexicanos, y que se realizaron numerosas reformas legislativas en materia de protección de los derechos humanos. Por ello, solicitó que se rechazaran todas las reparaciones reclamadas.

* Competencia Universitaria Internacional *Los derechos humanos en la práctica del derecho administrativo en América Latina*. Eliminatoria regional de Sudamérica. Caso Paso Migratorio. Ianiv Garfunkel, Paula Beatriz Rodríguez, Lucía Rozenberg, Alan Volgfenger, Rosario Muñoz (asesora).

3. Excepciones preliminares

El Estado interpuso las siguientes excepciones preliminares en relación con el alcance de la indemnización:

A) No agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna

Alegatos de las partes

El Estado indicó que la presunta víctima no agotó el recurso de revisión que se encontraba disponible al momento del dictado de la última sentencia, que resultaba ser adecuado y efectivo, por lo que consideró que la Corte es incompetente para entender en un caso en el que no ha habido una decisión definitiva en el ámbito interno, puesto que la protección internacional que otorgan los órganos de supervisión de la Convención es complementaria de las nacionales.

Por su parte, la Comisión señaló que dicho recurso es de carácter extraordinario y que su admisibilidad es restringida, dado que debe tratarse de una cuestión que fije un criterio de importancia y trascendencia a criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Asimismo, recordó que esta Corte ha dicho que los recursos de carácter extraordinario destinados a cuestionar una norma y no a revisar un fallo no siempre deben ser agotados, por lo que solicitó el rechazo de esta excepción.

Consideraciones de la Corte

El artículo 46.1.a de la Convención establece que, para que una petición sea admisible, es necesario haber interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna.¹ Tal como sostuvo esta Corte, un recurso extraordinario “no puede ser considerad[o] como un recurso interno que deba necesariamente ser siempre agotad[o] por el peticionario”.² En este caso, el recurso de revisión ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación no permite la revisión del fallo de la instancia judicial anterior, por lo que no resulta ser un recurso adecuado y efectivo.³ Por ende, la Corte considera que debe desestimarse dicha excepción preliminar por improcedente.

¹ Cf. Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. serie C, n.º 1, § 85; Caso *Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C, n.º 114, § 48 y Caso *Mejía Idrovo vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C n.º 228, § 27.

² Cf. Caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C n.º 107, § 85.

³ Cf. Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C n.º 4, párrs. 64 y 66.

B) Tribunal de alzada o de cuarta instancia

Alegatos de las partes

El Estado alega que, en tanto el mayor o menor alcance de la indemnización no constituye una violación a norma alguna de la Convención, la Corte no es competente para entender en el presente caso, dado que lo contrario la convertiría en un tribunal de alzada. La Comisión respondió que en el presente caso no hay una disconformidad de la presunta víctima respecto de lo resuelto por los jueces mexicanos sino violaciones a la Convención, lo que permite que la Corte revise los procesos internos. Además, dicho análisis corresponde al fondo del asunto, por lo que no puede tratarse como cuestión preliminar.

Consideraciones de la Corte

Esta Corte ha dicho que la jurisdicción internacional tiene carácter subsidiario,⁴ por lo que no puede ni pretende convertirse en una cuarta instancia.⁵ En este sentido, “las excepciones preliminares son actos que buscan impedir el análisis del fondo de un asunto cuestionado”.⁶ Por ende, si el planteo del Estado requiere entrar a analizar el fondo de un caso, no pueden ser introducido mediante una excepción preliminar.⁷

Por otra parte, el esclarecimiento de si el Estado violó o no sus obligaciones internacionales puede conducir a que esta Corte examine los procesos internos.⁸ En este sentido, esta Corte ha sostenido que puede analizar si los mecanismos de reparación dispuestos por el Estado satisfacen los criterios de objetividad, razonabilidad y efectividad para, en su defecto, disponer las reparaciones pertinentes.⁹ Por ende, la Corte desestima dicha excepción preliminar.

4. Competencia

La Corte es competente en los términos del artículo 62.3 de la Convención para conocer el presente caso en razón de que el Estado mexicano es parte de la Convención desde el

⁴ Cf. Caso *Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C n.º 157, § 66;

⁵ Cf. Caso *Vargas Areco vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n.º 155, voto razonado Juez García Ramírez, § 6.

⁶ Cf. Caso *Las Palmeras vs. Colombia*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C n.º 67, § 34; Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C n.º 220, § 17.

⁷ Cf. Caso *Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C n.º 184, § 39.

⁸ Cf. Caso de los *Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C n.º 63, § 222.

⁹ Cf. Caso *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia del 26 de mayo de 2010. Serie C n.º 213 § 246.

24 de marzo de 1981 y reconoció la competencia contenciosa de este tribunal el 16 de diciembre de 1998.

5. Parte considerativa

Violación de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado (garantías judiciales y protección judicial)

Alcance y cuantificación de la indemnización

Alegatos de las partes

En relación con el daño moral, la Comisión señaló que la presunta víctima probó ante los tribunales mexicanos la cuantía de este rubro que le correspondía por la actividad irregular del Estado y que, por lo tanto, integraba el objeto de la *litis*. En cuanto al lucro cesante, señaló que la legislación mexicana establece que, en caso de responsabilidad estatal por servicio irregular, el Estado debe reparar el daño en forma integral, lo cual, según la jurisprudencia de esta Corte, incluye el lucro cesante. Por último, indicó que en el *sub lite* el Estado calculó la indemnización sobre la base del salario mínimo, es decir, siguiendo parámetros fijos, en sentido contrario a lo dispuesto por esta Corte, que fija las indemnizaciones teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso.

El Estado, por su parte, sostuvo que, con base en los principios procesales de disposición, contradicción, congruencia y al derecho de defensa, los jueces mexicanos no podían otorgar la indemnización por daño moral porque esta no había sido solicitada concreta y oportunamente por la presunta víctima. Con respecto al lucro cesante, consideró que la Convención no obliga a los Estados a incluirlo en las reparaciones, razón por la cual no ha violado dicho tratado. Además, indicó que la presunta víctima no acreditó dependencia económica de su hijo, lo que torna improcedente dicho concepto indemnizatorio. Finalmente, entendió que los estándares en materia de reparaciones fijados por la Corte rigen solo a nivel interamericano, por lo que su legislación, que dispone que la cuantificación indemnizatoria debe hacerse conforme a criterios fijos, no es contraria a la Convención.

Consideraciones de la Corte

Si bien esta Corte rechazó, en su más reciente sentencia, la reparación del daño moral por no haber sido solicitada de manera concreta,¹⁰ de la apelación contra la sentencia de nulidad emitida por la 12.^a Sala del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa

¹⁰ Cf. Caso *López Mendoza vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011 Serie C n.º 233, § 235.

se desprende que la presunta víctima cuantificó el daño mediante peritajes, por lo que fue objeto de la *litis* en el procedimiento interno y debió haber sido considerado al momento de fijar la indemnización.

Esta Corte también ha afirmado que, de no ser posible en un caso la *restitutio in integrum*, corresponde fijar formas sustitutivas de reparación en favor de los familiares de las víctimas, como la indemnización del daño material, que incluye el lucro cesante.¹¹ En este sentido, los Estados parte de la Convención deben asegurar la implementación en el ámbito interno de los estándares sobre derechos humanos y la jurisprudencia supranacional en la materia,¹² y los jueces están obligados a ejercer un control de convencionalidad de oficio.¹³ Asimismo, según el derecho internacional, las obligaciones que este impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse el derecho interno para su incumplimiento.¹⁴

Por último, esta Corte ha establecido criterios diferentes para determinar indemnizaciones, según correspondan a las víctimas o a sus familiares.¹⁵ En cuanto a estos últimos, ha dicho que que las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas y los daños acreditados,¹⁶ por lo que no es procedente atenerse a criterios rígidos, sino que hay que considerar los perjuicios y las circunstancias particulares de cada caso.¹⁷

Por las razones expuestas, la Corte concluye que el Estado ha violado los artículos 8, 21 y 25 en relación con el 1.1 de la Convención, en perjuicio del señor Antonio José Jiménez.

Diferimiento del pago de la indemnización

Alegatos de las partes

La Comisión indicó que el diferimiento de cinco años en el pago de la indemnización es irrazonable y afecta la esencia misma de la tutela judicial efectiva y el derecho de

¹¹ Cf. Caso *El Amparo vs. Venezuela*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C n.º 28, § 16; Caso *Neira Alegria y otros vs. Perú*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 1996. Serie C n.º 29, § 38 y Caso *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C n.º 31, § 17.

¹² Cf. Caso *Manuel Cepeda Vargas*, cit., Voto razonado Juez García Sayán, § 30; García Sayán, Diego, “Una viva interacción. Corte Interamericana y tribunales internacionales” en “La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004”. San José de Costa Rica, 2005.

¹³ Cf. Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n.º 154, § 124.

¹⁴ Cf. Caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Cumplimiento de Sentencia. Resolución de 17 de noviembre de 1999. Serie C n.º 59, considerando 4 y *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A No 14, § 35.

¹⁵ Cf. Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C n.º 7, párrs. 47 y 48 y Caso *Godínez Cruz vs. Honduras*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C n.º 8, párrs. 45 y 46.

¹⁶ Cf. Caso *Contreras y otros vs. El Salvador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C n.º 232, § 179.

¹⁷ Cf. Caso *Aloeboetoe y otros vs. Surinam*, Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de septiembre de 1993. Serie C n.º 15, § 85.

propiedad, sin que al respecto sea justificable invocar problemas presupuestarios. El Estado, por su parte, alegó que dicho diferimiento respondía a la defensa del interés general, lo que permite restringir razonablemente los derechos humanos, dado que la presunta víctima no justificó una prioridad en el pago.

Consideraciones de la Corte

Esta Corte ha dicho que del concepto de interés general se derivan los de orden público y bien común, que pueden ser utilizados para limitar razonablemente los derechos humanos, siempre y cuando atiendan a justas exigencias en una sociedad democrática.¹⁸ Asimismo, la Comisión no ha demostrado cómo se ha afectado el derecho a la tutela judicial efectiva en función del diferimiento del pago de la indemnización, por lo que la Corte concluye que el Estado no ha violado los artículos 8, 21 y 25 en relación con el 1.1 y 2 de la Convención por haber diferido el pago de la indemnización.

Actualización del monto de la indemnización

Alegatos de las partes

La Comisión alegó que el monto de la indemnización debe actualizarse al momento de la sentencia, pues lo contrario implicaría un enriquecimiento sin causa de la autoridad estatal, que se beneficiaría con la mayor dilación de los procesos. El Estado sostuvo que la base del cálculo indemnizatorio debe ser la del momento de la lesión y que la actualización de dicho monto se garantiza desde el dictado de la sentencia hasta el pago efectivo, ambas cuestiones previstas en su legislación.

Consideraciones de la Corte

El pago de la indemnización debe calcularse en función de los montos que regían al momento del hecho lesivo. En virtud de ello, se observa que la legislación mexicana es compatible con los estándares interamericanos sobre la materia. Además, la legislación mexicana dispone la actualización de la indemnización desde el dictado de la sentencia hasta su efectivo pago, por lo que la Corte concluye que no se han violado los artículos 8, 21 y 25 en relación con el 1.1 de la Convención.

¹⁸ Cf. Caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C n.º 179, § 75; *La colegiación obligatoria de periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A n.º 5, párrs. 66 y 67 y *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986, § 31.

Plazo razonable y complejidad de los recursos previstos en la legislación mexicana

Alegatos de las partes

La Comisión alegó que el proceso seguido en sede interna ha violado el debido proceso, en tanto la solución de la controversia no se ha producido en un plazo razonable, a la luz de los criterios de esta Corte, sino que superó los diez años. También manifestó que la variedad y complejidad de los procesos previstos en la legislación mexicana tornan ilusorio el derecho a una tutela judicial efectiva, configurando todo esto una violación al artículo 8.1 de la Convención. Por su parte, el Estado expresó que, analizados globalmente los elementos del plazo razonable, cinco años no constituyen en este caso una demora desproporcionada, y que la existencia de diversos recursos, lejos de perjudicar a la presunta víctima, la beneficia al permitirle impugnar las decisiones estatales.

Consideraciones de la Corte

En primer lugar, debe destacarse que la etapa de ejecución de las sentencias forma parte del proceso y debe ser contemplada a la hora de examinar la razonabilidad del plazo.¹⁹ En consecuencia, corresponde determinar si el plazo de diez años de duración del presente proceso es compatible con la Convención. Esta Corte ha dicho que para analizar la razonabilidad del plazo deben tenerse en cuenta los siguientes elementos: a) complejidad del asunto; b) actividad procesal del interesado; c) conducta de las autoridades judiciales; y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.²⁰ En tal sentido, este caso no es complejo, dado que hay una sola víctima²¹ y no hubo dificultades en materia probatoria,²² ya que solo fue preciso constatar el fallecimiento del hijo de la presunta víctima por falta de asistencia médica adecuada durante su permanencia en la estación migratoria. En cuanto al segundo elemento, la presunta víctima no entorpeció el proceso, sino que fue diligente y activa en la interposición de los recursos reconocidos por la legislación mexicana.²³ En relación con el comportamiento de las autoridades judiciales, el exceso ritual evidenciado en los dos rechazos *in limine* de la reclamación inicial implicó

¹⁹ Cf. Caso *Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C n.º 144, voto razonado de Cançado Trindade, § 3 y CIDH, Informe *El acceso a la Justicia como Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos* (OEA/Ser. L/V/II. 129 Doc. 4.7 septiembre 2007), § 234.

²⁰ Cf. Caso *Valle Jaramillo vs. Colombia*. Excepciones. Fondo. Reparaciones y Costas sentencia del 27 de noviembre del 2008. Serie C n.º 192, § 155 y *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C n.º 202, § 156.

²¹ Cf. Caso *Kawas Fernández vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C n.º 196, § 113.

²² Cf. Caso *López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C n.º 141, Voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez, § 30.

²³ Cf. Caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C n.º 30, § 79.

una dilación innecesaria en la tramitación del proceso. Por último, no es posible soslayar la gravitación que tiene el litigio en la situación jurídica del reclamante, es decir, sobre su vida y su persona: resulta evidente el perjuicio que acarrea para la presunta víctima un proceso que dura diez años en un Estado extranjero y lejos de su familia.

Por último, en cuanto a la complejidad y cantidad de recursos disponibles en sede interna, la Corte entiende que no se revelan *per se* como complejos o inefectivos para las personas que intenten acceder a la jurisdicción, por lo que no son violatorios de la Convención. En este caso, el obstáculo concreto a las garantías del debido proceso se manifestó en la errónea interpretación que los jueces internos efectuaron de las normas vigentes apartándose del principio *pro persona*.

Por lo expuesto, la Corte considera que el proceso interno excedió el plazo razonable constituyendo una violación a los artículos 8.1 y 25 en relación con el 1.1 de la Convención.

Derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial

Alegatos de las partes

La Comisión consideró que la posibilidad de que la demanda de nulidad contra la resolución de la 5.^a Sala del TFJFA fuera resuelta por los mismos jueces afectaba la garantía de imparcialidad. El Estado indicó que no hubo una afectación concreta hacia la presunta víctima ya que el caso recayó en una sala distinta, y que la ley que admitía esta posibilidad fue ya reformada.

Consideraciones de la Corte

Esta Corte ha expresado que “toda persona sujeta a un juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea imparcial”²⁴ y, siguiendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha entendido que la mera sospecha de parcialidad es suficiente para considerar afectada dicha garantía.²⁵ A su vez, la Corte ha reconocido que la existencia de una norma interna que sea incompatible con la Convención puede constituir *per se* una violación al tratado, sin que sea necesario esperar un daño específico.²⁶ Por ende, si bien la Corte valora la reforma legislativa realizada por el Estado, declara que este ha violado el artículo 8.1 en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención por contar, en el momento de los hechos, con una legislación que no garantizaba la imparcialidad de los jueces.

²⁴ Cf. Caso *Herrera Ulloa*, cit., § 169; *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C n.º 55, § 77.

²⁵ Cf. TEDH, *Piersack v. Belgium*, judgment of 1 October 1982. Serie A n.º 53, § 31; *De Cubber v. Belgium*, judgment of 26 October 1984. Serie A n.º 86, § 27 y *Caso Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. *Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C n.º 182, § 56.

²⁶ Cf. Caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C n.º 35, § 98 y Caso *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C n.º 73, voto razonado de Cançado Trindade, § 3.

Derecho a la información y acceso efectivo a la asistencia consular

Alegatos de las partes

La Comisión sostuvo que, en la estación migratoria, la presunta víctima solicitó insistentemente que se le permitiera comunicarse con las autoridades consulares de su país, pero dicho pedido resultó infructuoso. El Estado no se expidió sobre la falta de la asistencia consular, aunque se refirió a la reforma de su ley interna en la materia.

Consideraciones de la Corte

El derecho a la información y el acceso efectivo a la asistencia consular constituye un derecho individual²⁷ que ha sido incorporado por esta Corte como pieza fundamental del debido proceso, por lo que su omisión o negativa vicia todo el procedimiento.²⁸ Si bien la Corte reconoce la reforma legislativa realizada por el Estado, el hecho de haberle negado a Antonio José Jiménez el derecho de tomar contacto con el cónsul de su país implica una violación del artículo 8.1 de la Convención en relación con el artículo 1.1 del citado instrumento.

Violación del artículo 24 de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma (derecho a la igualdad)

Alegatos de las partes

La Comisión señaló que Antonio José Jiménez se vio imposibilitado de acceder a la justicia en su primera presentación por su condición de inmigrante en situación irregular, mediante la aplicación de una ley violatoria del artículo 24 de la Convención. El Estado respondió que dicha restricción fue producto de una errónea interpretación de la norma que hizo el juez de la 5.ª Sala del TFJFA, que fue subsanada en el ámbito interno, puesto que Antonio José Jiménez finalmente pudo acceder al sistema judicial mexicano para reclamar la indemnización por la muerte de su hijo. Añadió que con posterioridad la norma ha sido modificada.

²⁷ Cf. ICJ, *La Grand Case (Germany v. United States of America)*, ICJ Reports 2001, Judgment of 27 June 2001, p. 494, § 77.

²⁸ Cf. *Tibi*, cit., § 195; *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C n.º 218, párrs. 151 y 153 y *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A n.º 16, párrs. 120, 129 y 137.

Consideraciones de la Corte

Esta Corte ha señalado que el principio de igualdad y no discriminación, que ha ingresado en el dominio del *jus cogens*,²⁹ determina, *inter alia*, que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias.³⁰ Según la normativa vigente al momento de los hechos, ante la omisión de acreditar la legal estancia en México, las autoridades judiciales debían poner a disposición del Instituto Nacional de Migración al extranjero en situación irregular.³¹ Si bien Antonio José Jiménez finalmente pudo llevar su reclamo a las instancias judiciales mexicanas, esta Corte entiende que la legislación mexicana dificultaba el acceso a la justicia, en tanto colocaba al inmigrante en situación migratoria irregular en la disyuntiva entre acudir a la justicia con el riesgo de ser deportado o no hacer valer sus derechos.³² Por lo tanto, la Corte concluye que el Estado ha violado el artículo 24 en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención.

6. Reparaciones

En virtud del artículo 63.1 de la Convención, que consagra que toda violación a una obligación internacional comporta el deber de repararla adecuadamente,³³ la Corte ordena:

- 1) Que el Estado mexicano otorgue a Antonio José Jiménez una reparación integral que contemple el daño moral, el lucro cesante y las circunstancias particulares del caso y que reforme su legislación interna para que las reparaciones sean adecuadas a los estándares fijados por este tribunal.
- 2) Que capacite a sus funcionarios migratorios en cuanto a los derechos humanos de los migrantes y el derecho a la información y acceso efectivo a la asistencia consular.³⁴

7. Puntos resolutivos

Por lo tanto, la Corte decide:

- 1) Desestimar las excepciones preliminares interpuestas por el Estado mexicano.
- 2) Condenar a México por la violación de los artículos 1.1, 2, 8, 21, 24 y 25 de la Convención.
- 3) Otorgar las reparaciones señaladas en el apartado anterior.

²⁹ Cf. Caso *Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C n.º 127, § 184; *Condición Jurídica y Derechos De Los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18, 17 de septiembre de 2003. Serie A n.º 18, § 101 y Cançado Trindade, A. A., *Tratado de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Vol. II, Ed. Fabris S.A., Porto Alegre, 1999, pp. 76-82.

³⁰ Cf. Caso de las *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. serie C, n.º 130, § 141; Caso *López Álvarez*, cit., § 170.

³¹ Artículo 67 de la Ley General de Población y artículo 201 de su Reglamento.

³² *Condición Jurídica y Derechos De Los Migrantes Indocumentados*. OC-18, cit., § 159.

³³ Cf. Caso *Velásquez Rodríguez*, cit., § 25; Caso *López Mendoza*, cit., § 207.

³⁴ *fr.* Caso *Vélez Loor*, cit., § 272.

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano

Instrucciones para la presentación de los trabajos

1. Los artículos estarán escritos en español o portugués. En caso contrario, se deberá acordar oportunamente con la Redacción del **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano** la posibilidad de una traducción.
2. Se acompañarán de un **resumen** de hasta 900 caracteres con espacios (150 palabras) y, si se desea, una sugerencia de **palabras clave**.
3. La Redacción del **Anuario** determinará qué material será publicado. La decisión se comunicará oportunamente a cada autor.
4. El material enviado debe ser original e inédito. Si luego de publicado en el **Anuario** se desea reproducirlo en otro medio, deberá dejarse constancia de la primera publicación.
5. Los artículos se enviarán en formato electrónico (archivo de Word o compatible) a **iusla@kas.de** o bien a **Calle 90 19C-74, piso 2, Bogotá, Colombia**, a nombre de **Christian Steiner**.
6. La extensión de los trabajos, en principio, no superará los **40.000 caracteres** (aproximadamente 15 páginas del **Anuario**). La Redacción considerará las situaciones excepcionales.
7. La página 1 contendrá la siguiente información:
 - a. Nombre del autor.
 - b. Referencia curricular de hasta 30 palabras.
 - c. Dirección electrónica (que se publicará).
 - c. Título del artículo.
 - d. Los agradecimientos, aclaraciones o comentarios sobre el origen del texto se incluirán en nota a pie de página junto al título del artículo.
 - f. Dirección postal para el envío de los ejemplares al autor.

8. Para los títulos internos se empleará la numeración decimal (1, 1.1, 1.1.1). Es aconsejable que no haya más de *tres* niveles de títulos internos.
9. No es conveniente usar la numeración automática de títulos y apartados, porque puede dar lugar a errores en la etapa de diagramación. Por el mismo motivo conviene evitar las referencias cruzadas.
11. Las mayúsculas se emplearán de acuerdo con las normas ortográficas: al comienzo de cada oración y en los nombres propios. En particular, se escribirán con minúscula los nombres de los meses y días de la semana (*noviembre, lunes*), los cargos, títulos y dignidades, excepto cuando aparezcan abreviados (*magistrado, fiscal, doctor*), así como los nombres *genéricos* de entidades de cualquier clase y jerarquía (*un juzgado de primera instancia, los tribunales constitucionales*).
10. Las **citas bibliográficas** podrán incluirse en las notas al pie o bien utilizar el sistema autor-año (o de Harvard) con las referencias en una bibliografía al final. En las notas al pie se usará el orden *nombre-apellido* del autor, en mayúscula y minúscula, porque es de más fácil lectura que el orden inverso y ahorra puntuación.

Las citas bibliográficas contendrán los siguientes elementos:

- a. **Libros:** Nombre y apellido del autor; título del libro (en cursiva); editorial; ciudad; año de publicación (si la edición empleada no es la primera, conviene indicarlo).

Ejemplo:

Thomas Hobbes: *Leviatán*, Madrid: Alianza Universidad, 1993 (1651).

- b. **Artículos o capítulos de libros:** Nombre y apellido del autor; título del artículo o capítulo (entre comillas); nombre y apellido del editor o compilador, si corresponde; título del libro (en cursiva); editorial; ciudad; año de publicación.

Ejemplo:

Douglas Durán Chavarría: “Ejecución de las sanciones penales juveniles privativas de libertad”, en Mauricio González Oviedo y Carlos Tiffer Sotomayor (comps.): *De la arbitrariedad a la justicia. Adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica*, San José: Unicef, 2000.

- c. **Artículos de publicaciones periódicas:** Nombre y apellido del autor; título del artículo; nombre de la revista o periódico; número; institución editora y/o ciudad (si resultan necesarios para identificar la publicación); fecha.

Ejemplo:

Patricia Laurenzo Copello: “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, en *Jueces para la Democracia*, n.º 34, Madrid, 1999.

- d. **Recursos de Internet:** Nombre y apellido del autor (si el texto está firmado); si se trata de una parte de una obra mayor, nombre de la parte (entre comillas); nombre del sitio web o de la obra (en cursiva); dirección electrónica (entre comillas angulares o signos de menor y mayor); fecha de consulta.

Ejemplo:

Ariel Dulitzky: “La censura previa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: el caso Martorell”, en *Equipo Nizkor. Derechos humanos en América Latina*, <<http://www.derechos.org/koaga/vii/dulitzky.html>> (18/2/2004).

- e. En las **bibliografías** se utilizarán los mismos datos, anteponiendo el apellido al nombre del autor.

Ejemplo:

DULITZKY, Ariel: “La censura previa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos: el caso Martorell”, en *Equipo Nizkor. Derechos humanos en América Latina*, <<http://www.derechos.org/koaga/vii/dulitzky.html>> (18/2/2004).

DURÁN CHAVARRÍA, Douglas: “Ejecución de las sanciones penales juveniles privativas de libertad”, en Mauricio González Oviedo y Carlos Tiffer Sotomayor (comps.): *De la arbitrariedad a la justicia. Adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica*, San José: Unicef, 2000.

HOBBS, Thomas: *Leviatán*, Madrid: Alianza Universidad, 1993 (1651).

LAURENZO COPELLO, Patricia: “La discriminación por razón de sexo en la legislación penal”, en *Jueces para la Democracia*, n.º 34, Madrid, 1999.

- f. Cuando la publicación citada tenga más de tres autores, se usará el nombre del que figure en primer lugar, seguido de la expresión *et al.* o *y otros*. El término *autores varios* no ayuda a localizar la obra, propósito de las referencias bibliográficas.

